

# Schlesisches Archiv

für die

praktische Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

**C. F. Koch,**

Oberlandesgerichtsrathe und Fürstenthums-Gerichts-  
Director.

Fünfter Band. Zweites Heft.

---

Breslau,

bei Georg Philipp Ueberholz.

1844.



## Inhalts = Verzeichniß.

---

### No. 17. Uneheliche Kinder. Erbrecht. Anerkenntniß.

- I. Grund und Quelle der Rechte eines unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger und auf dessen Nachlaß ist die Vaterschaft.
- II. Das freiwillige Anerkenntniß des Erzeugers ist ein bloßes Beweismittel für die Vaterschaft und deshalb auch mündlich und stillschweigend von Wirkung.
- III. Der Anspruch, welche ein uneheliches Kind gegen solche Mannspersonen hat, welche neben einander mit der Mutter in der Zeit der Erzeugung zugehalten haben, ist ein Entschädigungsanspruch dafür, daß dadurch die Ausmittelung des Vaters unmöglich gemacht ist.
- IV. Ueber die Wirkung des Anerkenntnisses einer bestimmten Person als Miterben von Seiten der übrigen Erben für künftige Fälle. . . . . S. 185.

### No. 18. Ehe. Vaterschaft. Vermuthung.

- I. Die §§. 3 und 4, Theil II, Titel 2 A. L. R. enthalten nur beispielsweise, nicht aber ausschließlich die Gründe, aus welchen die eheliche Geburt eines Kindes angefochten werden kann.
- II. Zur Begründung der Klage auf Illegitimitätsklärung eines Kindes bedarf es nicht des Nachweises der Unmöglichkeit der Bewohnung, sondern es genügt die Behauptung, daß die Bewohnung überhaupt nicht erfolgt sei.
- III. Der Beweis über die Thatsache der Bewohnung kann auch durch Eideszuschiebung geführt werden. . . . . S. 213.

### No. 19. Testament. Nichtigkeiten.

- I. Die zur vollständigen Besetzung eines Gerichts an Stelle des Actuarius oder Protokollführers zuzuziehenden Gerichtsschöppen müssen schon vorher vereidigt worden sein, wenn die Gerichtshandlung als vor gehörig besetztem Gerichte vorgegangen, angesehen werden und gelten soll.
- II. Die geschene Vereidigung verliert dadurch, daß kein Protokoll darüber aufgenommen worden, nichts an ihrer Kraft und kann auch anderweitig erwiesen werden.

- III. Der Richter wird dadurch, daß er dem Testator in Beziehung auf das Testamentmachen Rath gegeben hat, oder daß ihm mit seinem Wissen ein Legat verschrieben worden, oder er Schuldner des eingesetzten Erben ist, oder daß er in dem Testamente Unrichtigkeiten gemacht hat, nicht unfähig, bei diesem Testamente das Amt des Richters zu verrichten. S. 219.
- IV. Zur Gültigkeit eines Testaments ist nicht erforderlich, daß das Protokoll über den Hergang der Handlung in Gegenwart des Testators geschrieben werde; auch schaden unwesentliche Correcturen in dem Annahmeprotokolle nicht.
- V. Ein Testament wird dadurch, daß der Richter dasselbe bis zur Publikation in seinem Privatgewahrsam behalten hat, oder daß die Aufschrift auf dem Umschlage mangelhaft ist, nicht ungültig.
- VI. Ebensowenig dadurch, daß das Gesuch um Auf- und Abnahme des Testaments durch einen von dem eingesetzten Erben Abgesandten mündlich angebracht worden ist, und der Richter weder darüber ein Protokoll aufgenommen, noch die Erklärung des Testators, daß es sein freier Entschluß sei, sein Testament errichten zu wollen, in dem Annahmeprotokolle niedergeschrieben hat. S. 220.

#### No. 20. Testament. Widerruf.

Ein förmlich und gerichtlich errichtetes Testament kann nicht notariell, sondern nur unter Beobachtung der Erfordernisse eines solchen gültig widerrufen werden, insofern nicht zu Zeit der Erklärung des Widerrufs solche Umstände vorkommen, unter denen der widerrufende Testator eine privilegierte Disposition würde haben errichten können. S. 239.

#### No. 21. Auszug. Laudemium.

Der Grundsatz: daß nach schlesischem Provinzialrechte das Ausgedinge vom Laudemium frei sei, wird vom Geheimen Obertribunal für ganz Schlesien, insbesondere auch für Oberschlesien, als richtig und unzweifelhaft angenommen. S. 244.

#### No. 22. Fiduziar-Erbe. Eigenthümer. Nießbraucher.

- I. Der Fiduziar-Erbe ist nicht bloßer Nießbraucher, sondern wirklicher Eigenthümer der Erbschaft.
- II. Die Bestimmungen der §§. 466 und 467, Th. I, Tit. 12 des Allgemeinen Landrechts beziehen sich bloß auf das Verhältniß zwischen dem Fiduziarius und Fideicommissarius. S. 249.

#### No. 23. Abgabe. Gewerbeabgabe. Brau- und Brenn- Urbar. Besitzer.

- I. Unter den „bisherigen Besitzern“ des Rechts, auf dem Lande zum Absatz an Andere zu brauen und Branntwein zu brennen, sind nicht unbedingt die Gutsherrschaften, sondern diejenigen zu verstehen, welche zur Zeit der Publikation des Gesetzes vom 7. September 1811 dieses Gewerbe im eigenen Namen trieben.

- II. Ist die von dem Erwerber eines Bran- und Branntwein-Urbars an den Veräußerer zu zahlende jährliche Rente denn wirklich eine Abgabe in der wahren Bedeutung des Worts?
- III. Welche Wirkungen haben diejenigen Veräußerungs-Verträge, welche erst nach der Zeit von 1811 über dergleichen gutherrliche Urbare geschlossen worden sind? . . . . . S. 256.

**No. 24. Rechtskraft. Res judicata. Gründe. Urbarium. Auerkenntniß. Eintragung. Präjudizial = Einwand.**

- I. Beitrag zur Feststellung des Begriffs der res judicata nach Preussischem Rechte.
- II. Urbarien werden durch spätere, damit in Widerspruch stehende Eintragungen im Hypothekenbuche nicht abgeändert.
- III. Eintragungen im Hypothekenbuche ohne einen gültigen Titel sind ganz wirkungslos.
- IV. Bemerkungen über die Wirkung eines Auerkenntnisses.
- V. Wenn mit Beiseitesetzung des Klagegrundes ein Präjudizial-Einwand in beiden Instanzen für erheblich und entscheidend erkannt worden ist, kann da das Geheime Obergericht, indem es den Präjudizial-Einwand verwirft, ohne jedes weitere Verfahren über den Klagegrund in letzter Instanz erkennen? Und ebensoim umgekehrten Falle, wenn der Einwand für unerheblich gehalten worden und unerörtert geblieben ist? . . . . . S. 277.

**No. 25. Bestandtheile. Pertinenzstücke.**

- I. Bestandtheile einer Sache sind nicht Pertinenzstücke derselben und können deshalb nicht nach den für Pertinenzstücke geltenden Regeln beurtheilt werden. . . . . S. 300.
- II. Der Unterschied zwischen Gutsbestandtheilen und Pertinenzstücken hat noch jetzt privatrechtliche Bedeutung.
- III. Insbesondere werden bereits veräußerte aber noch nicht abgeschriebene Gutsbestandtheile dadurch, daß der eingetragene Besitzer mit dem ganzen Gute, ohne Vorbehalt, Hypothek bestellt, rechtsgültig mit verpfändet. . . . . S. 301.

**No. 26. Subhastation. Res litigiosa.**

Eine Sache wird allein dadurch, daß sie zur nothwendigen Subhastation gestellt wird, nicht zu einer res litigiosa, und der §. 48, Tit. 7, Thl. 1 der Allgem. Gerichtsordnung findet darauf keine Anwendung. . . . . S. 329.

**No. 27. Erbschaftsantretung. Form. Frauensperson. Certioration. Vollmacht.**

- I. Die für die unbedingte Erbschaftsantretung vorgeschriebene Form ist kein Erforderniß zur Gültigkeit, sondern dient nur zur Beglaubigung.

- II. Wenn eine Frauensperson eine Erbschaft ohne Vorbehalt antritt, so liegt darin keinesweges die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, und es ist zur Gültigkeit der Erklärung die bei Intercessionen vorgeschriebene Certioration nicht erforderlich.
- III. Wenn Jemand einen Andern bevollmächtigt, eine bestimmte Erklärung abzugeben, so hat er eben dadurch schon Selbst die Erklärung in derselben Form abgegeben, in welcher er die Vollmacht erteilt hat. . . . . S. 336.

**No. 28. Gerichtsbarkeit. Privatpersonen. Kriminal-Kosten = Erstattung.**

- I. Ein Streit zwischen zwei Privatpersonen, welche Beide die Gerichtsbarkeit von sich abwehren, führt zu keinem Allgemein gültigen Resultate; es gibt dieserhalb keine Klage (actio).
- II. Ein concretes Privatinteresse aber, wobei es darauf ankommt, in der Person eines Andern einen bestimmten Gerichtsherrn als Schuldner nachzuweisen, legitimirt zu dem Nachweise, daß der Verpflichtungsgrund vorhanden, nämlich die bestimmte Gerichtsbarkeit dem Andern wirklich zustehe.
- III. Historischer Beitrag über die Entstehung der Privatgerichtsbarkeit. . . . . S. 352.

**No. 29. Gerichtliche Zuschreibung. Laudemium.**

- I. Was ist unter der im §. 731. Thl. I, Tit. 18 des A. L.-R. gedachten „gerichtlichen Zuschreibung“ zu verstehen?
- II. Ist diese Vorschrift noch jetzt anwendbar? . . . . S. 358.

— 180 —

No. 17.

Uneheliche Kinder. Erbrecht.  
Anerkenntniß.

I. Grund und Quelle der Rechte eines unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger und auf dessen Nachlaß ist die Vaterschaft.

U. L.-R. Th. II, Tit. 2, §§. 612, 617, 618, 621, 622, 653  
und 654.

II. Das freiwillige Anerkenntniß des Erzeugers ist ein bloßes Beweismittel für die Vaterschaft und deßhalb auch mündlich und stillschweigend von Wirkung.

Ebendasselbst, §. 654.

III. Der Anspruch, welchen ein uneheliches Kind gegen solche Mannspersonen hat, welche neben einander mit der Mutter in der Zeit der Erzeugung zugehalten haben, ist ein Entschädigungsanspruch dafür, daß dadurch die Ausmittlung des Vaters unmöglich gemacht ist.

Ebendasselbst, §§. 619 u. 620.

IV. Ueber die Wirkung des Anerkenntnisses einer bestimmten Person als Miterben von Seiten der übrigen Erben für künftige Fälle.

Die Erfordernisse des Erbrechts unehelicher Kinder in den Nachlaß ihres Vaters sind nicht unbestritten oder unbestritten. Das Allg. Landrecht Th. II, Tit. 2, §§. 653 und 654 bestimmt:

„Uneheliche Kinder, deren Mutter um die Zeit ihrer Erzeugung mit mehreren Mannspersonen zugehalten hat, können dergleichen Erbtheil nicht fordern.

Es müssen **daher** uneheliche Kinder, die sich ein solches Erbrecht anmaßen wollen, entweder ein freiwilliges Auerkenntniß des vorgeblichen Vaters nachweisen; oder ein rechtskräftiges Urtheil, wodurch ihnen noch bei Lebenszeit des Vaters ein dergleichen Erbrecht vorbehalten worden, beibringen.“

Vorerst könnte man nach der Wortfassung wegen des „**daher**“ auf die Meinung kommen, daß wenn die Zuhaltung mit Mehreren von den Erben nicht einmal behauptet würde, weder ein Auerkenntniß des Vaters, noch ein richterliches Urtheil, zur Begründung des Erbrechts erforderlich sei; denn das Erbrecht soll nach dem ersten Satz (§. 653) ausgeschlossen sein (nicht gefordert werden können), wenn die Mutter mit mehreren Mannspersonen zugehalten hat, folglich müßte der Ausschließungsgrund von dem Gegner behauptet werden. Indes ist das Bindewort „daher“ wol nicht in seiner eigentlichen Bedeutung zu nehmen, vielmehr sind beide Paragraphen als nebeneinandergestellte Sätze anzusehen. Ich mache mich gleich deutlicher.

Die Vaterschaft ist ein nicht zur Gewißheit zu bringendes Verhältniß, und man hat deshalb gewisse Voraussetzungen, unter welchen eine bestimmte Person der Erzeuger einer andern bestimmten Person mög-

licher Weise sein kann, als Merkmale der wirklich geschehenen Zeugung in Beziehung auf die bestimmte Person angenommen. Das Römische Recht kannte bekanntlich als ein solches Merkmal nur ein einziges juristisches Verhältniß, nämlich die Ehe, zufolge des Rechtsatzes: *mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*<sup>1)</sup>. Ohne nuptiae konnte mithin von einem Vater gar nicht die Rede sein. Das päpstliche Recht jedoch nimmt auch eine uneheliche Vaterschaft an, und gründet darauf die Verbindlichkeit des Erzeugers zur Erziehung und Verpflegung des Kindes ohne Unterschied, ob dasselbe aus einem verbrecherischen Geschlechtsverhältnisse, oder aus einem außerehelichen Beischlase entstanden<sup>2)</sup>, und der deutsche Gerichtsgebrauch hat sich nicht allein hieran gleichförmig angeschlossen<sup>3)</sup>, sondern er ist noch einen Schritt weiter gegangen und hat selbst für den Fall, daß durch Zusammenkunft mehrerer Mannspersonen mit der Mutter um die Zeit der Zeugung die Ausmittelung des Vaters ganz unmöglich geworden war, dem Kinde eine Schädensklage gegen Jeden der Zuhalter in solidum zugestanden, weil Jeder durch seine eigene unerlaubte Handlung die Ungewißheit der Vaterschaft veranlaßt und dadurch dem Kinde den Verlust des auf der Vaterschaft beruhenden Anspruchs und Rechts zugezogen hat<sup>4)</sup>. Diesem Gerichtsgebrauche hat

1) L. 5. D. de in jus vocando (II, 4).

2) C. 5 X do eo, qui duxit in matrimon. (IV. 7).

3) Vergl. die in m. Recht der Ford. Bd. III, S. 24, Note 2 angeführten Schriften.

4) Ebend. S. 38, und die dort genannten Schriften.

sich das Allgemeine Landrecht angeschlossen; denn nach demselben beruht der Grund der Verbindlichkeit zur Erziehung und Verpflegung eines unehelichen Kindes zunächst in der Blutsverwandtschaft, in der Vaterschaft. Es heißt Th. II, Tit. 1, §. 1015:

„Wer eine Person außer der Ehe schwängert, muß die Geschwächte entschädigen, und das Kind versorgen.“

Der Schwängerer ist alle Mal der Vater. Ferner Th. II, Tit. 2, §. 612:

„Unehelich geborne Kinder — können von dem **Vater** bloß Unterhalt und Erziehung fordern.“

In dem ganzen Titel von unehelichen Kindern wird immer von dem Vater, und von dem Verhältnisse zwischen Vater und Kinde gesprochen. In Beziehung auf den Fall hingegen, wo mehrere Mannspersonen in der Zeugungszeit mit der Mutter zugehalten haben, ist gar nicht von einem Vater Rede, sondern dem Vormunde des Kindes (d. h. dem Kinde) wird das Recht beigelegt, Jeden der **Zuhalter** auf Erfüllung der **einem** (nicht **seinem**) unehelichen Kindes schuldigen Pflichten (die nämlich dem Vater obliegen würden, wenn derselbe auszumitteln gewesen wäre) in Anspruch zu nehmen<sup>5)</sup>. Daraus folgt denn, daß einem unehelichen Kinde in dem Nachlaß desjenigen Zuhalters oder derjenigen Zuhalter, welche zur Entschädigung des Kindes für die verursachte Vaterlosigkeit herangezogen worden sind, kein Erbrecht zustehen kann.

5) A. L. R. Th. II, Tit 2, §§. 619, 620.

Die praktische Fra geist nun nach dem Merkmal, an welchem ein bestimmtes uneheliches Kind, als von einem gewissen Manne erzeugt, zu erkennen ist. Ein juristisches Verhältniß, welches, wie bei den ehelichen Kindern die Ehe, als ein solches Merkmal dienen könnte, fehlt, deshalb kann es nur ein thatsächliches sein. Das Röm. Recht kennt ein solches, der Ehe ganz ähnliches, natürliches Verhältniß, das *Concubinatus*, welches ein an sich erlaubtes und ehrbares Geschlechtsverhältniß war, und von der Ehe sich nur dadurch unterschied, daß der Frau nicht der Name und der Stand (*dignitas uxoris*) des Mannes zustand, so daß es in den Gesetzen auch ein *inaequale conjugium* genannt wird<sup>6)</sup>, und ganz den Platz unserer heutigen Ehe zur linken Hand einnahm, mit welcher es selbst die Form der Eingehung einer Ehe und die Veranlassung gemein hatte. Nur allein bei den, aus dieser natürlichen Ehe entsprossenen, Kindern nahm das Röm. Recht die Vaterschaft für gewiß an, und gründete auf diese Blutsverwandtschaft das Recht der Kinder auf Erziehung und Verpflegung, sowie auf ein Erbrecht<sup>7)</sup>; in Beziehung auf Kinder, geboren von Weibspersonen, welche nicht in einem solchen ausschließlichen Geschlechtsverhältnisse mit einem Manne lebten, gab es schlechterdings kein anerkanntes Merkmal der Vaterschaft, und damit fiel jeder Anspruch des Kindes auf Alimente gegen irgend eine Mannsperson ganz weg. Die gemeine Praxis hat nun, um den unehelichen Kindern, nach den Bestimmungen des

6) L. 3 C. de liberis naturalibus (V. 27).

7) Nov. 18 c. 5 mit Nov. 89 c. 12 §. 6, c. 13, c. 15 pr.

päpstlichen Rechts, Alimente zu verschaffen, den Beischlaf in dem Zeitraum der Erzeugung als ein solches Merkmal angenommen, und ist folgerecht auf einen Entschädigungsanspruch des Kindes in dem Falle gekommen, wo mehrere Mannspersonen durch ihr Zuhalten den Vater unkenntlich gemacht haben.

Das Allgemeine Landrecht hat in dieser Beziehung die unbestimmte gemeinrechtliche Praxis näher bestimmt und verordnet, daß zwei Merkmale alternativ die Vaterschaft darthun sollen, nämlich entweder ein freiwilliges Anerkenntniß, oder ein noch bei Lebzeiten des Vaters ergangenes rechtskräftiges Urtheil. Ist das Eine oder das Andere vorhanden, so ist das uneheliche Kind als Erbe seines Vaters, für den Fall seiner Berufung, aufzutreten befugt, gleichwie die eheliche Geburt den Beweis der Vaterschaft und damit den Erbstitel gibt. Allein die Geburt in einer Ehe ist nicht schlechterdings und unbedingt ein Beweis der Vaterschaft, vielmehr steht sowohl dem Ehemanne als dessen Erben zu, den Gegenbeweis zu führen, so daß, obgleich das äußere Merkmal der ehelichen Geburt vorhanden ist, zuletzt doch die dargelegte thatsächliche Wahrheit entscheidet und mithin ein in einer Ehe gebornes Kind dennoch nicht für das Kind des Ehemannes gilt, wenn der Ehemann beweist, daß er nicht der Vater ist<sup>8)</sup>. Ebenso ist es in Beziehung auf uneheliche Kinder mit den von dem Gesetz genannten allgemeinen Erkennungszeichen der Vaterschaft. Macht Jemand auf den Nachlaß eines Verstorbenen als dessen uneheliches Kind

8) L. 6 D. de his qui sui (I. 6). — A. L.-R. Th. II, Tit. 2, §§. 2 — 18.

Anspruch aus dem Titel pro herede, und bringt ein Anerkenntniß oder ein Urtheil bei, so sollte den legitimen Intestaterben noch freistehen, zu beweisen, daß dessen Mutter zur Zeit seiner Erzeugung mit mehreren Mannspersonen zugehalten hat. Die Rechtsätze also, welche durch die an die Spitze dieser Betrachtung gestellten beiden Paragraphen 653 und 654 festgestellt werden sollen, wären mithin diese:

1. Wer als uneheliches Kind eines verstorbenen Mannes auf dessen Nachlaß einen Erbaanspruch machen will, muß sich durch Beibringung eines A n e r k e n n t n i s s e s oder eines noch bei Lebenszeit des Mannes ergangenen rechtskräftigen Urtheils legitimiren, (gleichwie ein eheliches Kind sich durch Beibringung des Trauscheins seiner Eltern und seines Geburtscheins legitimiren muß).

2) Wird jedoch (von den legitimen Intestaterben) bewiesen, daß die Mutter dieses unehelich Gebornen um die Zeit seiner Erzeugung mit mehreren Mannspersonen zugehalten hat, so fällt der Erbaanspruch ganz weg, (gleichwie ein in der Ehe Geborner in den Nachlaß des Ehemannes kein Erbrecht hat, wenn die Erben beweisen, daß der Ehemann nicht der Vater sein kann).

Nach dieser Auslegung des Sinnes der gesetzlichen Bestimmung betrachten wir zweierlei, nämlich: die Befugniß, in wiefern der Gegenbeweis gegen die beigebrachte Legitimation des unehelichen Kindes statthaft sei, und die Beschaffenheit dieser beiden Arten von Legitimationen selbst.

1) Es könnte vorkommen, daß der vorgebliche Vater selbst einen solchen Gegenbeweis führen wollte und man könnte seine Befugniß dazu bezweifeln. Am ersten ließe

sich dieß in dem Falle eines Anerkenntnisses denken. Gesezt, es hätte Jemand ein uneheliches Kind, in dem Glauben, daß dessen Mutter nur ihm allein ergeben gewesen wäre, für das Seine anerkannt, und er gewönne später die Ueberzeugung, daß sie noch mit andern Umgang gehabt: würde er da sein Anerkenntniß mit Erfolg zurücknehmen können? und welche Rechtsmittel würden ihm zu statten kommen? Ich glaube doch. Das Anerkenntniß würde ihn nicht hindern, den fleischlichen Umgang der Mutter mit Mehrern um die Zeit der Zeugung mit der Wirkung nachzuweisen, daß dem Kinde kein Erbrecht auf Grund des Anerkenntnisses zustände. Am leichtesten würde dieser Erfolg zu erreichen sein, wenn der Mann, dem Kinde den Unterhalt verweigernd, von dem Vormunde oder der Mutter verklagt würde und er dann von der *exceptio plurium concumbentium* Gebrauch machte. Aber wenn der Vormund und die Mutter es in ihrem Interesse fänden, sich mit dem Anerkenntnisse zu begnügen und ruhig den künftigen Erbanfall abzuwarten: was würde da der Mann thun können? Es erscheint folgerecht, ihm die negative Filiationsklage analog zu gestatten, gleichwie dem Kinde die affirmative Klage analog gestattet ist. Dabei kommt man von selbst auch auf die Dauer der Klage. Dem Ehemann ist nur eine Jahresfrist, nach erhaltener Nachricht von der Geburt, zur Unfechtung der Rechtmäßigkeit eines von seiner Frau während der Ehe gebornen Kindes gegeben<sup>9)</sup>, man möchte daher geneigt sein, auch der analogen Klage nur diese Dauer zu geben. Ein Römischer Jurist würde diesen Satz geradezu behaupten müssen,

9) U. L. R. Th. II, Tit. 2, §. 7.

weil die analoge Klage ja eben keine andere als die wahre Klage mit allen ihren Eigenschaften und Erfordernissen ist, nur angewendet auf einen bestimmten ähnlichen Fall; doch würde er den Anfang der Frist nicht von dem Tage des Auerkenntnisses, sondern von da an rechnen, wo der Mann von dem Umgange der Mutter des Kindes mit andern Mannspersonen Nachricht erhalten: unter dieser Voraussetzung würde die Ähnlichkeit zwischen beiden Fällen hergestellt sein. Allein nach Ansichten der landrechtlichen Gesetzgebung so sicher zu gehen, möchte gewagt sein, ich würde mich in der Mehrheit zu befinden glauben, wenn ich behauptete, daß die ordentliche Verjährung stattfinde, weil für diesen Fall keine kurze Verjährung besonders vorgegeschrieben ist; wiewohl dieß augenscheinlich darum unterblieben, weil man hier an eine solche Klage überhaupt nicht gedacht hat.

Ist hingegen der Fall eines rechtskräftigen Erkenntnisses vorhanden, so wird wol nicht zu behaupten sein, daß der für den Vater erklärte Beklagte noch später einen Angriff zu machen befugt sei, ausgenommen in sofern nach allgemeinen Grundsätzen ein rechtskräftiges Urtheil angefochten werden kann, wie z. B. wegen neu aufgefundenen Zeugen <sup>10)</sup>.

2) Die legitimen Intestaterben des Mannes haben als solche nur die Befugnisse, welche der vorgebliche Vater selbst hat, doch auch nur mit Einschränkung. Gegen ein vorhandenes rechtskräftiges Urtheil werden sie schwerlich auftreten können, weil die Erben als solche ihr Recht nur von ihrem Erblasser ableiten, mithin

01) A. G. D. Th. 1, Tit. 16, §. 26.

nicht aus eigenem Rechte von Neuem die Vaterschaft in Frage stellen können, wie solche Verwandte zu thun berechtigt sind, welche ein nicht erst von dem Erblasser herkommendes Vermögensrecht aus dessen Nachlaß zu fordern haben, wie z. B. Lehns- und Fideicommiß-Anwärter<sup>11)</sup>. Ist ein Anerkenntniß vorhanden, so läßt sich nicht einmal behaupten, daß die Erben ebendasselbe zu thun berechtigt sind, was der Erblasser, wenn er lebte, selbst hätte thun können. Denn Dieser durfte sein Anerkenntniß, nach dem vorhin Gesagten, noch immer jeden Augenblick widerrufen und seine Vaterschaft bestreiten; seine Erben aber müssen seine Angelegenheiten in der Lage übernehmen in welcher sie sich bei seinem Tode befinden, und daraus folgt, daß sie nur einen von ihm selbst bereits geäußerten Widerspruch aufnehmen und weiter geltend machen können. Dafür ist auch die Analogie des ehelichen Verhältnisses und der Erben eines Ehemannes rücksichtlich eines in der Ehe geborenen Kindes<sup>12)</sup>; denn der hier noch geltende Satz: daß auch die Erben eine gleiche Befugniß wie der Ehemann innerhalb Jahresfrist haben, wenn der Mann, vor dem Ablaufe derselben, ohne sich zu erklären, verstorben ist, beruhet auf einer Unähnlichkeit zwischen dem Verhältnisse einer ehelichen und dem einer unehelichen Geburt, und kann folglich bei der letztern keine analoge Anwendung finden.

3) Was die Beschaffenheit der beiden Legitimationen betrifft, so soll entweder ein freiwilliges Aner-

11) A. L. R. Th. II, Tit. 2, §§. 17 und 18.

12) Ebendas. §§. 14 und 16.

Kenntniß des vorgeblichen Vaters nachgewiesen, oder ein rechtskräftiges Urtheil, wodurch dem Kinde noch bei Lebenszeit des Vaters ein Erbrecht vorbehalten worden, beigebracht werden. Der Gegenstand oder Inhalt des Auerkenntnisses ist nicht bezeichnet, man würde deshalb diesen Mangel aus der Bestimmung in Beziehung auf die zweite Legitimationsart, nämlich das Urtheil, ergänzen und sagen können, daß gleichwie das Urtheil den Vorbehalt des Erbrechts enthalten soll, das Auerkenntniß ein Auerkenntniß des Erbrechts sein muß; denn sicher ist bei Beiden das Nämliche zu verstehen. So wenig sich auch gegen diese Auslegung logisch einwenden lassen möchte, so wenig finden wir dafür eine Bestätigung im Leben. Niemand zweifelt daran, daß unter dem Auerkenntniße nicht ein Auerkenntniß des künftigen Erbrechts, sondern ein Auerkenntniß der Vaterschaft in Beziehung auf ein bestimmtes Kind zu verstehen ist, also das Auerkenntniß einer natürlichen Verwandtschaft, die der Grund eines künftigen Erbrechts ist. Begründet sonach ein freiwilliges Auerkenntniß der Vaterschaft den Anspruch auf ein Erbrecht unzweifelhaft; so entsteht die Frage: ob die Bestimmung, daß ein Urtheil, wodurch dem Kinde ein dergleichen Erbtheil vorbehalten worden, beigebracht werden müsse, noch mehr fordert als den Beweis der Vaterschaft, mit andern Worten: ob ein Urtheil genügt, wodurch der Erblasser für den Vater des unehelich gebornen Erbau sprecher erklärt wird, ohne daß weiter noch von einem Vorbehalt des Erbrechts Rede ist. Diese Frage nun ist durch die Praxis bejahend entschieden<sup>13)</sup>, und mit Recht, weil

---

13) Simon's Rechtsprüche Bd. I, S. 170.

es eben nur auf die Feststellung desjenigen Verhältnisses ankommt, wovon das Erbrecht eine Folge ist. Bestreitet also auch ein in Anspruch genommener angeblicher Schwängerer die Vaterschaft ausdrücklich, wird aber des Beischlafs mit der Mutter in der Zeugungszeit überwiesen; und macht er auch für diesen Fall den Einwand der Zuhaltung mit Mehreren, ohne jedoch denselben zu beweisen: so wird er in dem Urtheil dennoch für den Vater erachtet werden können, und dem Kinde wird in Folge dessen das Erbrecht zustehen. Neuerlich ist das gerade Gegentheil behauptet worden, weil die Voraussetzung der affirmativen Paternitäts- und Filiationsklagen, daß nämlich ein gewisses Familienverhältniß als bestehend gedacht werde und nur zur juristischen Gewißheit gebracht werden solle, bei einem unehelichen Kinde gänzlich fehle, vielmehr dasselbe durch das richterliche Erkenntniß neue Rechte erwerben wolle, welche es vorher nicht hatte<sup>14)</sup>. Dieser Grund ist unrichtig und beruhet auf der irrigen Meinung, daß es bei einer unehelichen Geburt gar nicht auf die Vaterschaft und Sohnschaft ankomme, da jeder Zuhalter zur Erfüllung der einem unehelichen Kinde gebührenden Pflichten des Unterhalts und der Erziehung angehalten werden könne. Es erhellet von selbst, daß hierbei die in vielfacher Hinsicht durchaus verschiedenen beiden Fälle, wo die ausgemittelte natürliche Vaterschaft die Quelle der Rechte des Kindes ist, und wo die mehreren Zuhalter als solche das Kind entschädigen müssen, miteinander vermengt sind; auch ist

11) Schmidt, das preuß. Familienrecht, S. 599.

es nicht richtig, daß ein Familienband als vorhanden durch die Paternitätsklage zur Anerkennung gebracht werden soll, vielmehr soll nur eine gewisse Blutsverwandtschaft als Thatsache festgestellt werden. Schon aus dieser Thatsache folgen gewisse Rechte; ob auch Familienrechte? das ist eine weitere Frage.

4) Das freiwillige Anerkenntniß der Vaterschaft soll das unehelich geborne Kind, welches auf den Nachlaß seines vorgeblichen Erzeugers einen Erbananspruch macht, nachweisen. Das Anerkenntniß wird hier also in dem Gesetz als eine bloße Thatsache bezeichnet, welche bewiesen werden soll, wogegen das Gesetz von dem Urtheil als von einem Akt spricht, welcher „beigebracht“ werden muß. Schon aus dem Wortverstande wird es kenntlich, daß bei dem Anerkenntniß an keine bestimmte Form gedacht ist, und daß die Thatsache des freiwilligen Anerkenntnisses selbst wieder nur als Beweis der Vaterschaft dienen soll, mithin daran, daß, wie der vorhin gedachte Schriftsteller a. a. O. behauptet, die Anerkennung natürlicher Kinder bei uns ein Rechtsinstitut und nicht ein bloßes Beweismittel sei, gar nicht zu denken ist. Deshalb auch ganz mit Unrecht wird dort die Praxis angegriffen, welche sich mit der Frage beschäftigt hat: ob auch ein stillschweigendes Anerkenntniß von Wirkung sei, und welche sich für die Bejahung entschieden hat<sup>15)</sup>. Diese Praxis ist nicht allein in dem Wesen der hier besprochenen Verhältnisse, sondern selbst in den buchstäblichen, jenes Wesen durchaus richtig auffassenden, Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts begründet und muß deshalb

15) Simon a. a. O. C. 172.

unterstützt und bekräftigt werden. Dies ist der Zweck der Mittheilung des hier folgenden, von dem Zweiten Senate des Königl. Oberlandesgerichts zu Breslau entschiedenen, Rechtsfalls.

Am 9. Januar 1829 starb zu D. auf einer Dienstreise der Königl. Flöß=Inspektor Heinrich August K. ohne Testament und ohne eheliche Nachkommen. Zu seinem Nachlasse meldeten sich mehrere Erben. Die Erb=Regulirung wurde dem Land= und Stadt=Gericht zu Glas delegirt.

Obwohl die Erben bereits bei den früher anderweit erfolgten Erb=Regulirungen einiger vorverstorbenen Geschwister des Erblassers sich gegenseitig ihr Erbrecht nicht bestritten vielmehr anerkannt hatten, so hielt doch jetzt die geschiedene Hauptmann v. M. geborne B., eine Tochter der Johanne Elisabeth K. (Schwester des Erblassers), sich hierdurch nicht gebunden, und bestritt nunmehr dem Bombardier Friedrich K. sein Miterbrecht, indem sie ihn nicht als einen ehelichen Sohn des im Jahre 1817 zu D. verstorbenen pensionirten Consumtionsteuer=Einnehmers Christian Wilhelm K., (eines Bruders des jetzigen Erblassers), anerkannte.

Sie wurde, da der Besitzstand für den Bombardier K. sprach, indem derselbe bis dahin sowol von dem Vormundschafts=Gerichte zu D. als von den betreffenden Erb=Interessenten und von der separirten von M. selbst als ein ehelicher Sohn des Christian K. anerkannt und behandelt worden war, zur Ausführung ihrer Rechte gegen ihn zum Prozeß verwiesen.

Dem zufolge erhob sie unter dem 25. Juni 1831 gegen den gedachten Bombardier K. Klage, mit dem Antrage:

den Verklagten mit seinen Erbschafts-Ansprüchen an den Flöß=Inspektor K.schen Nachlaß ab und zur Ruhe zu verweisen und ihn in die Kosten dieses Prozesses zu verurtheilen.

Zur Rechtfertigung dieses Antrages beschränkte sich Klägerin darauf, daß sie die Behauptung des Verklagten bestritt, daß er ein ehelicher, oder per subsequens matrimonium legitimirter Sohn des Steuer=Sinnehmers Christian Wilhelm K. sei, namentlich daß letzterer seine Mutter, die Maria Ciomkowa oder Zwioskowa am 11. Mai 1806 geehelicht habe.

Verklagter dagegen berief sich zum Beweise des Gegentheils auf den Inhalt der über ihn geführten Vormundschafts=Akten des Gerichts=Amts D. event. auf das Zeugniß des Bürgermeisters W. und des Bäckermeisters H. zu D. darüber, daß sein Vater, der Steuer=Sinnehmer Christian Wilhelm K., ihn stets als seinen Sohn anerkannt habe, ferner, auf den von ihm zu den Flöß=Inspektor K.schen Nachlaß=Akten überreichten Tauffchein, wornach er am 6. Februar 1805 in rechtmäßiger Ehe geboren, sowie auf den Trau=Schein über die Verheirathung seines Vaters mit seiner Mutter, und endlich auf die eigene frühere Anerkennung Seitens der Klägerin.

Klägerin setzte den beigebrachten Aktesten entgegen, daß sie mit der eigenen Angabe der Mutter des Verklagten in den D.schen Vormundschafts=Akten im Widerspruche ständen, wornach Verklagter am 23. April 1803 geboren worden; endlich brachte Klägerin selbst

einen beglaubigten Lauffchein des Verklagten bei, wornach derselbe am 24. April 1803 von der Mariane Ziomkova, (famata vidua, wie hinzugefügt sei,) ohne Angabe des Vaters, geboren, mithin ein vulgo quaesitus sei.

Die frühere Zulassung und Anerkennung des Verklagten als Miterben bei den Erb-Regulirungen der vorverstorbenen Geschwister des jetzigen Erblassers, behauptete Klägerin, sei bloß aus gutem Willen, aus Menschlichkeit und andern löblichen Rücksichten geschehen, ohne dadurch für die Zukunft eine verbindliche Anerkennung zu begründen.

Der I. Senat des Oberlandes-Gerichts zu Breslau erkannte, mit Aussetzung der Beweis-Aufnahme, und lediglich gestützt auf die frühere Anerkennung des Verklagten Seitens der Klägerin:

daß Klägerin mit ihrer Klage ab und zur Ruhe zu verweisen und die Kosten des Prozesses zu tragen verbunden.

Der II. Senat bestätigte zwar auf die Appellation dieses Erkenntniß, aber aus folgenden Gründen:

Es kommt zuvörderst darauf an, ob die Ansicht des ersten Richters begründet ist:

daß die frühere Anerkennung des Verklagten als Miterben bei den Nachlaß-Regulirungen der verstorbenen Geschwister des Erblassers für die Klägerin bindend sei?

Denn in diesem Falle bedarf es der Prüfung aller übrigen streitigen Fragen gar nicht. Jene Anerkennung kann nun in der That nicht als bindend gelten, wenn

ſie aber dafür gelten könnte, würde der Widerruf zuläſſig und begründet ſein.

Nach §. 88<sup>b</sup> und 27<sup>a</sup>, Tit. 10, Th. I der Gerichts-Ordnung nämlich iſt der Widerruf eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Geſtändniſſes (welchem letztern das in einem andern Prozeſſe abgegebene gleich ſteht) zuläſſig, wenn die Veranlaſſung des dem Geſtändniſſe zum Grunde liegenden Irrthums nachgewieſen und Mittel an die Hand gegeben werden, die wahre Be- wandniß der Sache auszumitteln.

Was den Nachweis des Irrthums betrifft, ſo iſt derſelbe in casu vollſtändig geführt. Denn der Ver- klagte war von dem Steuer- Ginnehmer Christian Wil- helm K. als ſein, mit ſeiner Ehefrau Marianne Majesge erzeugter Sohn, bei ſeinem Tode zurückgelassen, als ſolcher wurde er von dem Gerichts- Amt D. bevor- mundet und die Vormundſchaft bis zur Großjährigkeit deſſelben fortgeführt. Selbſt nach dem erſt im Jahre 1827 beigebrachten Tauffcheine, vom 22. Mai 1811, iſt er zwar nicht, wie die Mutter früher angegeben hatte, am 23. April 1803, ſondern am 6. Januar 1806, jedoch in rechtmäßiger Ehe des Christian Wilhelm K. mit der Marianne (deren Zunamen nicht angegeben iſt), geboren.

Die Klägerin hatte hiernach nicht die mindeſte Ver- anlaſſung, die eheliche Geburt des Verklagten zu be- zweifeln, wenn ihr nicht das Gegentheil ſonſt bekannt geworden, und daß dieß der Fall geweſen, conſtirt nicht, iſt auch nicht im mindeſten wahrſcheinlich; denn dann würde ſie ihn gewiß nicht bei den frühern Nachlaß- Regulierungen als Miterben zugelassen haben. Wenn ſie alſo jetzt durch den am 4. Mai 1829 von dem Ver-  
Schlef. Archiv. Bd. V. S. 2. 2

klagten selbst beigebrachten Trauschein seiner Eltern belehrt wurde, daß diese Trauung erst am 11. Mai 1806 erfolgt war, mithin der Verklagte weder am 23. April 1803, noch am 6. Januar 1806 in rechtmäßiger Ehe dieser Eltern geboren sein konnte, so ist der Irrthum, durch welchen sie früher veranlaßt war, ihn für einen ehelichen Sohn zu halten, vollkommen nachgewiesen.

Desgleichen sind hierdurch die Mittel, die wahre Bewandniß der Sache zu erforschen, bereits nicht bloß an die Hand gegeben; sondern schon gewährt. Denn der Trauschein weist vollständig nach, daß Verklagter, da er jedenfalls früher geboren, kein in der Ehe erzeugter Sohn ist. Ob er aber per subsequens matrimonium legitimirt worden; gehört zur Exception des Verklagten und muß von diesem bewiesen werden; die Klägerin braucht hierzu keine Mittel an die Hand zu geben. Ob nun dieß schon allein durch die erfolgte Trauung erwiesen ist, oder zuvörderst dargethan werden muß, daß Christian Wilhelm K. durch Anerkenntniß oder durch Urtheil, oder sonst als der natürliche Vater des Verklagten nachgewiesen war — ist eine andere Frage. Hier genügt es zum Widerruf des früheren Zugeständnisses der Klägerin, daß sie die Veranlassung ihres Irrthums nachgewiesen, und die wahre Bewandniß der Sache — so weit es die eheliche oder uneheliche Geburt des Verklagten betrifft — bereits vollständig ermittelt ist.

Das frühere Anerkenntniß des Verklagten bindet sonach die Klägerin schon wegen des begründeten Widerrufes jedenfalls nicht. Es ist aber auch, wie gesagt, ein bindendes Anerkenntniß gar nicht vorhanden. Denn daraus, daß Klägerin den Verklagten bei den früheren

Nachlaß = Regulirungen, wobei er als ein ehelicher Sohn des Steuer = Einnehmers Christian Wilhelm K. auftrat, als Miterben zugelassen hat, folgt gar nicht, daß sie ihn auch für künftige Erbfälle als solchen zulassen müsse, wenn sie sich später eines Andern überzeugt hat.

Sollte jene Zulassung ein bindendes Anerkenntniß begründen, so hätte damals die eheliche Geburt des Verklagten streitig gewesen, und Klägerin durch Vergleich oder sonst veranlaßt werden müssen, die eheliche Geburt desselben nicht bloß für jene Erbtheilung, sondern überhaupt und für immer anzuerkennen. Ein solches Anerkenntniß ist aber niemals von ihr abgegeben. Die betreffenden Acten ergeben hierüber vielmehr Folgendes:

a) Bei dem von dem Stadt = Gerichte zu Zielenzig regulirten Nachlaß des daselbst am 27. März 1817 verstorbenen Grenz = Aufsehers Gottlieb K. heißt es im Eingange des von dem Gerichts = Aktuar J. entworfenen Erb = Rezesses, der Erblasser habe zu seinen gesetzlichen Erben hinterlassen

- 1) den Sohn seines leiblichen Bruders, des zu D. verstorbenen Zoll = Einnehmers Christian K., Vornamens Friedrich.

Der Aktuar J. war zugleich der Spezial = Bevollmächtigte der Klägerin und hat die auf den Grund jenes Erb = Rezesses auf sie fallende Erbrate in Empfang genommen.

Hierin liegt aber offenbar nur eine Zulassung des Verklagten für diesen Fall, nicht ein Anerkenntniß für alle künftigen Fälle.

b) In gleicher Art verhält es sich mit der Regulirung des Nachlasses des im Jahre 1824 verstorbenen Steuer = Einnehmers Karl Sigismund K. zu Bernstadt.

Die betreffenden Nachlaß = Akten liegen nicht vor; in dem in den D.schen Vormundschafts = Akten fol. 59 befindlichen Rescripte des hiesigen Oberlandes = Gerichts v. 27. Juli 1825 ist jedoch erwähnt,

„daß der Verstorbene nach der eidlichen resp. an Eidesstatt abgegebenen Versicherung seiner bekannt gewordenen Geschwister zu alleinigen Intestat = Erben hinterlassen habe:

3) „den Sohn eines verstorbenen Bruders, des gewesenen Bürgermeisters Christian Wilhelm K., nämlich den Bombardier Friedrich K. zu Glas.“

Da hiernach die eidliche Versicherung nur von den Geschwistern des Verstorbenen abgegeben ist, so würde die Klägerin (ein Geschwister = Kind), durch jene Erklärung jedenfalls nicht gebunden sein, indem sie bei der Insufficienz dieses Nachlasses nichts erhalten und keine Erklärung abgegeben hat.

c) Dagegen hat die Klägerin allerdings bei der Nachlaß = Regulirung der am 24. März 1827 zu Stoßberau verstorbenen Demoiselle Henriette K., zufolge der Nachlaß = Akten, in der Verhandlung vom 30. Juni 1828 persönlich die Versicherung an Eidesstatt abgegeben:

daß außer ihr und den übrigen, in der Verhandlung vom 3. Oktober v. J. aufgeführten Interessenten, als: der Flöß = Inspektor K. zu Glas, der Bombardier Friedrich K. daselbst u. a., ihr keine nähere oder gleich nahe Verwandten resp. gesetzliche Erben der u. Henriette K. bekannt seien.

Auf diese eidesstattliche Versicherung ist von dem ersten Richter und von dem Appellaten viel Gewicht gelegt. Allein Hinsichts der Anerkennung des Verklagten, als ehelichen Sohnes des Christian Wilhelm K., enthält sie gar nichts weiter, als seine Zulassung für den betreffenden Erbfall. Die eidesstattliche Versicherung selbst bezieht sich gar nicht einmal auf diese Anerkennung und Zulassung des Verklagten, welche Anerkennung vielmehr dabei, als bereits anderweitig erfolgt, vorausgesetzt wird; sondern lediglich auf die Ausschließung etwaiger anderer, unbekannter Erben.

Hiernach sind alle frühern Anerkennungen des Verklagten Seitens der Klägerin für diese nur in den betreffenden Erbfällen, nicht in allen künftigen und mithin auch in dem jetzigen nicht für bindend zu halten.

Aus gleichem Grunde ist auch der Umstand nicht entscheidend, daß der jetzige Erblasser selbst, dessen Handlung die Klägerin allerdings vertreten muß, wenn sie seine Erbin sein will, bei den frühern Erb-Regulierungen, und namentlich bei der letztgedachten der Henriette K., durch seinen gerichtlichen Spezial-Bevollmächtigten den jetzigen Verklagten als Miterben anerkannt, und die eidesstattliche Versicherung abgegeben hat, daß ihm keine nähere oder gleichnahe Verwandten resp. Erben der Verstorbenen bekannt seien. Denn auch den jetzigen Erblasser band diese Erklärung und die Zulassung des Verklagten als Miterben nur für jenen Fall, nicht für die Zukunft; mithin hat auch die Klägerin als dessen Erbin, keine weitere Verpflichtung daraus überkommen.

Wenn aber auch anzunehmen wäre, daß in jenen Erklärungen eine bindende Anerkennung des Verklagten

im Allgemeinen enthalten sei, so ist doch bereits oben gezeigt worden, daß der Widerruf dieses Anerkenntnisses wegen Irrthums für begründet zu erachten sei.

Es kommt also weiter auf die Beurtheilung der Frage an:

ob in der Hauptsache der Erbananspruch des Verklagten für begründet, seine Legitimation für geführt zu erachten, sohin das erste Urtheil zu bestätigen, oder Verklagter mit seinen Erbansprüchen abzuweisen, und hiernach das erste Urtheil zu reformiren sei.

Bleibt man in dieser Rücksicht bei dem Grundsätze stehen, daß der Kläger unter allen Umständen seine Klage zu beweisen habe, so ist die Bestätigung des ersten Urtheils nicht zweifelhaft. Denn die Klägerin hat zur Begründung ihrer Behauptung, daß dem Verklagten kein Erbananspruch zustehe, nichts weiter beigebracht, als einen legalisirten Taufschein, wonach Verklagter an 24. April 1803 von einer Wittwe Marianne Ziomkowa, ohne Angabe des Vaters, und mithin lange Zeit vor der erst im Jahre 1806 erfolgten Verheirathung des Christian Wilhelm K. mit der 1c. Ziomkowa, geboren sein soll.

Abgesehen davon, daß Verklagter die Identität des nach diesem Atteste gebornen Kindes (Friedrich Adalbert) mit seiner Person bestreitet, indem er, nach dem von ihm beigebrachten Taufscheine, erst den 6. Januar 1806 geboren worden, so folgt aus allem diesen doch jedenfalls nur, daß Verklagter kein in der Ehe erzeugtes und gebornes Kind der gedachten Eltern ist, nicht aber, daß ihm kein Erbananspruch zustehe, welcher ihm vielmehr schon dadurch erwachsen ist, wenn er per subsequens matrimonium legitimirt worden. Zwar bestreitet Klägerin jetzt auch, daß er ein unehelicher Sohn des Chri-

stian Wilhelm K. sei, indem sie vielmehr behauptet, er sei ein vulgo quaesitus. Allein in dieser Beziehung hat Verklagter, wenn die Klägerin als solche die Beweislast hat, den Besitzstand für sich, wie die Vormundschaftsakten ergeben; auch spricht der beigebrachte Trauschein für ihn; endlich wird dieß auch durch die von sämmtlichen Erb-Interessenten erfolgte Anerkennung und Zulassung des Verklagten bei den früheren Erb-Regulirungen bestätigt.

Allein im vorliegenden Falle kann der Grundsatz, daß der Klägerin als solcher die Beweislast obliege, nicht angewendet werden. Denn es handelt sich von einem Erbansprüche, und jeder, welcher ein Erbrecht behauptet, muß den Beweis führen, daß er Erbe sei: er muß sich seiner Seite legitimiren. Dadurch nun, daß bei entstandenem Streite über die Legitimation des Verklagten der Nachlaß-Richter die Klägerin zur Ausführung ihres Widerspruchs zum besonderen Prozeß verwiesen, und diese in Folge dessen als Klägerin aufgetreten ist, statt daß vielmehr Verklagter zur Ausführung seines Erbanspruches hätte verwiesen werden sollen, kann die ursprünglich ihm obliegende Beweislast nicht alterirt, und solche der Klägerin aufgebürdet werden. Nicht die Klägerin hat den Beweis zu führen, daß Verklagter kein ehelicher oder per subsequens matrimonium legitimirter Sohn des Christian Wilhelm K. sei, sondern der Verklagte muß die Affirmative dieses Satzes beweisen.

Ist dieß richtig, so stellt sich das Resultat ganz anders.

Der Verklagte hat zum Beweise seines behaupteten Erb-Anspruches nur seinen Tausschein und den Trauschein seiner Eltern beigebracht. Nach ersterem ist er am 6. Januar 1806 geboren, während seine Mutter erst am

11. Mai 1806 mit dem 2c. K. getraut worden ist. Er ist also jedenfalls nicht in der Ehe geboren. Als ein per subsequens matrimonium legitimirtes Kind würden ihm indeß die Rechte eines ehelichen Kindes zustehen.

Die Trauung ist genügend nachgewiesen. Es fragt sich nur:

genügt die Trauung a l l e i n, um einem früher, von der Ehefrau gebornen Kinde die Rechte eines per subsequens matrimonium legitimirten beizulegen?

Dies behauptet Verklagter und stützt sich dabei auf den §. 596, Tit. 2, Th. II des Landrechts, welcher verordnet:

„wenn ein Schwängerer die Geschwächte, auch ohne Prozeß und Erkenntniß, wirklich heirathet, so erlangt das aus dem unehelichen Beischlaffe erzeugte Kind eben dadurch, in allen, durch besondere Gesetze nicht ausgenommenen Fällen, die Rechte und Verbindlichkeiten eines ehelichen.“

Allein es leuchtet von selbst ein, daß eine solche Ehe-lichung nicht a l l e n früher von der nunmehrigen Ehefrau gebornen und dem Manne z u g e b r a c h t e n Kindern ohne Unterschied die Rechte der ehelichen Geburt ertheilen könne, sondern nur denjenigen, von welchen feststeht, daß die Mutter solche v o n d e m j e z i g e n Ehe m a n n e geboren hat, — daß sie wirklich dessen natürliche Kinder sind.

Das Gesetz sagt auch ausdrücklich:

„wenn ein Schwängerer die Geschwächte heirathet“ 2c.,

setzt also voraus, daß der Heirathende auch wirklich der Schwängerer sei.

Wie dieß in solchem Falle festgestellt werden soll, darüber schweigt freilich das Gesetz. Ist ein Schwängerungs-Prozeß angestellt gewesen, und der Heirathende durch denselben rechtskräftig für den natürlichen Vater des Kindes erklärt worden, so ist freilich kein Zweifel vorhanden. Allein gewöhnlich ist bei nachfolgender Heirath vorher ein Schwängerungs-Prozeß nicht gewesen, und nachher wird er noch weniger vorkommen. Das Gesetz setzt auch selbst den Fall voraus, daß der Schwängerer ohne Prozeß und Erkenntniß die Geschwächte heirathet.

Auch ein gerichtliches Anerkenntniß des Kindes Seitens des Vaters kann im Gesetz nicht gemeint sein; denn diese ist im nachfolgenden §. 597 nur von dem Verlobten für den Fall erfordert, wenn demnächst die Ehe nicht wirklich vollzogen worden.

Ist freilich ein solches gerichtliches Anerkenntniß auch bei nachfolgender Verheirathung vorhanden, so unterliegt die Sache wiederum keinem Zweifel.

Wenn dasselbe aber nicht vorhanden ist, so bleiben nur zwei Wege übrig: entweder muß das betreffende Kind gegen die Erben seines angeblichen Vaters nachträglich die Filiations-Klage anstellen, — welcher Weg jedoch bei dem inmittelst erfolgten Tode des Schwängers und der Geschwächten meist so gut als unausführbar sein wird —; oder es muß ein außergerichtliches Anerkenntniß des natürlichen Kindes Seitens des angeblichen natürlichen Vaters nachgewiesen werden.

Denn ein außergerichtliches Anerkenntniß bindet denjenigen, welcher es abgegeben hat, mithin auch seine Erben, nach §. 88 b, Tit. 10, Th. I der G. v. D., eben so

wol als ein gerichtliches, wenn es nicht widerrufen, oder der Widerruf nicht begründet ist.

Aber auch selbst ein ausdrückliches außergerichtliches Anerkenntniß wird in solchen Fällen selten nachzuweisen sein. Die Absicht des Gesetzes, den per subsequens matrimonium legitimirten Kindern die Rechte der ehe-lichen beizulegen, ist jedoch offenbar nicht auf einen solchen seltenen Fall gerichtet gewesen, sondern hat allgemein sein sollen; sonst würde auch das ausdrückliche Anerkenntniß dabei zur Bedingung aufgestellt sein.

Hieraus folgt, daß nach der Absicht des Gesetzes auch concludente Handlungen als Beweis eines stillschweigenden Anerkenntnisses zugelassen werden müssen.

Diese nun hat der Verklagte eventualiter bewiesen, denn die produzierten Zeugen, nämlich der Bürgermeister W. und der Bäckermeister S. zu D. bekunden, daß der Steuer-Einnehmer Christian Wilhelm K. ihn stets für seinen Sohn ausgegeben und anerkannt habe.

Dies genügt, ist aber auch erforderlich, um die Behauptung des Verklagten zu begründen, daß er per subsequens matrimonium legitimirt sei.

Die Klägerin hat jedoch mehrere Ausstellungen gegen den Inhalt und die Glaubwürdigkeit des vom Verklagten beigebrachten Tauf- und resp. Frau-Attestes gemacht, welche durch die Legalisation dieser Urkunden allein nicht gehoben werden. Dieß betrifft den Widerspruch zwischen dem vom Verklagten produzierten Taufscheine mit dem von der Klägerin beigebrachten Tauf-Atteste, nach welchem letztern Verklagter am 24. April 1803 — statt am 6. Januar 1806 — geboren sein soll. Da jenes Datum mit der Angabe der Mutter des Verklagten in den Vormundschaftsacten: daß Verklagter am 23. April 1803

geboren sei, näher übereinstimmt — so sollte dieser Widerspruch durch Vernehmung des Ausstellers behoben werden. Diese ist jedoch nicht möglich gewesen, weil der Aussteller des ältern Attestes, ein unbekannter Kaplan in Polen, gar nicht auszumitteln gewesen, sodaß das von dem Beklagten beigebrachte Attest sich als beweiskräftig ergibt.

Es ist übrigens von der Klägerin nicht bloß in Betreff des Taufscheins ein Widerspruch zur Entkräftung der Glaubwürdigkeit des Inhalts geltend gemacht, sondern auch in Betreff des von dem Beklagten überreichten Trauscheins. Nach diesem soll nämlich die Trauung am 11. Mai 1806 erfolgt sein. Klägerin hat nun ein kirchliches Attest beigebracht, wonach die erste Ehefrau des Christian Wilhelm K. erst am 14. März 1806 gestorben ist. Wenn es indeß auch auffallend scheinen könnte, daß der ic. K. schon 2 Monate nach dem Tode seiner ersten Ehefrau sich wieder verheirathet habe; so war dieß doch an sich zulässig, und dieser Umstand ist daher nicht geeignet, die Glaubwürdigkeit des vom Beklagten beigebrachten Trau-Attestes zu schwächen; noch weniger liegt ein Widerspruch vor.

Die übrigen Ausstellungen, welche Klägerin gegen den Inhalt und die Beweiskraft der fraglichen Atteste erhoben hat, sind ganz unbegründet. Insbesondere hebt sie den Umstand hervor, daß Beklagter nach demselben, wenn er wirklich ein Sohn des Christian Wilhelm K. sei, im Ehebruche erzeugt sein würde, da zur Zeit seiner Geburt die erste Ehefrau des ic. K. noch gelebt habe. Dieß ist richtig, steht jedoch der Legitimation des Beklagten per subsequens matrimonium nicht entgegen. Das Gesetz schließt die im Ehebruche erzeugten Kinder

hiervon nicht aus. §. 596 I. c. Der §. 24, Tit. 1, Th. II des Landrechts verbietet nur, daß Personen, welche wegen Ehebruches geschieden worden, diejenigen, mit welchen sie Ehebruch getrieben, heirathen. Ist dagegen die Ehe durch den natürlichen Tod getrennt worden, so ist die Verheirathung der Ehebrecher nur in dem Falle verboten, wenn der Ehebruch mit Nachstellungen nach dem Leben des andern Ehegatten verbunden war. §. 28 I. c. Selbst wenn aber auch ein solcher Grund vorhanden gewesen, die Ehelichung ist aber dennoch erfolgt, so steht der Legitimation der Kinder per subsequens matrimonium g e s e z l i c h dennoch nichts entgegen.

Ganz unerheblich ist es ferner, wenn Klägerin es hervorhebt, daß die Mutter des Verklagten in dem Taufscheine eine *vidua famata* genannt sei, wodurch sie ihre Behauptung unterstützen will, daß Verklagter nicht einmal ein unehelicher Sohn des Christian Wilhelm K., sondern ein *vulgo quaesitus* sei. Allein das Beiwort *famata*, welches der Aussteller des Taufscheines der Mutter des Verklagten beilegt, soll offenbar nur ein *epitheton ornans* sein, und so viel bedeuten, als *l ö b l i c h*, *e h r s a m*. Dies ergibt sich unzweifelhaft daraus, daß der Aussteller dasselbe auch in dem Trau-Atteste sowohl ihr als den Trauzengen beilegt, gleichwie er dem Vater das Beiwort *generosus* gibt. Auch der Umstand ist nicht von Erheblichkeit, daß die Mutter des Verklagten in sämtlichen Attesten als eine Wittwe *Ziomkova* aufgeführt ist, während sie sich selbst in den D.schen Vormundschaftsakten gar nicht mit diesem Namen, sondern bloß als eine geborne *M a j e s g e* bezeichnet. Beides kann sehr wohl richtig sein; und es ist sogar gewöhnlich, daß Wittwen, wenn sie sich wieder verhei-

rathen, ihres Wittwennamens nicht mehr erwähnen, sondern nur ihren Geburtsnamen anführen.

---

## No. 18.

### Ehe. Vaterschaft. Vermuthung.

- I. Die §§. 3 und 4, Theil II, Titel 2 N. E. : R. enthalten nur beispielsweise, nicht aber ausschließlich die Gründe, aus welchen die eheliche Geburt eines Kindes angefochten werden kann.
- II. Zur Begründung der Klage auf Illegitimitätsklärung eines Kindes bedarf es nicht des Nachweises der Unmöglichkeit der Beivohnung, sondern es genügt die Behauptung, daß die Beivohnung überhaupt nicht erfolgt sei.
- III. Der Beweis über die Thatsache der Beivohnung kann auch durch Eideszuschreibung geführt werden.

(Plenarbeschluss des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals, vom 5. September 1842. Just.-Min.-Blatt 1843, S. 16.)

(Mitgetheilt von dem Herrn Justizkommissarius Thebesius zu Militsch.)

---

Das Königl. Geheime Ober-Tribunal hatte in frühern Erkenntnissen angenommen, daß die §§. 3 und 4, Thl. II, Tit. 2 N. E. : R. die einzigen Gründe enthalten, aus welchen die eheliche Geburt eines Kindes über-

haupt angefochten werden könne, daß hiernach Seitens des auf Illegitimitätsklärung eines Kindes klagenden Ehemannes die Unmöglichkeit des erfolgten Beischlafes bewiesen werden müsse, und daß dieser Beweis durch Eideszuschreibung nicht geführt und auf einen nothwendigen Eid nicht erkannt werden dürfe..

(cf. Erkenntniß vom 12. September 1834, Jur. Zeitschrift 1835, S. 805.)

Nach dem Plenarbeschlusse vom 5. September 1842 (Just. = Min. = Bl. 1843, S. 16) hat dasselbe seine frühere Ansicht aufgegeben. Es dürfte von Interesse sein, den Rechtsfall, welcher zu dieser Aenderung Veranlassung gegeben hat, mitzutheilen.

Der Polizeischolz B. verehelichte sich am 30. Juli 1839, und schon am 28. Dezember ej. a. wurde seine Frau von einem Mädchen entbunden. Er wollte dieses Kind als von ihm erzeugt nicht anerkennen, und klagte daher unterm 4. April 1840 bei dem Fürstenthums-Gerichte zu Trachenberg auf Illegitimitätsklärung. Nachdem ihm der Beweis darüber, daß er seine Ehefrau erst gegen Johanni 1839 kennen gelernt habe, völlig mißglückt war, schob er dem zur Wahrnehmung der Gerechtfame des Kindes bestellten Curator den Eid darüber zu, daß er zwischen dem 302ten und 210ten Tage, von der Geburt des Kindes zurückgerechnet, seiner Ehefrau nicht beigewohnt habe, und nachdem der Curator diesen Eid mit Genehmigung der vormundschaftlichen Behörde zurückgeschoben hatte, erkannte das Fürstenthums-Gericht zu Dels, als das substituirtes Gericht, auf diesen Eid, und erklärte für den Ableistungsfall das Kind für ein uneheliches.

Der Curator ergriff gegen dieses Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation, indem er insbesondere auszuführen suchte, daß, weil die Unmöglichkeit der Beisohnung bewiesen werden müsse, dieser Beweis durch Eideszuschreibung gar nicht geführt werden könne; allein der zweite Senat des Königl. Ober-Landes-Gerichts zu Breslau bestätigte das erste Erkenntniß. Nun legte der Curator gegen das Appellationsurteil das Rechtsmittel der Revision ein. Indes auch das Königl. Geheime Ober-Tribunal erkannte per sententiam vom 19. September 1842 auf Bestätigung des zweiten Erkenntnisses, und zwar aus folgenden Gründen.

Der Curator des Kindes behauptet erstlich: die Vermuthung, daß die in der Ehe gebornen Kinder auch von beiden Eheleuten abstammten, könne nach §. 3 und 4 Allg. L.-Rechts II, 2, nur dadurch entkräftet werden, daß der seine Paternität bestreitende Ehemann entweder sein Zeugungsunvermögen beweise, oder eine solche Abwesenheit von seiner Frau während der ganzen gesetzlichen Conceptionszeit, daß die eheliche Beisohnung unmöglich habe Statt finden können. Und hiernach würde allerdings der Kläger, der für die Zeit vom 1. März bis 1. Juni 1839 keine solche Entfernung von seiner demnächstigen Frau nachgewiesen, auf Impotenz aber sich gar nicht berufen hat, mit dem Beweise der einfachen Negative, daß er während jener Zeit niemals den Beischlaf mit der Mutter des Kindes vollzogen habe, gar nicht gehört werden können. — Diese strenge Auslegung der allegirten Vorschriften ist überhaupt nicht ohne Bertheidiger, und insonderheit auch der Praxis nicht fremd geblieben. Auch das Geheime Ober-Tribunal hat, wiewohl erst neuerlich, nach

ihr entschieden. Doch hat eben die vorliegende Sache Veranlassung gegeben: die Frage vor das Plenum zu bringen, und dieses hat entschieden, es genüge, auch ohne concurrirende Impotenz oder Abwesenheit, jeder überzeugende Beweis, daß der Mann nur überhaupt während der Conceptions-Periode der Mutter des Kindes nicht beigewohnt habe. In der That liegt mit diesem Beweise auch die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft klar vor, und es kann sich nur noch fragen: ob etwa das Gesetz diesen directen Beweisgrund absichtlich und mit bestimmten Worten ausgeschlossen habe. Dasselbe lautet:

§. 2. Gegen diese gesetzliche Vermuthung soll der Mann nur alsdann gehört werden, wenn er überzeugend nachweisen kann, daß er der Frau in dem Zwischenraume vom 302ten bis zum 210ten Tage vor der Geburt des Kindes nicht ehelich beigewohnt habe.

§. 3. Gründet er sich dabei in einem Zeugungsunvermögen, so muß er nachweisen, daß dergleichen völliges Unvermögen während dieses ganzen Zeitraumes bei ihm obgewaltet habe.

§. 4. Gründet er sich in der Abwesenheit, so muß nachgewiesen werden, daß der Mann in eben diesem Zeitraume dergestalt ununterbrochen von der Frau entfernt gewesen, daß er ihr die eheliche Pflicht nicht leisten können.

Unter diesen Stellen bildet die erstere unbestreitbar das General-Gesetz, und grade dieses erklärt, im Einklang mit dem jus commune, ganz unzweideutig den Nachweis der Nichtbeiwohnung allgemein für statthast, aus welchem denn die Nichtvater-

schaft ja auch von selbst folgt. An diesem Grundsatz **ändern** die beiden folgenden nichts — sie schränken ihn weder ein, noch erweitern sie ihn — sie normiren vielmehr nur den Beweissatz für zwei besondere Fälle, und kommen also überall nur in Betracht, wenn der präsumtive Vater seine Klage wirklich auf Impotenz oder Abwesenheit gründet. Diesen Sinn derselben kündigt auch ihre Fassung an. Ganz deutlich aber sprechen ihn Suarez und der Großkanzler von Carmer aus. Ersterer in den amtlichen Vorträgen bei der Schlusrevision:

„Hiernächst scheint es wohl auch nicht die Absicht des Gesetzbuchs zu sein, durch Enumerirung der im §. 3, 4 angegebenen, alle übrigen denkbaren Fälle der Unmöglichkeit oder die *aliam causam* des Römischen Gesetzes (l. 6 D. de his qui sui) gänzlich auszuschließen.“

Und Letzterer in seinem Berichte an Roi, vom 28. Januar 1794, worin er bei Ueberreichung des umgearbeiteten dritten Bandes des Allgemeinen Land-Rechts die getroffenen Abänderungen hervorhebt, und hierbei unter andern bemerkt:

4) Ebenso ist der Beweis, daß ein in der Ehe gebornes Kind dennoch nicht von dem Eheманne erzeugt sei, mehr erleichtert worden, weil nach der Mehrheit der Stimmen des Justiz-Departements außer der Impotenz und Abwesenheit, die das Gesetzbuch angenommen hatte, noch andere Fälle möglich sind, wo dieser Beweis vollständig geführt werden kann.

Jahrb. Bd. 41, S. 133, 174, 175.

Schles. Archiv. Bd. V. S. 2.

Hiernach zerfällt also der erste Einwurf des Curators des Kindes. Sodann aber soll nach seiner Meinung wenigstens keine Eidesdelation über die Nichtbeziehung statthast sein. Doch ist dieß eine ganz willführliche Behauptung, für welche nicht einmal ein scheinbarer Grund anzuführen ist. Das Gesetz im §. 352, Tit. 10 der Prozeß-Ordnung erklärt die Eideszuschreibung allgemein und für alle Fälle für ein zulässiges Beweismittel, und fügt hinzu:

die Fälle der Ausnahme, wenn nämlich über eine streitige Thatsache der Beweis durch den Eid nicht zulässig ist, sind durch besondere Gesetze bestimmt.

Solche singuläre ausdrückliche Bestimmungen finden sich auch im §. 49 Allg. L.-R. I, 4; §. 107, I, 16 und in §. 3 der Verordnung vom 15. Dezember 1818 über die Entschädigung für die aufgehobenen Banngerechtigkeiten (Gesetz-Sammlung Seite 179); nicht entfernt aber in den §§. 2 — 4 N. L.-R. II, 2. Hier ist durchaus nicht, wie in den zuvor allegirten Stellen gesagt: „der Eidesantrag finde nicht statt“ — sondern nur es müsse ein überzeugender Nachweis der Nichtbeziehung erbracht werden. Nach §. 10, Tit. 13 der Prozeßordnung ist aber eine Thatsache bis zur völligen Ueberzeugung ausgemittelt und für völlig erwiesen anzunehmen:

- 8) Wenn die Partheien den Weg der Eidesdelation gewählt haben, und ein deferirter oder zurückgeschobener Eid geschworen, oder erlassen, oder für geschworen angenommen, oder dessen Ableistung verweigert worden ist, da sodann, nach Verschieden-

heit der Fälle die streitig gewesene Thatsache für wahr oder falsch anzunehmen ist.

Schwört daher der Kläger den ihm referirten Eid aus, so ist es wahr, daß während der kritischen Zeit keine Vermischung zwischen ihm und der Mutter des Kindes Statt gehabt hat, und alsdann kann er auch unmöglich dessen Vater sein.

Berlin, den 19. September 1842.

---

## No. 19.

### Testament. Nichtigkeiten.

- I. Die zur vollständigen Besetzung eines Gerichts an Stelle des Actuarius oder Protokollführers zuzuziehenden Gerichtschöppen müssen schon vorher vereidigt worden sein, wenn die Gerichtshandlung als vor gehörig besetztem Gerichte vorgegangen angesehen werden und gelten soll.  
A. L.-R. Th. I, Tit. 12, §. 83. — A. G.-D. Th. I, Tit. 25, §. 55.
- II. Die geschene Vereidigung verliert dadurch, daß kein Protokoll darüber aufgenommen worden, nichts an ihrer Kraft und kann auch anderweitig erwiesen werden.
- III. Der Richter wird dadurch, daß er dem Testator in Beziehung auf das Testamentmachen Rath gegeben hat, oder daß ihm mit seinem Wissen

ein Legat verschrieben worden, oder er Schuldner des eingesetzten Erben ist, oder daß er in dem Testamente Unrichtigkeiten gemacht hat, nicht unfähig, bei diesem Testamente das Amt des Richters zu verrichten.

IV. Zur Gültigkeit eines Testaments ist nicht erforderlich, daß das Protokoll über den Hergang der Handlung in Gegenwart des Testators geschrieben werde; auch schaden unwesentliche Correcturen in dem Annahmeprotokolle nicht.

V. Ein Testament wird dadurch, daß der Richter dasselbe bis zur Publikation in seinem Privatgewahrsam behalten hat, oder daß die Aufschrift auf dem Umschlage mangelhaft ist, nicht ungiltig.

Anhang 3. A. L. R. §. 33.

VI. Ebensowenig dadurch, daß das Gesuch um Auf- und Abnahme des Testaments durch einen von dem eingesetzten Erben Abgesandten mündlich angebracht worden ist, und der Richter weder darüber ein Protokoll aufgenommen, noch die Erklärung des Testators, daß es sein freier Entschluß sei, sein Testament errichten zu wollen, in dem Annahmeprotokolle niedergeschrieben hat.

A. L. R. Th. I, Tit. 12, §§. 68 — 71.

(Rechtsfall.)

Die am 25. Januar 1833 ohne Leibeserben verstorbene Ehefrau des Hauptmann von G. hatte ein den 22. desselben Monats dem Gerichts=Amte zu Camin übergebenes schriftliches Testament nachgelassen, und darin ihren genannten Ehemann zum Universalerben eingesetzt, und ihm nur einige Legate aufgelegt. Dieß Testament wollte die verwitwete Regierungs= Sekretair Sch. zu G. als nächste Intestaterbin der Verstorbenen nicht gelten lassen, weil dasselbe nicht unter den gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten aufgenommen worden, und weil die Testatrixin auch nicht dispositionsfähig gewesen sein sollte, und trug klagend darauf an: das am 10. Februar 1833 publicirte Testament der Pauline von G. gebornen T. für ungiltig zu erklären, über deren Nachlaß die Intestaterbfolge zu eröffnen, und den Verklagten zu verurtheilen, den Nachlaß seiner verstorbenen Frau, nach Abzug des ihm nach den Ehepacten gebührenden dritten Theils, an die Klägerin herauszugeben.

Der Erste Senat des Oberlandes= Gerichts zu Breslau wies mittelst Erkenntnisses, eröffnet den 13. Februar 1835, die Klägerin ab.

Dagegen appellirte sie; sie verlangte die Abänderung des ersten Erkenntnisses nach ihrem Antrage; wogegen der Appellat auf Bestätigung des ersten Erkenntnisses antrug.

Der zweite Senat bestätigte unterm 9. Januar 1840 das erste Urtheil.

#### Gründe.

- 1) Der erste Hauptgrund der Nichtigkeit soll der Mangel eines gehörig besetzten Gerichts sein, indem behauptet wird, daß die in Ermangelung eines Ak-

tuars zugezogenen beiden Schöppen nicht vereidigt gewesen seien. Als solche sind zwei Mitglieder des Caminer Dorfgerichts, nemlich der Schullehrer J., und der Gerichtscholz T. zugezogen, und am Tage der Testamentsabnahme vom Richter mit dem in der Allgemeinen Gerichts-Ordnung Thl. I., Titel 25., S. 55 vorgeschriebenen Eide besonders verpflichtet worden. Es ist aber streitig: ob diese Vereidigung vor oder nach dem Akte der Testamentsannahme stattgefunden hat; die Klägerin bestreitet, daß die Vereidigung vor der Annahme stattgefunden, und behauptet eben deshalb: daß die zugezogenen Personen keine Gerichtschöppen gewesen seien. Wäre die Vereidigung erst nachher erfolgt, so würde das Gericht allerdings nicht gehörig besetzt gewesen sein, weil S. 83, Tit. 12, Thl. I, N. L. = R. zwei vereidete Schöppen erfordert, und weil es mit diesen, als wirklichen, das Gericht zugleich mit constituirenden, Personen eine andere Bewandniß als mit den Dollmetschern und Sprach-Zeugen hat, deren Vereidigung nach §. 132, l. c. auch nach der Testaments- Auf- oder Abnahme erfolgen kann, ohne der Gültigkeit der Handlung zu schaden. Allein im vorliegenden Falle ist als erwiesen anzunehmen: daß die beiden Schöppen T. und J. schon vor der Testaments- Abnahme als Mitglieder des Dorfgerichts vereidigt gewesen sind. Unlangend den T., so ergibt sich seine schon im Jahre 1820 erfolgte Vereidigung als Gerichtsmann aus den Akten, betreffend u. s. w. Ueber die Vereidigung des J. ist zwar kein Protokoll beigebracht und J. bekundet, daß kein Protokoll aufgenommen worden. Die fehlende Verhandlung ist aber

nicht wesentlich, da die erfolgte Vereidung auch anderweitig erwiesen werden kann, wie dieß jetzt durch die eidliche Vernehmung des T. und J. geschehen ist. Demnach ist als vollständig erwiesen anzusehen, daß bereits am 23. Januar 1833 T. und J. ein für allemal vereidete Schöppen waren, das Gericht mithin nach §§. 82, 83, Tit. 12, Thl. I. N. C. = R. als gehörig besetzt anzusehen war.

- 2) Der zweite Grund der Nichtigkeit soll nach Anführung der Klägerin darin liegen: daß der Richter, welcher das Testament aufgenommen hat, suspect sei, weil er sich als Konsulent habe gebrauchen lassen, das schriftliche Testament aufgesetzt, und sich darin ein Legat von 200 Thlr. zugeschrieben habe. Dieser Grund ist ebenfalls zu verwerfen.

Factisch ist es richtig: daß der Richter zuerst allein bei der Testatrix gewesen ist, dieser Rath gegeben hat, wie es zu machen, wenn nicht die andern Gerichtspersonen den Inhalt des Testaments erfahren sollten; ferner, daß er darauf das Testament entworfen hat, und daß darin denjenigen Gerichtspersonen, welche das Testament annehmen würden, ein Legat von 200 Thlr. verschrieben ist. Dadurch ist der Richter aber nicht unfähig geworden, bei der Annahme des Testaments als Richter zu fungiren. Daß demselben ein Legat vermacht worden, schadet der Handlung gar nichts, Was die Klägerin in Beziehung auf das Rathgeben anführt, paßt hier nicht. Die von ihr bezogenen Vorschriften s. 143, Tit. 2, Thl. I, und s. 14, Tit. 3

Zhl. III, A. G. = D. beziehen sich nur auf Prozesse.

Klägerin hält den Richter auch um deswillen für suspect, weil er dem Verklagten eine Darlehenssumme von 1000 Rthlr. schuldig sei. Sie findet hierin einen Grund, weshalb derselbe das Testament von der Ehefrau des Verklagten nicht habe aufnehmen dürfen. Dieser Grund ermangelt aller Haltbarkeit, weil er nicht auf Gesetzen beruht.

Ferner soll der Richter darum nicht als Richter haben fungiren dürfen, weil er aller richterlichen Glaubwürdigkeit sowohl im Allgemeinen als in diesem besonderen Falle entbehre, indem er sich folgender Fälschungen schuldig gemacht habe.

Die Stelle des Testaments, wo der Klägerin ein Legat vermacht werden soll, soll verfälscht sein. An dieser Stelle ist eine Korrektur, welche der Richter dadurch erklärt, daß er die Testatrixin anfänglich falsch verstanden habe. Daß hier eine Fälschung vorliege, ist nicht bewiesen; sie würde es auch dadurch nicht sein, wenn es — was keinesweges deutlich zu sehen ist — wahr wäre, daß an Stelle der 1600 Rthlr. vorher 6000 Rthlr. und nicht, wie der Richter angibt, 2000 Rthlr. gestanden hätten. Auch hat der damalige Aktuarus eidlich ausgesagt: daß er das Testament bei Publikation desselben in Augenschein genommen, und damals bemerkt habe, daß im Testament Korrekturen vorgekommen wären. Ob indeß die jetzt sichtbaren Abänderungen bei Publikation schon sämmtlich vorhanden gewesen, konnte er nicht bekunden. Seine Aussage begründet daher auch noch keine Vermuthung einer Fälschung.

Ueberhaupt fehlt es dieser Behauptung an Schlüssigkeit. Denn wäre dieselbe auch in facta begründet, so würde daraus noch kein Mangel in der richterlichen Qualität des Richters folgen.

3) Der dritte Hauptgrund der Nullität wird hergenommen aus Mängeln in den Essentialien der Handlung. Diese sind:

a) Das Annahmeprotokoll soll nicht in Gegenwart der Testatrix aufgenommen worden sein. Dieß ist ganz unerheblich. Denn es ist nicht vorgeschrieben: daß das Protokoll über den Hergang der Handlung in der Krankenstube geschrieben werden soll. Nur die Handlung selbst muß in Gegenwart des Testators geschehen.

b) Das Protokoll über die Annahme des Testaments hat Correkturen. In dem Passus, wo die Testatrix ihre Unterschrift unter dem Testamente nach gescheneher Durchlesung anerkennt, ist aus dem Worte „Vorlesung“ Durchlesung gemacht, und in der Phrase: „eigenhändig unterschrieben“ ist das Wort „eigenhändig“ über ein durchstrichenes Wort, welches „vollkommen“ heißen zu haben scheint, geschrieben.

Diese Correkturen sind unwesentlich und ohne Einfluß auf die Glaubwürdigkeit der Urkunde. Auch die Einschaltung der Worte: in Gegenwart der Testatrix, welche sich auf die Beidrückung des Gerichtsfiegels beziehen, ist nach §. 33 Anh. N. E. = N. unerheblich.

4) Ein vierter Hauptgrund der Nichtigkeit wird hergenommen aus Mängeln in den wesentlichen Förmlichkeiten. Diese sind:

a) Das Testament ist nicht ad depositum genommen worden, sondern bis zur Publikation in dem Privatgewahrsam des Justizarius geblieben. Die Klägerin relevirt, daß dadurch die Identität des Testaments ganz unsicher werde, und bestreitet gänzlich: daß das am 10. Februar 1833 publicirte Testament eben dasselbe sei, welches am 22. Januar ejusd. a. von der Frau von G. errichtet worden. Allein jener Umstand ist nach §. 33. Anh. z. N. E. = R. unwesentlich, weil durch die geschehenen Ermittlungen gar kein Umstand festgestellt ist, welcher einen Zweifel gegen die Echtheit des Testaments begründete.

b) Das Testament ist nicht vorschriftsmäßig überschrieben worden. Die Ueberschrift lautet:

Leztwillige Verordnung  
der Pauline, verhehlchten Hauptmann von G.  
geborne T., worin Siegelung und Inventur  
verbeten worden.

Gamin, den 22. Januar 1833.

Pauline verhehlchte Hauptmann von von G. geb. T.

Darunter steht:

Praesentatum Gamin, den 22. Januar 1833.

N. —                      J. —                      T. —  
vereidete Gerichtschöppen.

Klägerin relevirt: daß hier die vorgeschriebene Ueberschrift: daß das Testament zur gerichtlichen Deposition übergeben worden, fehle.

Allerdings fehlt die im §. 5, 3, Tit 4, Theil II, der N. G. = D. vorgeschriebene Form der Ueber-

schrift. Allein nach §. 33 Anh. N. E.=R. ist dieser Mangel unwesentlich, zumal nichts bewiesen ist, woraus ein Zweifel gegen die Identität entnommen werden könnte. Zeuge J. bekundet zwar: daß die Testatrixin in seiner Gegenwart das Couvert des Testaments nicht unterschrieben, gibt dagegen an, daß der Richter dasselbe in seiner Gegenwart überschrieben und versiegelt habe, bekundet auch seine Unterschrift auf dem Couverte. Zeuge T. bekundet dasselbe von seiner Unterschrift, und die Versiegelung durch den Richter. Die verhehlichte Sch. bekundet, daß die Testatrixin das Couvert überschrieben habe; der Salarien-Kassen-Kontrollleur Sp. hat nicht bekundet: daß die Correkturen im Testamente erst nach der Publikation gemacht worden, er hat vielmehr bestimmt bekundet, daß er solche schon bei Publikation bemerkt habe. Die Identität des vorliegenden Testaments mit dem von der Testatrixin übergebenen, ist hiernach durchaus nicht in Zweifel gestellt.

c. Ein dritter Mangel soll sein: daß der Justiziarus ohne die im §. 68, Tit. 12, Th. I, N. E.=R. vorgeschriebene Einladung, auf bloße mündliche Bestellung des von dem Verklagten abgeschickten Wirthschafters, sich zur Testamentsabnahme eingefunden habe, und daß das Annahmeprotokoll die Veranlassung zu dem Erscheinen des Gerichts nicht enthalte. Dieser Mangel begründet nach §§. 70, 71 l. c. keine Nullität.

Diesem Allen nach ist die auf Annullirung des Testaments gerichtete Beschwerde der Klägerin zu verwerfen, und das erste Urtheil nur zu bestätigen gewesen.

Die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde

von dem Geheimen Obertribunal durch das Urtheil vom 24. August 1841 als unbegründet verworfen. In den Gründen

heißt es unter Anderm:

— — — Es sind endlich die Vorschriften, welche Implorentin zum Beweise ihrer Behauptung: daß der Richter bei der Annahme, es sei eine schriftliche Verhandlung über den Akt der Eidesleistung nicht durchaus nothwendig, sondern sie könne auch auf andere Art bewiesen werden, Rechtsgrundsätze verletzt habe, angeführt hat, hier nicht passend. Die §§. 133 seq., Tit. 5, Th. I des Allg. L. = R. beziehen sich auf Verträge und Willenserklärungen, durch welche Rechte von Einem auf den Andern übertragen werden. Als ein Vertrag oder eine solche Rechte übertragende Willenserklärung ist ein Diensteid nicht zu betrachten. Die Verpflichtungen der Beamten werden schon durch Uebernahme des Amtes, nicht erst durch die Eidesleistung übernommen, letzter dient nur als Befräftigungsmittel. Alle ferner in Bezug genommenen Gesetzstellen haben nur gerichtliche Vereidigungen zum Gegenstande, bei denen freilich eine schriftliche Verhandlung nöthig ist. Eine gerichtliche Vereidigung der Dorfgerichte ist aber nicht durchaus erforderlich. Sie ist nirgends ausdrücklich vorgeschrieben, und das von der Implorentin selbst allegirte Rescript vom 30. Oktober 1819 (v. Kampß Jahrb. 14, S. 174) beweiset, daß sie auch durch andere Beamten, als gerade durch richterliche geschehen kann. Daß aber bei einer solchen außergerichtlichen Vereidigung die Ausnahme eines Protokolls ganz unerläßlich sei, ist auch nicht gesetzlich sancirt, und geht wenigstens nicht aus dem

§. 3 der Verordnung vom 17. December 1799 (Rabe V. S. 672) hervor, welcher nur von Versezung oder Beförderung der Finanz- und Polizei-Officianten handelt. Ueberhaupt kann der Eidesleistung, wenn sie als Thatsache feststeht, bloß deshalb, weil eine darüber aufgenommene Verhandlung nicht zu produziren ist, die Kraft nicht abgesprochen werden.

Ad h., führt die Implorantin gegen die Ansicht des Appellationsrichters, daß der Justizarius rechtlich nicht verhindert gewesen, den Testaments-Annahme Akt vorzunehmen, an:

1) Der §. 14, III, 3 der G.=O. verordne, daß ein Richter, der in einem Falle irgend ein Interesse habe, sich jeder Ausübung seines Amtes enthalten müsse. Hiermit stimme die Vorschrift §. 26, III, 7, G.=O. (wegen der Justiz-Kommissarien und Notarien) überein. Diese Paragraphen und §. 190, Nr. 5, Tit. 10, Pr.=O. seien verletzt.

2) Dem §. 126, Tit. 10, Pr.=O. zuwider behaupte der Richter, daß wären auch die dem Justizarius zur Last gelegten Unredlichkeiten in factio gegründet, daraus noch kein Mangel in der richterlichen Qualität desselben folgen würde. Durch diese Ansicht sei zugleich ein Rechtsatz und eine wesentliche Prozeßvorschrift verletzt.

3) Der §. 5, Nr. 10, b. und c. trete ein, wenn der Richter die deutliche Zahl 6000 Thlr. als Urschrift nicht erblicken wolle; sie sei deutlich zu erkennen, wenigstens sei klar, daß daselbst nicht 2000 Thlr. gestanden haben könnten.

4) Es sei Richtigkeit nach §. 5, Nr. 10, a, der Verordnung vom 14. December 1833, und Art. 3, Nr. 4

der Deklaration vom 6. April 1839, dadurch begangen, daß der gerügten Unwahrheit des Justiziers nicht erwähnt worden, der er sich dadurch schuldig gemacht, daß er behauptet, in dem Testament finde sich eine durchgestrichene Stelle, dergleichen doch nicht vorhanden sei.

5) Dasselbe trete ein, bei der Nicht-Erwähnung der von dem Justiziar aufgestellten unwahren Behauptung, T. und J. seien vorher, ehe sie in das Krankenzimmer gegangen, vereidet, wovon das Gegentheil durch die Aussage beider Personen ermittelt worden.

6) Hierin liege eine Fälschung und es sei

7) ebenfalls der unrichtigen Angabe des Justiziers, wo er sage:

das Annahme-Protokoll soll Rasuren und Correcturen enthalten, das ich nicht wahr!

nicht gedacht. Dergleichen Correcturen seien in der That vorhanden, und hierher gehöre auch die Art, wie derselbe das falsche Attest vom 15. und 18. Dezember 1836 von dem J. sich habe ausstellen lassen, und daß er nach dem Annahme-Protokoll besonders vereidigte Schöppen zugezogen habe, ohnerachtet diese doch erst später vereidigt worden.

8) Es sei Rechtsverletzung, besonders des §. 66, Tit. 12, I des Allg. L.-R., wenn man ein Testament für gültig erachte, was der Richter erst selbst aufgenommen, und nachher sich selbst übergeben habe, wie hier geschehen. Eigentlich sei das Testament mündlich dem Richter, aber nur diesem allein, nicht vor besetztem Gerichte erklärt, und die Ausrede, daß der Richter vorher als Consulent, dann als Richter (bei der Annahme) gehandelt, könne nicht gelten, da eine

solche Consulentschaft von den Gesetzen nicht gut geheißen sei, und ein dergleichen Verfahren nur falsche Testamente und Malversationen begünstigen würde.

Hiergegen kommt in Betracht, daß gegen den §. 14. Tit. 3, Thl. III der Gerichts-Ordnung nicht angestoßen ist, wenn der Appellations-Richter den Richter um deßhalb nicht für ungeeignet bei dem Testaments-Akt angesehen hat, weil in dem Testament für ihn ein Legat ausgesetzt war; denn in dieser Gesetzstelle ist nur von dem Falle die Rede, wenn über einen Akt, den der Richter aufnimmt, Prozeß entsteht. Der §. 26. Tit. 7, Thl. III der N. G.-O. handelt von Notarien, §. 190, Nr. 5, Tit. 10 der Pr.-O. von Zeugen, diese Gesetzstellen passen also hier nicht, für Testaments-Akte gelten besondere Vorschriften.

Diesem zufolge (§. 134, Tit. 12, Th. I des N. G.-R.) ist der Richter von der Aufnahme eines Testamentes nur dann ausgeschlossen, wenn er darin zum Erben eingesetzt werden soll. In einem übergebenen Testamente kann er nach §. 133 als Erbe und Legatar bedacht werden, und es ist hiermit für den Fall keine Ausnahme gemacht, wenn der Richter von der ihm geschehenen Zuwendung Kenntniß hat, wenigstens hat Implo-  
rante keine Gesetzstelle allegiren können, die in einem solchen Falle den Richter verhinderte, das schriftlich und versiegelt übergebene Testament anzunehmen.

Es ist ferner dem §. 66 l. c. nicht entgegen, wenn der Appellationsrichter es für zulässig erachtet hat, daß der Richter, nachdem er das Testament concipirt, es unter Zuziehung von Schöppen annahm. Denn in der ersteren Beziehung war er nicht in seiner richterlichen Qualität thätig, er handelte als Privatus,

und seine richterliche Function trat erst bei dem Akt der Annahme des Testaments ein, bei der das Gericht durch Zuziehung der Schöppen besetzt war. Die Prozedur mag ungewöhnlich, und selbst tadelnswerth sein; eine Nichtigkeit involvirt sie gesetzlich nicht, die Vorschriften der §§. 100 — 103 l. c. sind beobachtet. Der von der Implorantin in Bezug genommene Schluß des s. 126, Tit. 10 der Prozeß-Ordnung quadrirt hier nicht; denn davon, daß der Richter in seinem Amte begangener Fälschungen überführt worden, ist gar nicht die Rede; solcher Fälschungen kann die Klägerin selbst den Richter nicht bezüchtigen.

Eine mit der Zahl 6000 oder 2000 Rthlr. vorgenommene Veränderung würde, wenn sie, wie zu präsumiren ist, mit Genehmigung der Testatrix geschah, oder nothwendig ward, weil der Concipient letztere nicht richtig verstanden hatte, eine Fälschung nicht involviren.

Es beruht übrigens in dem Befund des Appellations-Richters, wenn er aus dem Testament nicht entnommen hat, daß statt der Zahl 1600 vorher 6000 gestanden habe, von einem Verstoß gegen den wörtlichen Inhalt des Dokuments, kann hier nicht gesprochen werden; der frühere wörtliche Inhalt ist hier wenigstens nicht deutlich zu erkennen. Die angeblich von dem Richter bei seinen Angaben im jetzigen Prozeß begangenen Unwahrheiten bedurften keiner Erwähnung, denn in dem Prozeß erscheint er als Parthei, und wenn er sich bei seinen Auslassungen noch so vieler Unwahrheiten schuldig gemacht hätte, so würde dieß seiner richterlichen fides bei dem lange vorher von ihm vorgenommenen Testaments-Akt nicht im geringsten

Schaden, am wenigsten könnte die eigentlich verklagte Partei darunter leiden. Auf die Funktion des Richters bei dem Testaments = Akt kann nur die Angabe der Implorantin bezogen werden, daß in dem Annahme = Protokoll gesagt ist:

die zu diesem Akt besonders vereidigten Schöp = pen seien zugezogen.

Hierin kann indeß eine eigentliche Unrichtigkeit nicht gefunden werden. Denn die Schöp pen sind in der That (obwohl unnöthigerweise) bei Veranlassung der Testaments = Abnahme besonders vereidigt worden, und daß sie bei dem Abnahme = Akt als schon vereidigt bezeichnet wurden, ist insofern nicht als unrichtig anzusehen, als nicht constirt, daß das Protokoll über Annahme des Testaments vor oder nach der Vereidigung aufgenommen ward, sondern nur, daß letztere nach der Testaments = Uebergabe erfolgte, folglich bei Abfassung des Protokolls die Vereidigung immer schon geschehen sein konnte. Die Aussagen des J. und T. lassen dieß unaufgeklärt.

Ad c. in Betreff der vom Appellationsrichter in den Essentialien des Testaments = Akts nicht gefundenen Mängel führt die Implorantin an:

1) Es sei nach §. 5, Nr. 10 a der Verordnung vom 14. Dezember 1833 und Art. 3, Nr. 4 der Deklaration vom 6. April 1839 Nichtigkeit begangen, weil grade die Hauptmomente, welche bei der Frage: ob die Testatrix bei dem Testaments = Akt in vollem Gebrauch ihres Verstandes gewesen, unerwähnt geblieben seien. Denn

a) es sage der Zeuge J., die Testatrix habe nach Vorlesung der Annahme = Verhandlung gesagt: So

wäre es richtig, so wolle sie es haben! Diese Neußerung passe nicht zu dem Inhalt der eine Willens-Erklärung der Testatrix gar nicht enthaltenden Annahme-Verhandlung.

b) Die Bezeichnung der Legatarien in dem Pseudo-Testament sei falsch und unrichtig. Ihre nächsten Verwandten, Onkel und Tante, habe die Testatrix nicht als solche bezeichnet, und nenne ihre Cousine S. Wirthschafterin ihres Vaters, obnerachtet diese bei dem Tode des Vaters der Testatrix erst 12 bis 13 Jahr gewesen.

c) Sie habe gefragt, ob sie „Premier-Lieutenantin“ oder „verehelichte Hauptmann“ schreiben solle, wie J. bekundet;

d) Sie müsse nicht mehr gewußt haben, wie sie geheißen, da sie sich Tietze unterschrieben, obwohl ihr Name Tietz gewesen;

e) Der Richter gebe selbst zu, daß die Testatrix durch die Geistlichkeit, Aerzte und Krankheit doch schon sehr angegriffen gewesen sei.

Daß aller dieser Umstände nicht erwähnt ist, kann eine Richtigkeit nicht begründen. Denn es bedarf gar keiner Ausführung, ergibt sich vielmehr ganz von selbst, daß aus den hier gemachten Angaben der Schluß, daß die Testatrix bei dem Testaments-Akt nicht mehr den Gebrauch ihres Verstandes gehabt, auf keine, am wenigsten auf eine zuverlässige Weise gezogen werden kann, folglich jene Thatsachen auf die Entscheidung einen Einfluß nicht äußern können, u. s. w.

Gegen die Ausführung des Appellations-Richters, daß die unterbliebene Deposition des Testaments und die

nicht ganz vollständige Ueberschreibung desselben unschädlich sei, bemerkt die Implorantin:

1) Es sei eine wesentliche Prozeß-Vorschrift verletzt (§. 5, Nr. 10 l. c. der Verordnung vom 14. Dezember 1833), wenn der Appellationsrichter annehme, daß sich das qu. Testament in dem Privat-Gewahrsam des Richters befunden habe. Dieß sei nicht bewiesen und nicht eingeräumt, es sei eben so möglich, daß der Verklagte das Testament an sich behalten.

Dies Monitum erledigt sich dadurch, daß es eine offenbare, keinesweges zu präsumirende Pflichtwidrigkeit involviren würde, wenn supponirt werden sollte, daß der Justizarius das angenommene Testament aus seiner Gewahrsam weggegeben habe, es würde dieß auch dem Inhalt der Testaments-Akten widersprechen, wornach am 23. Januar 1833 verfügt ist, daß das Testament bis zur Deposition im Asservatenkasten aufbewahrt bleiben solle, und den eignen frühern Angaben der Implorantin in der Klage vom 24. Dezember 1833 und der Deduction vom 16. Mai 1834.

2) Der Richter soll den §. 33 des Anhangs zum Allg. L.-R. auf einen Fall angewendet haben, für den er nicht passe. Es werde zur Anwendung dieses Paragraphen vorausgesetzt:

a. daß das Protokoll über Errichtung oder Uebergabe eines Testaments vorschriftsmäßig abgefaßt sei,

b. daß die Identität des Aufsatzes gar nicht zweifelhaft sei, oder, wie das Rescript vom 26. Februar 1798, aus dem der Anhangs-Paragraph entnommen sei, besage, — gar kein scheinbarer Anlaß zu einem Zweifel über die Identität des Aufsatzes obwalte,

e. daß die Aufbewahrung zwar in gesetzlicher Art erfolgt, aber dabei ein Fehler vorgefallen.

Hier fehle es aber,

ad a an einem vorschriftsmäßig aufgenommenen Protokoll, weil der Richter suspect, die Schöppen nicht unbescholten und nicht gehörig vereidet seien, T. nicht mit genügenden Geisteskräften versehen gewesen, folglich das ganze Protokoll, nach §. 81, II, 17 des N. L. = R., ungiltig sei, dasselbe auch Correcturen und eine Unterschrift der Testatrix enthalte, welche nicht für richtig gehalten werden könne;

ad b sei die Identität hier sehr zweifelhaft, da die Aufschrift mit dem Inhalt des Annahme-Protokolls nicht stimme, und ein gesetzlicher Verschluss nicht stattgefunden, weil der Justiziar das Eine, der Verklagte das andere Petschaft gehabt, folglich das Couvert beliebig habe geöffnet, und wieder geschlossen werden können, da ferner das Testament Ausdrücke enthalte, welche die Testatrix füglich nicht habe gebrauchen können, und nicht einmal ihre Unterschrift ihren richtigen Namen enthalte;

ad c sei hier gar keine Deposition erfolgt. Der §. 33 des Anhangs wolle nur einen bei der Aufbewahrung begangenen Fehler für unschädlich erklären. Es sei aber im §. 112, Tit. 12, I des N. L. = R. und in der Instruktion für das General-Auditoriat vom 20. October 1800 bestimmt, daß Testamente im Depositorio aufbewahrt werden müßten, und die Cabinets-Ordre vom 13. Juli 1817 setze fest, daß Testamente nur in einem unter dem Doppelverschluss des Richters und Actuars stehenden Behältniß gültig aufbewahrt werden könnten. Es müsse auch ein Ding an sich selbst existiren, hier also gültige Aufbewahrung, wenn davon die Rede sein solle, daß

dabei ein Fehler begangen. Es sei sonach gegen einen Rechtsgrundsatz angestoßen, wenn der Appellationsrichter annehme, daß die Deposition ganz habe unterbleiben können, und daß die gänzliche Unterlassung derselben bloß einen Fehler bei der Aufbewahrung involvire.

Was diese letztere Anführung ad c betrifft, so erklärt es der §. 33 des Anhangs für unschädlich, wenn bei der Aufbewahrung des Testaments ein Fehler begangen ist. Es ist nicht gesagt: bei der Deposition, sondern bei der Aufbewahrung; es wird also die Deposition selbst für nicht wesentlich erklärt. Dieß ist eine gesetzliche Deklaration der Vorschriften des A. L. R. Tit. 12, §§. 112 und 139, und es kann dabei auf die Instruktion des General-Auditorats nicht ankommen; die Cabinets-Ordre vom 13. Juli 1817 ist nicht bekannt gemacht und in keiner öffentlichen Sammlung von Rechtsverordnungen enthalten; ad a und b aber ist oben bereits gezeigt, daß die Rügen gegen Richter und Schöppen und gegen die Vollständigkeit des Testaments-Aktes von keinem Gehalt sind. Der Appellations-Richter hat die Identität des Aussages hier nicht zweifelhaft gefunden. Er hat Gründe dafür angegeben, und Implorantin kann nicht behaupten, daß hierbei gegen den wörtlichen Inhalt der Beweismittel angestoßen worden.

3) Bemerkt die Implorantin: der §. 33 des Anhangs sei auch insofern hier unpassend angewendet, als hier nicht bloß die Zeit der Uebergabe des Testaments, von der der §. 33 des Anhangs nur spreche — nicht vermerkt — sondern die ganze Ueberschrift des Testaments nicht der Vorschrift des §§. 5, 3, Th. II, Tit. 4 der G.-Ord. gemäß, abgefaßt sei.

Ein Mangel in der Zeitbestimmung der Uebergabe ist hier gar nicht vorhanden. Es fehlt nur bei dem praesentato die nach §. 5, 3, Tit. 4, II der N. G. = O. vorgeschriebene Bemerkung: daß das Testament zur gerichtlichen Verwahrung angenommen worden. Allein dieser Vermerk kann nicht für wesentlich erachtet werden (§. 139, Tit. 12, Thl. I des N. G. = R. in Verbindung mit §. 100 — 103, ib.) und der §. 33 des Anhangs zum Allg. G. = R. ist hierbei auch nicht zu Unrecht vom Appellationsrichter angewendet, da aus selbigem sich ergibt, daß die Aufbewahrung des Testaments im gerichtlichen Depositorio nicht durchaus nöthig ist, und deren Unterlassung, wenn sonst die Voraussetzungen des §. 33 des Anhangs eintreten, die Nichtigkeit des Testaments nicht nach sich zieht. Endlich

4) sagt Implorantin: Eine Unterschrift, welche zwar nicht den ganzen Namen, aber einen Theil desselben falsch angebe, könne nicht als eine gültige passiren. Es sei zwar keine gesetzliche Vorschrift vorhanden, die bestimme, wie die Unterschrift beschaffen sein müsse; allein es liege in der Natur der Sache, daß der ganze Name wahrheitsgemäß geschrieben sein müsse, und bei einer Frauensperson sei die Unterschrift ihres Geburtsnamens keinesweges unwesentlich. Uebrigens ergebe eine auch nur oberflächliche Vergleichung der Unterschriften der Testatrix auf dem Couvert und unter dem angeblichen Testamente, daß, wenn nicht alle Beide, doch Eine derselben falsch sein müsse.

Diese Bemerkung muß gänzlich unberücksichtigt bleiben, da sie als Nichtigkeitsgrund nicht substantiirt, da bei nehmlich nicht angegeben ist, gegen welches Gesetz oder gegen welche wesentliche Prozeßvorschrift verstoßen

sein soll. Es ist auch klar, daß die Unterschrift der Testatrix, die nach Aussage der Zeugen von ihr unter das Annahme Protokoll wirklich gesetzt ist, — dadurch nicht verdächtig oder ungültig werden kann, daß sie ihren Vaters = Namen nicht Tiesz sondern Tiese geschrieben hat, und dafür, daß sie das Testament unterschrieben, spricht der Vermerk des gerichtlichen Annahme = Protokolls.

Hiernach stellt sich die Nichtigkeitsbeschwerde überall als unbegründet dar.

AltENZEICHEN C. 757, rep.

## Nr. 20.

### Testament. Widerruf.

Ein förmlich und gerichtlich errichtetes Testament kann nicht notariell, sondern nur unter Beobachtung der Erfordernisse eines solchen gültig widerrufen werden, insofern nicht zur Zeit der Erklärung des Widerrufs solche Umstände vorwalten, unter denen der widerrufende Testator eine privilegirte Disposition würde haben errichten können.

(A. L. R. Thl. I, Tit. 12. §§. 587 — 589, 82.)

(Rechtsfall.)

Dieser Satz scheint zwar völlig unzweifelhaft und darum keiner Besprechung bedürftig; allein er ist doch in der That verläugnet und zwar von einem Appella-

tionsgericht verläugnet worden, weshalb seine Bekräftigung und die Beseitigung der gegen seine Geltung vorgekommenen Bedenken nicht schaden kann. Ein Einwohner zu Z. hatte mit seiner Ehefrau ein wechselseitiges Testament errichtet, welches er nicht lange vor seinem Tode, einseitig, mittelst Notariatsakts vom 2. Mai 1842, widerrief. Nach seinem Tode socht seine Wittve, als Erbin aus diesem Testamente, ein von ihrem verstorbenen Manne ohne ihre Zustimmung unternommenes Veräußerungsgeschäft an und dabei wurde ihr der Widerruf des Testaments, folglich der Mangel der Legitimation zur Sache entgegengesetzt.

Das Gericht erster Instanz, das Stadtgericht zu Z., verwarf den Einwand als unbegründet, weil der Widerruf wegen Mangel der Form nicht giltig, und erkannte unterm 20. Oktober 1842 nach dem Antrage.

Die Deputation des Zweiten Senats des Königl. Oberlandesgerichts zu Ratibor für summarische Prozesse reformirte unterm 24. Mai 1843 das Erkenntniß des Stadtgerichts zu Z. auf die eingelegte Appellation, weil in den Gesetzen nirgend vorgeschrieben, daß ein gerichtlich errichtetes Testament auch gerichtlich widerrufen werden müsse, auch nicht abzusehen sei, warum ein Widerruf in einer notariellen Urkunde ohne Wirkung bleiben sollte, da es doch nur darauf ankomme, den Willen des Widerrufenden glaubhaft zu dokumentiren. Dieses Appellationsurteil wurde von dem Königl. Geheimen-Obertribunal, auf die Nichtigkeitsbeschwerde, durch das Erkenntniß vom 3. Februar 1844 vernichtet.

Gründe.

Der Appellationsrichter motivirt seine reformatorische, die Klägerin mit ihrem Anspruche auf Annullation

der von ihrem verstorbenen Ghemann Joseph N. über die u. s. w. Grundstücke errichteten Verkaufs- und resp. Kaufverträge zurückweisende Entscheidung in der Art:

„Das wechselseitige Testament der Eheleute N., vom 1. April 1841, habe der Ghemann Joseph N. in der notariellen Urkunde vom 2. Mai 1842 widerrufen, durch diesen Widerruf sei der Inhalt des Testaments wirkungslos geworden. Die Behauptung der Klägerin, daß ein gerichtlich errichtetes Testament auch gerichtlich hätte widerrufen werden müssen, sei in den Gesetzen nirgends vorgeschrieben, auch sei nicht abzusehen, warum ein Widerruf in einer notariellen Urkunde ohne Wirkung bleiben sollte, da es doch nur darauf ankommen könne, daß der Wille des Widerrufenden auf glaubhafte Weise dokumentirt werde. Sei aber das wechselseitige Testament in seinen Bestimmungen, namentlich rücksichtlich der Erbeseinsetzung, vernichtet, so erscheine die Wittwe N. nicht mehr als Universalerbin des Joseph N.“  
u. s. w.

Die Implorantin sicht nun diese Entscheidung mit dem Vorwurf als nichtig an, daß dieselbe durch die Annahme, das fragliche wechselseitige Testament sei von Seiten ihres verstorbenen Ghemannes Joseph N., vermöge des Notariatsakts vom 2. Mai 1842 auf gesetzlich genügende Art widerrufen worden, gegen die Vorschriften der §§. 587 und 82 Tit. 12, Thl. I des N. E. = N. verstoßen. Diese Beschwerde erscheint auch begründet. Das Landrecht Thl. I, Tit. 12, verordnet:

§. 587. „In der Regel kann Jemand nur auf eben die Art, wie er testiren kann, auch die einmal errichtete Disposition widerrufen.“

§. 588. „Doch kann unter eben den Umständen und mit eben den Erfordernissen, wie Jemand eine privilegirte Disposition errichten kann, auch eine vorher förmlich und gerichtlich errichtete letztwillige Verordnung widerrufen werden.“

§. 589. „Dagegen kann ein unter gesetzmässigen Erfordernissen einmal errichtetes privilegirtes Testament unter Umständen, wo das Privilegium nicht mehr Anwendung findet, nur mit Beobachtung der Erfordernisse eines förmlichen gerichtlichen Testaments widerrufen werden.“

Bei diesen so klaren gesetzlichen Vorschriften — über die Form des ausdrücklichen Widerrufs letztwilliger Verordnungen, — erscheint die Voraussetzung des Appellationsrichters, es sei in den Gesetzen nirgends vorgeschrieben, daß ein gerichtlich errichtetes Testament auch gerichtlich widerrufen werden müsse, nicht gerechtfertigt. Wenn in Gemäßheit des §. 66 a. a. O. es die gesetzliche Regel ist, daß jedes Testament vom Testator dem gehörig besetzten Gerichte (§. 82) übergeben, oder vor einem solchen zu Protokoll erklärt werden muß, und Ausnahmen hiervon nur in den, in den Gesetzen speziell bezeichneten Fällen der privilegirten Testamente gestattet worden sind; so ergibt auch aus der Bestimmung des §. 587 sich unzweideutig, daß ein förmlich und gerichtlich errichtetes Testament nur unter Beobachtung der Erfordernisse eines solchen gültig widerrufen werden kann, insofern nicht zur Zeit der Erklärung des Widerrufs solche Umstände vorwalten, unter denen der widerrufende Tes-

stator eine privilegirte Disposition würde haben errichten können. Daß im vorliegenden Falle zur Zeit des bloß notariell erklärten Widerrufs am 2. Mai 1842 solche, auf den Testator Joseph N. bezügliche Umstände vorgehalten hätten, unter denen er eine privilegirte letztwillige Disposition würde haben errichten können, hat der Appellationsrichter selbst nicht angenommen, auch fehlt nach dem unangefochtenen feststehenden Sachverhältnisse es an allen aktenmäßigen Datis zu einer solchen Supposition. Die Annahme des Appellationsrichters, daß durch einen vor Notar und Zeugen erklärten Widerruf eines förmlichen gerichtlichen Testaments dasselbe seine rechtliche Wirkung verliere, verstößt daher gegen die oben ausgehobenen gesetzlichen Bestimmungen, und seine Berufung auf den §. 485, Tit. 1, Th. II N. E. = R., erscheint um so unerfindlicher, als darin nur von der hier nirgends in Zweifel gezogenen materiellen Befugniß eines Ehegatten, das wechselseitige Testament zu widerrufen, gehandelt wird, über die Form aber, in der ein solcher Widerruf giltiger Weise nur geschehen kann, nichts bestimmt worden, in dieser Beziehung es also bei den allgemeinen Grundsätzen der §§. 587 seq. Tit. 12, Th. I N. E. = R. belassen ist. Die hierauf allein sich stützende angefochtene Entscheidung mußte daher, gemäß §. 4, Nr. 1 der Verordnung vom 14. December 1833, vernichtet werden, u. s. w.

Nr. 195.

## No. 21.

### Auszug. Laudemium.

Der Grundsatz: daß nach schlesischem Provinzialrechte das Ausgedinge vom Laudemium frei sei, wird vom Geheimen Obertribunal für ganz Schlesien, insbesondere auch für Oberschlesien, als richtig und unzweifelhaft angenommen\*).

(Rechtsfall, mitgetheilt von dem Herrn Oberlandesgerichts-Professor Grünig.)

Der Müller E. zu J., welcher die daselbst belegene Mühle von seiner Mutter für 800 Rthlr. und einen der Letzteren und ihrem zweiten Ehegatten versprochenen Auszug erworben, trug gegen die Gutsherrschaft, vertreten durch die Gräfin von S., klagend an:

die Mühle zu J. für laudemialfrei und deshalb die Gutsherrschaft nicht für berechtigt zu erklären, ihm von dem Erwerbspreise und dem stipulirten Auszuge Laudemien zu 10 Prozent abzufordern.

Die Gutsherrschaft verlangte nicht nur die Abweisung dieses Antrages, sondern formirte reconveniendo den Antrag auf Verurtheilung des Widerverklagten zur Zahlung von 80 Rthlr. Laudemien und zur Erlegung des

\*) Vergl. oben S. 58 flg.

in separato zu ermittelnden Laudemiums von dem stipulirten Auszuge. In dem Urtheil des Ersten Senats des Königl. Oberlandesgerichtes zu Ratibor vom 26. Juli 1842 wurde in der Konvention die Guts herrschaft für nicht befugt erklärt, von dem stipulirten Auszuge Laudemien fordern zu dürfen. Der hierauf in der Rekonvention gerichtete Antrag wurde abgewiesen. Auf die Appellation der Guts herrschaft änderte der Zweite Senat des genannten Gerichtshofes unterm 23. Mai 1843 das erste Urtheil dahin ab, daß Kläger mit ihrem Antrage auf Befreiung des Auszuges vom Laudemium abzuweisen. In der Rekonvention wurde der Müller L. nach dem von der Guts herrschaft gebildeten Antrage verurtheilt. In den Gründen des Appellationsurtheils wurde ausgeführt, daß in Schlessen, namentlich in Oberschlessen, kein Provinzialgesetz existire, welches den Auszug vom Laudemium befreie, daher die Entscheidung auf das N. L. = R. gegründet werden müsse. Auf die von dem Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde erkannte das Königl. Geheime Ober-Tribunal in seinem Urtheil vom 11. November 1843 auf Vernichtung des Appellationserkenntnisses und sodann auf die Appellation der verklagten Guts herrschaft auf Bestätigung des ersten Urtheils aus folgenden

Gründen.

Der Implorant rügt die Verletzung der Rechtsgrundsätze:

- 1) daß das Landrecht als Rechtsquelle erst dann Anwendung finden darf, wenn nicht besondere Gesetze über die fraglichen Rechte und Verbindlichkeiten der Einwohner des Staates bestimmen (§. 1, Einleitung zum N. L. = R.);

2) daß in Schlessen der provincialrechtliche Grundsatz gilt, daß kein Laudemium vom Auszuge zu geben ist. Daß dieser Grundsatz gelte, sei in verschiedenen Urtheilen des Geheimen Ober-Tribunals, und namentlich in dem Urtheile vom 3. Dezember 1842 in Sachen der Ploch'schen Eheleute wider von Zarokki als notorisch anerkannt und jener Grundsatz auf Gewohnheitsrecht basirt;

3) insofern der Appellationsrichter bemerke, daß Urtheile im Koch'schen Archive sich befänden, die das Gegentheil aussprächen und dadurch jedenfalls jenen Grundsatz umstießen, verlege er den Rechtsgrundsatz, daß Rechtsnormen nur durch den Gesetzgeber aufgehoben werden dürfen (§. 59 u. a. D.) und die wesentliche Prozeßvorschrift, daß dem gedachten Archive gesetzlich gar keine Beweiskraft beimohne (§. 5. Nr. 10 der V. v. 14. Dezember 1833).

Von diesen drei Rügen würden die beiden ersten nicht geeignet sein, die Vernichtung des Appellationsurtheils herbeizuführen, weil darin die subsidiarische Natur des N. E.-R. und die vorzugsweise Anwendbarkeit provinzieller Rechtsnormen nicht geleugnet, vielmehr das Vorhandensein einer allgemeinen Gewohnheit in Betreff des Laudemiums vom Auszuge vermist wird und zwar eines theils, weil es an Beweisen für eine solche Observanz fehle, andertheils aber, weil in Oberschlessen an einigen Orten der Auszug laudemialfrei, an andern dem Laudemium unterworfen sei. Dagegen erscheint die dritte Rüge insofern gerechtfertigt, als der Appellationsrichter gegen den Grundsatz des §. 59 Einl. des E.-R. verstößt, wenn er annimmt, daß ein einziges Urtheil, worin das Gewohnheitsrecht ignorirt ist, dazu hinreiche, die

Allgemeinheit desselben aufzuheben. Da, wo die Provinzialgesetzbücher, wie in Schlessien, noch nicht emanirt sind, gelten Gewohnheiten, die den Vorschriften des N. E. R. nicht entgegnetreten, noch für die Quelle des Rechtes und es ist ihnen eben die Kraft wie einem vorgeschriebenen Gesetze beizulegen: §. 4 und 7 des Publ. Patentens vom 5. Februar 1794, vergl. die Entscheidungen des Geh. Ober-Tribunals B. 2, S. 239. Sie behalten dieselben so lange, bis sie vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgehoben werden, §. 59 der Einleitung. So wenig durch Erkenntniß der Richter neue Gesetze oder Gewohnheiten eingeführt werden können, ebenso wenig können dadurch vorhandene Gesetze oder Gewohnheiten aufgehoben werden, §. 60 a. a. D. Der Umstand, daß der Richter ein Gewohnheitsrecht ignorirt hat, kann der Kraft und Bedeutung desselben keinen Eintrag thun. Beruhigen sich die jeweiligen Parrheien bei seinem Ausspruche, so ist für dieselben für den gerade vorliegenden Fall das Gewohnheitsrecht zwar von keiner Wirksamkeit, für andere Fälle aber und für andere Personen wird durch ein solches Erkenntniß die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes nicht beeinträchtigt. Die Annahme des Gegentheils — und diese involvirt das Appellationsurteil — beruht auf einer Verwechslung der richterlichen und legislativen Attributionen, welche beim ungeschriebenen Rechte nicht minder als beim geschriebenen von einander getrennt gehalten werden müssen, weil sie auf einer ganz verschiedenen Basis beruhen. Hiernach muß das zweite Urteil vernichtet werden.

Die anderweitige Beurtheilung der Hauptsache anlangend, so erkennt der erste Richter den Grundsatz als maßgebend an, daß nach schlesischem Provinzialrechte

das Ausgedinge vom Laudemium frei sei; er erwähnt nicht, daß für Oberschlesien etwas Anderes gelte. Jener Grundsatz ist mehrfach vom Geh. Ober-Tribunal als richtig erachtet worden, insbesondere auch für Oberschlesien. Er muß daher hier ebenfalls zur Anwendung kommen. Man hat denselben zwar neuerdings bestreiten wollen, indem behauptet worden ist, daß Stielow, auf welchen Vater recurriert, eigentlich nur als Gewähr die Urtheile in Sachen des Grafen Sandreski wider die Gemeinde Langen-Vielau anführe, daraus aber die Observanz nicht hinreichend constatirt werde: juristische Wochenschrift von 1843, S. 413 u. f.\*). Allein einestheils bezieht sich Stielow noch auf andere Akten, welche inzwischen kassirt worden sind, andererseits würde die Bedeutsamkeit der Observanz, auch abgesehen hiervon, nicht beeinträchtigt werden, weil es nicht sowol darauf ankommt, ob jene Provinzialrechtslehrer genügende Veranlassung hatten, die Observanz zu bezeugen, als vielmehr der Umstand entscheidet, daß sie für ihre Zeit das Bestehen des Gewohnheitsrechtes bekunden, und daß die Gerichte, insbesondere der höchste Gerichtshof, seitdem das Gewohnheitsrecht beobachtet haben. L. 38 D. de leg. (I. 3.) Es befindet sich aber auch, was im vorliegenden Falle hinzutritt, Blatt 8 der Grundakten ein zwischen den Berger'schen Erben und ihrem Miterben Franz Berger errichteter Kaufvertrag resp. Erbverzeß, worin die Mühle dem Uebernehmer für 800 Rthlr. Schlessisch und einen der Wittwe Berger zu gewährenden Auszug überlassen worden ist. Das

---

\*) Vergl. oben S. 61 flg.

Laudemium ist nur mit 80 Thlr. angesetzt und bezahlt, folglich der Auszug nicht in Rechnung gebracht. Eben so ist Blatt 5 das Laudemium von 800 Rthlr. nur mit 80 Rthlr. berechnet, obgleich der Käufer noch einen Auszug für den Auktor seines Verkäufers übernahm. Dieß geschah 1760. Im Vertrage vom 12. Dezember 1754, wodurch S. die Mühle an A. verkaufte, ist der Kaufpreis auf 515 Rthlr. Schlesiſch verabredet und außerdem ein Auszug reservirt. Das Laudemium ist mit 56 Rthlr. 1 Sgr. bezahlt. Dieser Satz übersteigt den Satz von 10 Prozent Laudemium, indessen hat die Differenz darin ihren Grund, daß der Käufer sich verpflichtet hatte, das gewöhnliche herrschende Laudemium allein, die gewöhnlichen Accidenzien aber mit dem Verkäufer in der Hälfte zu entrichten. Ohne Zweifel bilden Accidenzien den Mehrbetrag. Solchergestalt rechtfertigt sich die Bestätigung des ersten Urtheils.

## No. 22.

### Fiduziar = Erbe. Eigenthümer. Nießbraucher.

- I. Der Fiduziar = Erbe ist nicht bloßer Nießbraucher, sondern wirklicher Eigenthümer der Erbschaft.
- II. Die Bestimmungen der §§. 466 und 467 Th. I, Tit. 12 des Allgemeinen Landrechts  
Schles. Archiv. Bd. V. S. 2.

beziehen sich bloß auf das Verhältniß zwischen dem Fiduziarius und Fideicommissarius \*).  
 (Rechtsfall, mitgetheilt von dem Herrn Oberlandesgerichts-  
 Assessor Grünig zu Ratibor.)

Im Jahre 1824 verlangte der Magistrat zu Leobschütz von der verwittweten Müller B. das Laudemium von den von ihrem Ehemanne ererbten Grundstücken. Der Besitztitel ward auf ihren Namen berichtigt und sie räumte auch die Laudemialpflichtigkeit der Grundstücke ein. Am 6. Mai 1825 wurde der Prozeß durch Vergleich dahin beigelegt, daß die Verklagte den Betrag von 119 Rthlr. 12 Egr. 10 Pf. Laudemialgefälle für richtig annahm und dieselben binnen 4 Wochen bei Vermeidung der Exekution zu bezahlen versprach. Weil die Zahlung indessen nicht erfolgte, klagte der Magistrat zu Leobschütz im Jahre 1835 aufs neue den Betrag von 119 Rthlr. 12 Egr. 10 Pf. nebst Zinsen gegen die Erben der inmittelst verstorbenen Wittwe B. ein, wurde aber durch das Urtheil des Land- und Stadtgerichtes zu Leobschütz vom 24. August 1836 abgewiesen, weil der Erblasserin der jetzt verklagten Erben nach dem Ableben ihres Ehemannes nur der Nießbrauch von den Nachlaßgrundstücken zugefallen, das Eigenthum derselben aber auf die substituirtten Erben übergegangen, die Berichtigung des Besitztittels auf den Namen den verwittweten B. daher zur Ungebühr erfolgt sei und der Magistrat aus dieser ungebührlichen Eintragung keine Rechte erlangen könne; ferner, daß

\*) Vergl. die Abhandlung von C — n: Ist der heres fiduciarius Eigenthümer oder Nießbraucher? in den Jahrb. Bd. VI., S. 245 u. flg.

der Magistrat seinen Anspruch auf den früheren Vergleich nicht stützen könne, indem die Wittve B. bei Schließung desselben in einem Rechtsirrhume verfiert habe. Auf die Appellation des Magistrats verurtheilte der Zweite Senat des Königl. Oberlandesgerichtes zu Ratibor die Verklagten unterm 18. November 1837 nach dem Antrage des Klägers. Nun legten die Verklagten die Nichtigkeitsbeschwerde ein, welche das Königl. Geheime Obertribunal in seinem Endurteil vom 27. Oktober 1838 als unbegründet zurückwies aus folgenden

#### Gründen.

Der Appellationsrichter verwirft die Einwendungen der Verklagten, indem er sagt: der Vergleich vom 6. Mai 1825 wirke wie ein rechtskräftiges Urteil und bleibe in Kraft, bis im Wege Rechtsens die Nullität desselben ausgesprochen sein werde, der Einwand aber, daß der Besitztitel auf den Namen der Wittve B. zur Ungebühr berichtigt worden, sei unerheblich und außerdem auch unbegründet, da die B. als Eigenthümerin des Grundstückes angesehen werden müsse.

Von den Imploranten wird dem Richter vorgeworfen, daß er die Behauptung, daß die Wittve B. als Eigenthümerin der fraglichen Grundstücke angesehen werden müsse, zu Unrecht als feststehend angenommen habe. Zur Rechtfertigung derselben heißt es im Urteil: die hierher gehörige Stelle des wechselseitigen Testaments der B.'schen Eheleute vom 8. März 1815 lautet dahin:

Zu §. 3 bemerkt der Testator, Peter B., daß er mit seiner Ehefrau, Josepha geb. P., wegen ihrer kinderlosen Ehe ein mündliches Abkommen dahin

getroffen, daß jeder der genannten Ehegatten pure in den Nachlaß des Andern auf den Vorsterbefall succediren soll, daß jedoch nach dem Tode eines oder des Andern die nächsten Verwandten nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge und zwar die Verwandten von beiden Eheleuten gemeinschaftlich succediren sollen.

In dieser Disposition, sagt der Richter, liege eine fideikommissarische Substitution. Durch die §§. 466 und 467, Tit. 12, Th. I des N. E.-R. aber veranlaßt, sah der erste Richter den eingesetzten Ehegatten nur als Nießbraucher und die substituirtten Erben als diejenigen an, denen der Nachlaß des Peter B. mit dem Tode desselben angefallen sei. Allein dieser Ansicht stehe der §. 369, Tit. 9 a. a. O. entgegen, welcher festsetze:

„Ist aber Jemanden eine Erbschaft unter einer zu Recht beständigen aufschiebenden Bedingung hinterlassen worden, so wird er nur seit der Zeit der Erfüllung dieser Bedingung Eigenthümer der Erbschaft.“

Hiernach hätten die substituirtten Erben das Eigenthum der Peter B.schen Nachlaß-Realitäten erst mit dem Tode der Josephe B. erlangt; diese aber habe solches als wirklich instituirte Erbin beim Tode des Peter B. erworben. Durch die §§. 466 467 werde nur das Rechtsverhältniß zwischen den instituirten und substituirtten Erben bestimmt, nicht aber ausgesprochen, daß der instituirte Erbe bloß als Nießbraucher, nicht als Erbe angesehen werden solle. Der Testator habe seine Wittve ausdrücklich zur Succession als Erbin berufen. Hiernach sei in Betreff der Erblasserin der Verklagten ein wirk-

licher Eigenthumswechselte: zum B. schen Nachlasse gehörigen laudemialpflichtigen Grundstücke eingetreten.

Gegen diese Argumentation erinnern die Imploranten: die Annahme, daß die Wittwe B. Eigenthümerin geworden, sei gegen die Bestimmungen der §§. 3 und 4 des Testamentes, sie sei vielmehr in Folge der darin enthaltenen fideikommissarischen Substitution, nach §. 466 und 467, Tit. 12, Th. I des N. L. R., nur als Nießbraucherin anzusehen; der §. 369 a. a. O. passe auf den vorliegenden Fall nicht, weil von keiner aufschiebenden Bedingung die Rede, sondern eine rein fideikommissarische Substitution vorhanden sei. Wenn nun den §§. 466, 467 des N. L. R. a. a. O. und §§. 3 und 4 des Testamentes entgegen die Wittwe B. als Eigenthümerin angesehen worden, so habe der Richter nicht nur eine wesentliche Prozeßvorschrift, sondern auch einen Rechtsgrundsatz verletzt.

Diese Beschwerden sind nicht begründet. Soweit die Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift, d. i. eine Feststellung wider die §§. 3 und 4 des Testamentes, vom 8. März 1815, behauptet worden, steht ihr entgegen, daß in demselben keineswegs ausdrücklich gesagt ist, daß die Wittwe B. nicht Eigenthümerin, sondern nur Nießbraucherin des Nachlasses werden soll. Die Behauptung aber, daß der Fiduziarerbe nicht Eigenthümer, sondern nur Nießbraucher der Erbschaft werde, ist unrichtig; das Gegentheil davon ergibt sich aus den Gesetzen und ist vom Richter mit Recht angenommen. Die §§. 466 und 467, auf die von den Imploranten Bezug genommen wird, verordnen:

„Bei der fideikommissarischen Substitution hat der

eingesetzte Erbe oder Legatar, so lange bis der Substitutionsfall eintritt, alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers. „Bei eintretendem Substitutionsfalle muß der Erbe oder Legatar alles, was sie vermöge der Erbesetzung oder des Legats an Sachen oder Rechten aus dem Nachlasse erworben haben, in dem Stande, in welchem es sich zur Zeit der Uebernehmung befunden hat, dem Substituten oder dessen Erben ohne den geringsten Abzug nach eben den Vorschriften, die zwischen dem Nießbraucher und Eigenthümer festgesetzt sind, herausgeben.“

Diese Gesetze beabsichtigen nur die Verhältnisse des Fiduziarerben in Beziehung auf die Art der Verwaltung und die Verpflichtung der Herausgabe festzustellen, keineswegs aber zu entscheiden, wem eigentlich das Eigenthum der Erbschaft zukomme. Dieses Eigenthum fällt dem heres fiduciarius allerdings zu, nur mit den Beschränkungen, welche durch die Rechte des Substituten bedingt werden. Denn nach §. 367, Tit. 9 a. a. O. fällt die Erbschaft, sobald der Erblasser verstorben, an diejenigen, welche rechtmäßige Willenserklärungen des Erblassers oder in deren Ermangelung die Gesetze dazu berufen, und nach §. 368 a. a. O. erlangt dieser das Eigenthum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf. Die Qualität des Fiduziarerben verhindert nicht den Uebergang des Eigenthums auf ihn, sondern hat nur Beschränkungen in Betreff der Disposition zur Folge, von denen die §§. 466 u. f. Tit. 12 a. a. O. handeln. Das Eigenthumsrecht des Fiduziarerben ist auch im §. 467 deutlich anerkannt,

indem der Erbe das, was er vermöge der Erbesetzung aus dem Nachlasse erworben hat, herauszugeben verpflichtet wird: von einer Erwerbung könnte nicht die Rede sein, wollte man annehmen, daß das Eigenthum des Nachlasses sofort auf den substituirtten Erben und nicht auf den Fiduziar übergehe und diesem nur der Nießbrauch zustehe.

Imploranten haben zwar noch angeführt, daß der §. 369 a. a. O. auf den vorliegenden Fall nicht passe, weil von keiner aufschiebenden Bedingung die Rede, sondern eine reine fideikommissarische Substitution vorhanden sei. Dieß ist indessen unerheblich, weil sie daraus keinen Nichtigkeitsgrund entnommen, sondern ihre Beschwerde nur darauf basirt haben, daß nach den Gesetzen in §§. 466 und 467 der heres fiduciarius nur als Nießbraucher betrachtet werden könne. Hiervon abgesehen hat der Richter den §. 369, Tit. 9 nur deshalb allegirt, um seine Interpretation der allegirten Gesetze zu rechtfertigen. In Gemäßheit der Beschwerde der Imploranten konnte es hier nur darauf ankommen, zu prüfen, ob den §§. 466, 467 entgegen der Richter angenommen habe, daß ein Fiduziarerbe, als Eigenthümer des Nachlasses zu betrachten sei. Hiernach ist die Zurückweisung der Beschwerde begründet.

No. 23.

Abgabe. Gewerbeabgabe. Brau-  
und Brenn-Urbar. Besitzer.

I. Unter den „bisherigen Besitzern“ des Rechts, auf dem Lande zum Absatz an Andere zu brauen und Brantwein zu brennen, sind nicht unbedingt die Guts herrschaften, sondern Diejenigen zu verstehen, welche zur Zeit der Publikation des Gesetzes vom 7. September 1811 dieses Gewerbe im eigenen Namen trieben \*).

§. 52 dieses Gesetzes.

II. Ist die von dem Erwerber eines Brau- oder Branntwein-Urbars an den Veräußerer zu zahlende jährliche Rente denn wirklich eine Abgabe in der wahren Bedeutung des Wortes?

Edikt vom 2. November 1810, §. 30. (Ges.-Samml. S. 86.)

III. Welche Wirkungen haben diejenigen Veräußerungs-Verträge, welche erst nach der Zeit von 1811 über dergleichen gutherrliche Urbare geschlossen worden sind?

(Vom Herausgeber.)

---

\*) Bd. I, S. 208 und sq. dieses Arch. — Plenar-Beschluß des Geheimen Ober-Tribunal vom 2. Juni 1840 (Just.-Minist.-Blatt von 1840, S. 296).

I.

Man muß es sagen: die Rittergutsbesitzer, besonders in Schlessien, haben durch die Gewerbe-Gesetze, in Folge der Auslegung derselben, einen Theil ihres Eigenthums eingebüßt und werden, die Sache von allen Seiten erwogen, in Vergleichung zu Andern, mit einer gewissen Härte wenn nicht gar Ungleichheit behandelt. Das sogenannte Brau- und Brenn-Urbar galt, vor Einführung der Allgemeinen Gewerbefreiheit, in Schlessien für eine ausschließliche Gewerbsberechtigung der Rittergutsbesitzer. In jedem Anschlag findet sich dasselbe angerechnet und jeder Erwerber eines Guts mußte dasselbe, wie natürlich, mit bezahlen. Viele Gutsbesitzer, vielleicht die meisten, hatten diese Gewerbsberechtigung erblich, gegen einen jährlichen Zins, ausgethan, als das Edikt vom 2. November 1810, wegen Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer, alle bisherige Abgaben für Gewerbe an Grundherren aufhob. Nun suchten sich die Inhaber die'er Gewerbeberechtigung von dem Zins freizumachen, und es entstanden daraus eine Unzahl von Prozessen, deren Quelle noch immer nicht versiegt ist. Da das Gesetz vom 7. September 1811 den bisherigen Besitzern des Rechts, auf dem Lande zum Absatz an Andere Bier zu brauen und Branntwein zu brennen, fernerhin läßt, während dasselbe sonst den Betrieb dieses Gewerbes an einen Grundbesitz von 15000 Thlr. an Werth knüpft: so schien es bedenklich, jene Inhaber in der Nutznießung dieser Wirthschafts-Rubrik der Gutsheerrschaft ungestört zu lassen und dennoch von der Zahlung des dafür zugesagten Preises freizusprechen. In Betracht dessen ist denn früher von den Gerichten und auch von dem Geheimen

Ober-Tribunal die Anforderung der Brennerei-Inhaber auf Befreiung von dem Zinse an die Gutsheerrschaft zurückgewiesen worden, weil sie, da sie nur auf Grund der ihnen ertheilten Dominial-Concessionen zum Brauen und Brennen befugt, auch die Bedingung, unter der die Concession ertheilt worden, erfüllen, folglich den Zins nach wie vor entrichten müßten, wenn sie das Brauntweibrennen betreiben wollten\*). Später hat man diese Ansicht verlassen und angenommen, daß den bisherigen Besitzern des Rechts, Brauntwein zu brennen, dasselbe durch den §. 52 des Gesetzes vom 7. September 1811 zugesichert und dennoch der von ihnen bisher dafür gezahlte Zins durch das Edikt vom 2. November 1810, §. 30, aufgehoben sei. Von Seiten der Gutsbesitzer ist nun, um diesen Theil ihres Eigenthums, wo möglich, zu retten, die Frage verändert und behauptet worden: die „bisherigen Besitzer“, denen nach §. 52 des Gesetzes vom 7. September 1811 das Recht, auf dem Lande gewerblich zu brauen und zu brennen, ungestört verbleiben solle, seien in Schlessien die Gutsheerren, nicht aber deren Erbzins-Brauer und Brenner; und das Recht selbst sei ein dingliches Recht, folglich auch der dafür zu entrichtende Zins keine Gewerbeabgabe. Hierüber verhält sich der folgende Rechtsfall, dem ich noch eine kurze Betrachtung voranschicke.

Daß den Rittergütern in Schlessien aus alter Zeit zuständig gewesene sogenannte Brau- und Brenn-Urbar hatte die Natur einer ausschließlichen Gewerbeberechtigung, welche für sich allein weiter verlichen werden konnte und dann von dem Inhaber selbstständig betrieben

\*) Simon und Strampff, Rechtsprüche Bd. IV, S. 192.

wurde, dergestalt, daß der Gutsherr dann nicht mehr befugt war, Bier und Branntwein zum Absatz an Andere zu verfertigen. Als durch die Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit die Gewerbe-Berechtigungen vernichtet wurden, wollte man nicht, daß die Inhaber solcher Exklusiv-Berechtigungen ganz und gar um ihr wohl erworbenes Eigenthum kommen sollten, und deshalb war die Ablösung oder die allmähliche Vergütung der werthlos gewordenen Berechtigungen angeordnet, so jedoch, daß die Inhaber selbst, als Mitglieder derjenigen Gesellschaften, welche dazu die Mittel aufbringen müssen, verhältnißmäßig beizusteuern haben\*). Würden hiernach die schlesischen Gutsbesitzer wegen ihres Brau- und Brennurbars entschädigt, so hätten sie zwar freilich nicht mehr den jährlichen Zins für die nunmehr verschwundene Gewerbeberechtigung von dem Erwerber derselben zu fordern, allein die Brennerei- und Brauerei-Besitzer eines gewissen Bezirks, z. B. eines Kreises, hätten dafür einen Ablösungszins zu entrichten, bis der Werth des ehemaligen Brau- und Brennerei-Urbars abgegolten wäre. Doch die Bestimmung über Ablösung der Gewerbe-Berechtigungen ist ausdrücklich auf die Städte eingeschränkt, die berechtigten Grundherren auf dem platten Lande sind nicht berücksichtigt. Dadurch hat sich die Sache so gestellt, daß die Gutsherren einen Theil ihres Besitzes verloren haben und die Erwerber der Berechtigung mit diesem Verlust bereichert worden sind. Denn diese Erwerber, die als

---

\*) Edikt vom 2. November 1810 §. 17. (Ges.-Samml. S. 83.)  
 — Ges. v. 7. September 1811 §§. 32 u. flg. (Ges.-Samml. S. 265.) — Declaration v. 11. Juni 1822, §§. 4 flg. (Ges.-Samml. S. 187.)

Entgelt bis dahin einen jährlichen Zins für die ihnen übertragene Exklusiv-Berechtigung zu entrichten hatten, besitzen und genießen dieselbe nunmehr umsonst, und der frühere rechtmäßige Eigenthümer hat das leere Nachsehen. Zwar hat die Ausschließlichkeit aufgehört und der Gutsbesitzer kann nun, wenn er einen Grundbesitz von 15,000 Rthlr. an Werth besitzt, auf Grund dieser neuen Gewerbe-Anordnung, auch brauen und brennen; indessen ist damit sein Verlust nicht ersetzt; denn er hat nun an dem Inhaber seines ihm entgangenen Brau- und Brennerei-Urbars einen Concurrenten, den er nicht haben würde, wenn er das Urbar nicht veräußert gehabt und in Folge dessen nun ganz verloren hätte. Die nicht abveräußert gewesenen Urbare sind jetzt, auch bei der bestehenden Gewerbe-freiheit, in Folge der polizeilichen Gesetzgebung, noch immer factische Exklusiv-Berechtigungen und haben somit einen reellen Werth, der durch Zeitpacht ins Geld gesetzt werden kann, wenn der Guts herr nicht selbst brauen und brennen will. Will dagegen ein Gutsbesitzer wegen seines Grundbesitzes auf Grund der polizeilichen Bestimmung eine Brennerei einrichten, während schon der Abkäufer des Urbars auf Grund dieses Besitzes das Brennereigewerbe treibt, so wird er schwerlich einen annehmllichen Pächter dazu finden. Und diejenigen zahlreichen Gutsbesitzer, deren Gut einen landschaftlichen Taxwerth von 15,000 Rthlr. nicht haben, sind nun ganz und gar um diese Wirthschafts-Rubrik gekommen, wenn sie ihr Urbar gegen einen Zins veräußert haben; denn auf Grund desselben brennt nun der Kretschmer, und der Gutsbesitzer erhält weder Zins noch darf er brennen: sein Eigen-

thum ist umsonst in fremden Händen. Die hierin liegende Härte ist unverkennbar und macht es zweifelhaft: ob denn überhaupt wol bei dem §. 30 des Gesetzes vom 2. November 1810, wonach alle bisherigen Abgaben an Königliche Kassen, Kammereien oder an Grundherren von Gewerben, insofern sie die Berechtigung zum Betriebe derselben betreffen, als: Concessions-Geld, Nahrungsgeld von katastrirten Stellen, mit Einführung der Gewerbesteuer aufhören sollen, an die veräußerten Schlesiſchen Brau- und Brennurbare gedacht worden sei, und dieser Zweifel wird verstärkt, wenn man erwägt, daß die gebrauchten Ausdrücke auf das Verhältniß nicht recht passen. Denn wenn man für eine erworbene Sache den Preis nicht in unzertrennter Summe (Kapital) bezahlt, sondern eine entsprechende Rente zu geben verspricht, so ist diese Rente keine Abgabe im eigentlichen Sinne, d. h. eine steuerartige Leistung, so wenig, wie der jährliche Pachtzins, welchen der Zeitpächter eines Brau- und Brennerei-Urbars zu entrichten hat. Die Ausdrücke weisen vielmehr auf die Steuern hin, welche früher die Gutsherren sich von solchen Leuten zahlen ließen, denen sie die Erlaubniß gaben, sich bei ihnen als Landhandwerker niederzulassen. Auf den meisten adligen Dörfern fand man dergleichen von den Gutsherren in Schutz genommene Bäcker, Schlächter, Schuster und Schneider, welche eine jährliche Abgabe an den Gutsherren für die Erlaubniß zum Gewerbebetriebe entrichteten. Deshalb scheint die neueste veränderte Meinung des Geheimen Obertribunals und dessen Plenarbeschuß vom 2. Juni 1840 abwegig zu sein, vielmehr die Auslegung, welche dasselbe, nach seinem Judikat

vom 12. März 1833\*) früher von den betroffenen Bestimmungen gemacht hat, der Wahrheit bei Weitem näher zu sein.

Verweisen wir noch einen Augenblick bei dem Plenarbeschluss vom 2. Juni 1840. Dieser erklärt die Bestimmung der §§. 52 und 53 des Gesetzes vom 7. September 1811, wonach das Recht, zum Absatz an Andere zu brennen und zu brauen, auf dem Lande den bisherigen Besitzern desselben verbleiben soll, und auch von Grundbesitzern, deren Grundvermögen 15000 Thlr. werth ist, ausgeübt werden kann, dahin:

daß dadurch die, durch das Edikt vom 2. November 1810 eingeführte, allgemeine Gewerbefreiheit in Betreff des Brantweinbrennens auf dem Lande nicht wieder aufgehoben, sondern deren Ausübung nur beschränkt worden sei.

Damit ist jedoch für die Frage: ob die Erwerber von Brau- und Brennerlei-Urbaren von der fernern Bezahlung des Entgelds befreit sind, in der That nichts bewiesen, und es folgt aus diesem ganz richtigen Satze nichts weniger, als daß die Erwerber die durch lästigen Vertrag an sich gebrachte Gerechtigkeit behalten und die dafür versprochene Bezahlung verweigern dürfen. Die Einführung der Gewerbefreiheit im Jahre 1810 hat in diesem privatrechtlichen Verhältnisse rechtlich gar nichts geändert: wer z. B. eine Vabergerechtigkeit gekauft hatte und das Kaufgeld noch schuldig war, wurde durch die Gewerbefreiheit nicht frei von seiner Schuld. Die Aenderung betraf nur das Thatsächliche, den Werth des Gegenstandes. Der Inhaber eines

\*) Simon und v. Strampff Rechtspr. Bd. IV. S. 192.

Urbars auf dem Lande, dessen Verhältniß ein pacht-  
 ähnliches war, mochte nach Einführung der Gewerbe-  
 freiheit immerhin sagen: er wolle den Zins oder Pacht  
 nicht mehr zahlen, weil er jetzt vermöge der Gewerbe-  
 freiheit brauen und brennen könne. Da hätte der Guts-  
 herr seine rechtlich fortbestehende Gewerbeberechtig-  
 keit zurückgenommen und Selbst nach Belieben Gebrauch  
 davon gemacht, und der Brauer hätte sich die staats-  
 obrigkeitliche Gewerbebetriebs-Bewilligung verschafft. So  
 war jeder in seiner rechten Lage. Durch die jetzige Auslegung  
 der gesetzlichen Bestimmungen hingegen wird dem Guts-  
 herrn Alles genommen: sein Recht und auch die Be-  
 zahlung. Die Erwerber der Urbarien sollen diese selbst-  
 ständige Gewerbeberechtigung auf immerwährende Zei-  
 ten umsonst haben und behalten, und die Gutsbesitzer,  
 deren Grundeigenthum unter 15000 Thlr. taxirt wird,  
 dürfen darum nicht brauen und brennen, was sie sonst  
 doch zu thun berechtigt wären.

Der gedachte Plenarbeschuß fügt hinzu: *und*  
 eben so wenig sind durch jene Vorschriften die, im  
 §. 30 des Edikts vom 2. November 1810 für auf-  
 gehoben erklärten, für die Berechtigung zum Brand-  
 weinbrennen auf dem Lande bisher entrichteten  
 Abgaben hinsichtlich solcher Gewerbebetreibenden,  
 deren Grundvermögen nach landschaftlicher Taxe  
 weniger als 15000 Thlr. beträgt, wieder hergestellt  
 worden.

Dieser Satz hat eine Voraussetzung, welche bestrit-  
 ten ist; denn es soll noch bewiesen werden:  
 daß die Rente oder der Zins, welchen man vermöge  
 lästigen Vertrags als Gutgeld für das übertragene  
 Brau- und Brennurbar versprochen hat, eine Ab-

gabe sei. Kapital oder Zins, jedes ist Preis für die Gewerbeberechtigung, die noch fortbesteht: denn nirgends sind diese Berechtigungen durch Gesetz aufgehoben worden. Wer den Pachtpreis dafür nicht länger bezahlen will, muß sie dem andern Theil zurückstellen. In dem hier folgenden Fall ist der Inhaber jedoch wieder von dem Entgelde freigesprochen. Es wäre die Frage: ob nun nicht das privatrechtliche Contractsverhältniß für aufgehoben zu erachten und die Zurückgabe des Urbars gefordert werden könnte, wenn der Gutsherr, ohne den erforderlichen Grundbesitz zu haben, brauen und brennen wollte. Der Fall ist folgender:

Auf der Stelle Nr. 73 der ehemaligen Kommende, jetzigen Domaine N. haftet ein jährlich an die Grundherrschaft zu entrichtender Zins von 10 Thlr. Schlesiſch, der im Hypothekenbuche unter dem Namen eines „Brandwein-Urbars und Schankzinses“ eingetragen ist. Der gegenwärtige Besitzer der Stelle, Brandweinsbrenner K., verweigerte die Entrichtung dieser Abgabe, behauptend, daß sie eine Gewerbeabgabe und als solche durch das Edikt vom 2. November 1810 aufgehoben sei. In Folge dessen wurde der Zins in einem zweijährigen Rückstande für die Jahre 1837 und 1838 mit 16 Thlr. Pr. Courant im Wege der Exekution durch das hiesige Königl. Rent-Umt von ihm beigetrieben, wobei ihm außerdem noch 20 Sgr. Exekutions-Kosten erwuchsen.

K. wurde nun gegen den Königl. Fiskus als Grundherrschaft von N. klagbar, und indem er seine Klage gegen die Königl. Regierung zu Breslau in Vertretung des Fiskus, richtete, trug er darauf an:

zu erkennen, daß der im Hypothekenbuche der Stelle Nr. 73 zu N. eingetragene Brantwein-<sup>U</sup>rbar- und Schankzins von 10 Thlr. Schles. für aufgehoben und der Königl. Fiskus zu dessen Einforderung für die Zukunft nicht für berechtigt zu erachten, auch der Königl. Fiskus schuldig, ihm die mit Exekution beigetriebene zweijährige Zinsrate mit 16 Thlr. und 20 Sgr. Exekutionskosten zu erstatten und die Kosten zu tragen.

Fiskus widersprach den Anträgen des Klägers. Er bestritt, daß der Zins gewerblicher Natur sei, und stützte sich zunächst auf die Eintragung, wodurch die Abgabe zu einer wahren Grundabgabe geworden sei. Als solche habe sie Kläger auch beim Ankaufe der Stelle übernommen, er könne also jetzt nicht deren Aufhebung verlangen. Zudem ergebe auch der Eintragungsvermerk, daß der Zins von der Stelle selbst und nicht von der Person und für eine Gewerbeberechtigung zu entrichten sei.

Davon abgesehen, ständen dem Anspruche des Klägers ferner die §§. 52, 53 des Gesetzes vom 7. September 1811 entgegen, in deren ersterem bestimmt sei, daß das Recht, zum Absatz an Andere zu brauen und Brantwein zu brennen, überhaupt auf dem Lande den bisherigen Besitzern verbleibe. Unter „bisherigen Besitzern“ sei hier Fiskus zu verstehen, weil das in Rede stehende Recht in Schlessen nur ein Ausfluß des Domini sei, Kläger also die bisherige Befugniß zum Brantweimbrennen nur vom Grundherrn herleiten könne, oder andernfalls nachgewiesen haben müsse, daß er ein nach landschaftlicher Taxe 15000 Thlr. betragendes Grundvermögen besitze; wolle er also die ihm von der

Grundherrschaft übertragene Befugniß Brantwein zu brennen ausüben, so müsse er auch das Aequivalent dafür, nämlich den Zins entrichten, oder mit Aufhebung des Letztern sich der Erstern enthalten.

Der Erste Senat des Königl. Ober-Landes-Gerichts zu Breslau erkannte gegen den Verklagten ganz nach dem Klageantrage, weil aus den in den Grund-Akten über die Stelle des Klägers befindlichen Kaufbriefen und Verhandlungen hervorgehe, daß der streitige Zins nur vom Brantwein-Urbar entrichtet werde.

Gegen diese Entscheidung appellirte Fiskus, ohne Nova anzuführen. Er beschränkte sich auf die Ausführung, daß das Recht, Brantwein zu brennen, in Schlesien ein allein der Guts herrschaft zukommendes, mit dem Namen Brantwein-Urbar bezeichnetes Recht gewesen, und häufig von den Guts herrschaften an die Unterthanen gegen Vorbedung eines Zinses übertragen worden. Dieß sei auch hier der Fall. Die Guts herrschaft von N., welche als solche das Brantwein-Urbar besessen, haben dasselbe anfänglich zweien Stellenbesitzern und zuletzt nur Einem, nämlich dem Vorbesitzer des Klägers übertragen, und die über den Vergleich vom 17. September 1778 ertheilte Recognition beweise, daß bei dieser letztern Uebertragung die Erweiterung und Ausschließlichkeit des Urbars an die Entrichtung des auf 10 Thlr. Schles. erhöhten Brantweinschank-Zinses geknüpft sei. Hiernach könne es keinem Zweifel unterliegen, daß der streitige Zins für das Brantwein-Urbar stipulirt, und bisher entrichtet worden sei, wobei es auf die Benennung „Brantweinschankzins“ nicht weiter ankomme; und daraus folge, daß Kläger zur fernern Entrichtung des Zinses verbunden sei. Die

Vorschrift im §. 30 des Edikts vom 8. November 1810 bleibe außer Anwendung, weil dieses Edikt nur alle Abgaben von Gewerben aufhebe und eine allgemeine Gewerbefreiheit gestatte. Diese Freiheit sei aber durch das Edikt vom 7. September 1811, §§. 52, 53 rücksichtlich des Brantweimbrennens auf dem Lande aufgehoben worden. Darnach stehe das Recht, Brantwein zu brennen, nur denen zu

- 1) die vor dem Edikt vom 2. November 1810 das selbe halten,
- 2) die ein Grundvermögen von 15000 Thlr. an Werth besitzen, und
- 3) denen, die in der Zwischenzeit vom November 1810 bis September 1811 auf Grund der Gewerbefreiheit Brennereien angelegt haben.

Da die letzteren beiden Fälle hier nicht vorlägen, so frage es sich bloß, ob Kläger schon vor 1810 zum Betriebe der Brennerei aus eigenem Rechte befugt gewesen, und diese Frage müsse sowohl auf Grund der früh bestandenen Provinzial-Verfassung als auf Grund der bei den Akten befindlichen Urkunden verneint werden; vielmehr habe dem Dominium N. das Brantwein-Urbar zugestanden, der Kläger habe nur ein von diesem abgeleitetes Recht gehabt, und seine Berechtigung habe daher auch keine vollständige sein können. Besitze er sie nun bloß durch Dominiäl-Concession, so folge von selbst, daß er auch die Bedingung, unter welcher die Concession erfolgt ist, erfüllen und also den Zins nach wie vor entrichten müsse.

Appellat bestritt, daß das Edikt vom 7. September 1811 auf die Beurtheilung über die fortdauernde Gültigkeit der Abgabe von Einfluß sei, da es lediglich die

polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe behandle, das Edikt vom 2. November 1810 aber alle Abgaben für gewerbliche Concession unbedingt und ohne Unterschied aufhebe.

Der Zweite Senat desselben Oberlandesgerichts bestätigte unterm 27. Januar 1841 das erste Erkenntniß aus folgenden

Gründen:

Der Einwand, daß die streitige Abgabe kein Gewerbezinß, sondern eine Grundabgabe sei, widerlegt sich auf das Bestimmteste: denn wenn in dem Kaufbriefe vom 2. Dezember 1769 u. s. w. gesagt wird: u. s. w.; so unterliegt es keinem Zweifel, daß dieser ursprüngliche Zinß wenigstens nur für eine Gewerbeberechtigung gezahlt worden, mithin als reiner Gewerbezinß zu betrachten ist.

Hierin kann denn auch die Eintragung nichts ändern, weil, nach dem soeben Gesagten, das Recht der Grundherrschaft auf Eintragung des Zinßes von Anfang an ein bloß persönliches ist, und das durch die Eintragung geschaffene dingliche Recht konnte nur zur Verstärkung des ersteren dienen. Mit dem Erlöschen des persönlichen Rechts geht also auch das dingliche verloren (§§. 137. 140, Tit. 2, Th. I N. L. R.). Hiernach bleibt es auch völlig gleichgültig, wenn es in dem Hypothekenscheine vom 8. Januar 1812 heißt: daß Besitzer jährlich an die Grundherrschaft „noch außer den andern Grundzinßen“ einen Brantweimbrennerei-Zinß von 8 Thlr. Cour. zahle, weil für die Beurtheilung über die Natur des Zinßes nur die früheren Urkunden maßgebend sind und diese, wie gezeigt, keinen Zweifel an der gewerblichen Natur der Abgabe übrig lassen. Und ebenso wenig konnte Fiskus da-

raus allein ein Recht für sich erwerben, daß Kläger sich bei Erwerbung der Stelle verpflichtet hat, alle Rubr. II im Hypothekenbuche eingetragenen Dominialabgaben abzuführen, denn Fiskus ist diesem Vortrage nirgends beigetreten. (§. 75, Lit. 5 ibid.)

Der Einwand, daß die Vorschriften des Gewerbesteuer-Edikts vom 2. November 1810, hinsichtlich des Brantweimbrennens auf dem Lande, durch das spätere Gesetz vom 7. September 1811 wesentlich modificirt worden seien, und daß keines der in den §§. 52, 53 dieses Gesetzes bestimmten Erfordernisse auf Seiten des Klägers vorliege, ist unhaltbar.

Da die mit der Stelle des Klägers verbundene Brennerei bereits vor dem Edikt vom 2. November 1810 bestand, es sich auch hier nicht darum handelt, ob Kläger ein Grundvermögen von 15000 Thlr. besitzt oder nicht, so kommt hier bloß noch in Frage:

ob und welchen Einfluß die Bestimmung im §. 52 des Gesetzes vom 7. September 1811 auf die bis dahin bestandenen Rechte des Klägers ausübt.

Der §. cit. lautet:

„das Recht, zum Absatz an Andern zu brauen, und das Recht Brantwein zu brennen überhaupt, verbleibt auf dem Lande den bisherigen Besitzern derselben.“

Unter „bisherigen Besitzern“ will Fiskus nur die Grundherrschaft verstanden wissen, weil dieser nach der frühern Verfassung das in Rede stehende Recht ausschließlich zustehe, und die Ausübung desselben von einem Unterthanen nur durch Dominialconcession bedingt sei.

Diese Interpretation ist aber falsch. Im Allgemei-

nen kann sich Fiskus schon deswegen nicht mit Erfolg auf das Gesetz vom 7. September 1811 berufen, weil dasselbe gar keine privatrechtlichen Normen enthält, und nach seiner im Gange erklärten Tendenz auch nicht enthalten soll. Die Vorschriften desselben sind darin geradezu als bloß polizeiliche bezeichnet. Aber auch davon abgesehen redet die Bestimmung des §. 52 dem Fiskus nicht das Wort. Wenn daselbst verordnet ist, daß das Recht zu brauen und zu brennen auf dem Lande den bisherigen Besitzern desselben verbleiben solle, so hat dadurch nur der zur Zeit der Emanation des Gesetzes sich vorfindende Besitzstand des quaest. Rechts überhaupt anerkannt werden sollen, ohne Rücksicht auf die Natur und die Entstehung des Rechts selbst. Ueber das Letztere enthält das Gesetz keine Bestimmung, hierbei können also nur die Vorschriften des nächst vorausgegangenen Gewerbesteuer Edikts maßgebend sein und dieses hat, wie gar nicht bestritten ist, die Rechte der Gewerbetreibenden zu selbstständigen und von allen bis dahin bestandenen Beschränkungen unabhängigen erhoben. Hieraus folgt von selbst, daß unter dem Ausdruck: „bisheriger Besitzer“ in §. 52 zunächst der Kläger zu verstehen ist, und sein Recht nach wie vor als ein unbeschränktes und von der Concession des Dominiū unabhängiges betrachtet werden muß.

In diesem Sinne hat auch bereits das Geheime Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 7. Oktober 1836 (Arch. Schles. Arch. Bd. I, S. 208) entschieden und eine gleiche Ansicht in dem Plenar-Beschlusse vom 2. Juni 1840 ausgesprochen.

Selbst wenn man den Ausdruck „bisheriger Besitzer“ ohne Rücksicht auf das Edikt vom 2. November 1810,

und in streng privatrechtlicher Bedeutung nehmen wollte, so würde demohnerachtet darunter der Kläger resp. seine Vorbesitzer eben so gut als die Grundherrschaft verstanden werden können; denn sie haben schon vor Einführung des Gewerbesteuergesetzes das ihnen verliehene Recht für sich und in eigenem Namen ausgeübt, und mehr war nicht nöthig, um den vollständigen Besitz des Rechts zu erlangen, (§§. 5, 7, 18, Tit. 7, Thl. I, N. L. = R.).

Die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wies das Geheimen Ober-Tribunal durch das Erkenntniß vom 20. April 1841 als unbegründet zurück.

Gründe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird in die Behauptung gesetzt: es sei nach §. 4, Nr. 1 der Verordnung vom 14. Dezember 1833 ein Rechtsgrundsatz verletzt, weil der Appellationsrichter den §. 30 des Gewerbesteuer-Edikts vom 2. November 1810 zur Anwendung gebracht habe, obgleich derselbe auf den vorliegenden Fall nicht passe.

Bei der Rechtfertigung dieser Behauptung geht der Implorant von der Voraussetzung aus, daß das Recht Brantwein zu brennen ein dingliches sei, und hieraus allein folgert er, daß auch der für die Ausübung dieses Rechts zu entrichtende Zins dinglicher Natur sein müsse, und daß also auf denselben die Deklaration vom 19. Februar 1832, §. 2, nicht aber das Gewerbesteuer-Edikt vom 2. November 1810, zur Anwendung zu bringen sei.

Die dingliche Natur des Rechts, Brantwein zu brennen, leitet Implorant zunächst daraus ab, das das Wort „Brantwein-Urbar“ die zweifache Bedeutung habe, des Rechts Brantwein zu brennen, und die der Realität, welche zum Brennen eingerichtet worden, außerdem aber

glaubt er, daß auch aus dem Gesetze vom 7. September 1811 diese Natur einer Realberechtigung folge, da darin das Recht den bisherigen Besitzern belassen, in Betreff neuer Fabrikationsstätten auf dem Lande aber an die Bedingung eines Grundbesitzes von 15000 Thlr. geknüpft sei. Auch nach Schlessischem Provinzialrecht sei dieses Recht stets für ein Realrecht erachtet worden, denn Pachaly führe pag. 51 an, daß dasselbe ein jus dominiale sei. Hieraus, meint Implorant, ergeben sich zwei nothwendige Folgerungen:

- 1) die, daß unter dem Ausdruck „bisherige Besitzer“ im §. 52 des Gesetzes vom 7. September 1811 nur Rittergutsbesitzer und Gutsherrschaften verstanden werden könnten,
- 2) daß Abgaben, welche für die Ausübung und den Betrieb von Brennereien entrichtet werden, keine Gewerbeabgaben seien.

Kläger könne hiernach aber sein Recht, Brantwein zu brennen, nicht aus dem Gesetz, sondern lediglich aus einem, mit dem Dominium, als dem allein Berechtigten, geschlossenen Vertrage herleiten, und der von ihm zu entrichtende Zins sei die vertragsmäßige Vergütung für die Ueberlassung jenes Rechts, auf welchen der §. 30 des Gewerbesteuer-Edikts keine Anwendung finde. In dem Urtheil vom 12. März 1833 (Rechtssprüche Bd. 4, S. 192) habe das Geheimen Ober-Tribunal dieß auch angenommen und könne hiernach die Richtigkeit des vorliegenden Urtheils keinem Bedenken unterliegen.

Dieß ist jedoch keineswegs der Fall, vielmehr ergibt die Richtigkeitsbeschwerde, daß sie von den gesetzlichen Erfordernissen der Substantiirung weit entfernt ist, in

dem in ihr auf den Unterschied factischer und rechtlicher Momente gar keine Rücksicht genommen, vielmehr nach Art eines Revisionsberichts eben nur die Meinungsverschiedenheit vorgetragen worden ist, in welcher sich der Implorant und der vorige Richter befinden.

Der Letztere stellt auf Grund der Kaufbriefe des Klägers fest, daß ihm das Recht Brantwein zu brennen, neben dem Grundstück überlassen, und daß also unter dem dafür gebrauchten Ausdruck: „Brantwein-Urbar“, nicht eine Brantweimbrennerei oder eine körperliche Sache, sondern ein wirkliches Recht übertragen worden sei, in dessen Besitz er sich zur Zeit des Erscheinens des Edikts vom 2. November 1810 befunden habe, und in welchem Besitzer, nach §. 52 des Gesetzes vom 7. September 1811, belassen worden sei; und indem der Appellationsrichter ferner feststellt, daß der streitige Zins lediglich für die Ausübung dieser Gewerbeberechtigung entrichtet werden müsse, sieht er denselben für einen Gewerbezins an, der durch das Edikt vom 2. November 1810 aufgehoben worden sei.

Wenn nun Implorant hiergegen auszuführen sich bemüht, daß dem Kläger oder dessen Verbesitzer nicht das Recht der Brantweimbrennerei selbst, sondern nur die Nugnießung desselben überlassen, das Recht dagegen dem Gutsherrn verblieben, und also Dieser, nicht aber der Kläger für den Besitzer desselben vom Jahre 1811 anzusehen sei, so geht er von factischen Voraussetzungen aus, die von denen des Appellationsrichters wesentlich verschieden sind, und im Nichtigkeitsverfahren keine Berücksichtigung finden können, weil gegen die dießfälligen Grundlagen des angefochtenen Urteils ein vorschriftsmäßiger Angriff nicht gerichtet worden

ist, mit der Verwerfung der abweichenden Ansicht des Imploranten in factio fällt aber auch zugleich seine Rechtsansicht über den Begriff des Ausdrucks „gegenwärtiger oder bisheriger Besitzer“ im §. 52 des Gesetzes vom 7. September 1811 weg.

Der Plenarbeschluß vom 2. Juni 1840 erklärt die Vorschrift der §§. 52 und 53 des Gesetzes vom 7. September 1811 dahin, u. s. w. (S. oben S. 262.)

Die Auslegung, von welcher abzugehen kein Grund vorliegt, enthält aber alle Momente, welche im vorliegenden Falle zur Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde dienen, denn es wird dadurch festgestellt, daß durch das Edikt vom 2. November 1810 auch diejenigen Abgaben aufgehoben worden seien, welche Brantweimbrennereitreibende auf dem Lande, deren Grundvermögen nicht 15000 Thlr. erreicht, bis dahin entrichtet, ohne daß ihnen das Recht selbst durch das spätere Edikt vom 7. September 1811 wieder entzogen worden.

Zugleich muß im Einklange mit jenem Plenarbeschluß angenommen werden, daß unter dem, im §. 52 gebrauchten Ausdruck „bisherige Besitzer“ nicht unbedingt, wie Implorant will, die Gutsherrschaften, sondern die das Brantweimbrennerei-Gewerbe im eigenen Namen Treibenden zu verstehen seien, so daß, da der Appellations-Richter den dießfälligen Besitz des Klägers factisch fest gestellt, alle entgegengesetzten Ausführungen sich als unerheblich, die Nichtigkeitsbeschwerde selbst also als verwerflich darstellt.

Altkenzeichen K. 73 rep.

## II.

Welche Wirkungen haben nun diejenigen Veräußerungsverträge, die über dergleichen Urbare nach der Zeit von 1811 geschlossen worden sind?

Hierüber verhält sich der folgende Rechtsfall.

Ein Gutsherr verkaufte im Jahre 1818 die zu seinem Gute gehörige Brennereigerechtigkeit sammt den Utensilien für 1400 Thlr. und einen jährlichen, sogenannten Grundzins von 60 Thlr. einem Häusler. Bis zum Jahre 1843 zahlte er; nun aber trat er klagend auf, mit dem Antrage:

ihn von der Entrichtung dieses Gewerbebezinses für immer freizusprechen.

Das Gericht erster Instanz, das Fürstenthumsgericht zu Reisse, wies jedoch den Kläger angebrachter Massen ab, aus folgenden

Gründen:

Der §. 30 des Edikts vom 2. November 1810 bestimmt zwar:

„Alle bisherigen Abgaben von den Gewerben, insofern sie die Berechtigung zum Betriebe derselben betreffen, als: Concessionsgeld, Nahrungsgeld von katastrirten Stellen, oder unter welcher Benennung sie sonst vorkommen, sie mögen alljährlich oder ein Mal für alle Mal an Unsere Kassen, Kammereien oder an Grundherren entrichtet werden, hören mit Einführung der Gewerbesteuer auf.“

Allein dieß bezieht sich nur auf die damals bestehenden Rechtsverhältnisse, und bezüglich auf die Folgezeit enthält das Gesetz ein Verbot gegen Ausbedingung neuer Abgaben dieser Art. Daraus folgt denn, daß ein solcher, erst nach Emanirung dieses Gesetzes er-

richtete Vertrag nicht gilt, und die weitere Folge davon ist nicht, daß derjenige, welcher die Abgabe versprochen hat, einseitig davon frei werde, und die dafür ihm eingeräumten Vortheile behalte, sondern, daß Alles wieder in den vorigen Stand gesetzt werde. Der vorliegende Fall ist nun dieser Art. Der Beklagte veräußerte die zu seinem Gute gehörige Brennerei-Gerechtigkeit, mittelst Kontrakts vom 16. Mai 1818, für 1400 Thlr. und einen jährlichen Grundzins von 60 Thlr. Gegenstand dieses Kaufcontractes ist ganz allein die Brennerei-Gerechtigkeit mit den Brennerei-Utensilien; von Grund und Boden ist keine Rede, ohne Grund und Boden gibt es aber keinen Grundzins; es ist daher augenscheinlich, daß der streitige Zins pars pretii für die Brennerei-Gerechtigkeit sein soll. Soweit nun blos über diese contrahirt worden ist, gilt das Geschäft nicht\*); es ist aber nicht zu ersehen: wie weit das Pretium an Kaufgeld und Zins zugleich für die nicht näher angegebenen Utensilien gelten muß, und Kläger kann daher nicht willkürlich den Zins von 60 Thlr. lediglich auf die Brennerei-Gerechtigkeit rechnen, sich solchergestalt von demselben freimachen, und nun das Brantweimbrennen auf Grund desselben Vertrages, den er, soweit er ihm lästig ist, nicht gelten lassen will, fortsetzen; der Verkäufer und Beklagte ist durch nichts gebunden, ihm auf Grund seines Rechts das Brantweimbrennen auf dem Lande umsonst zu erlauben; der Kläger mag, wenn er seinerseits nicht gebunden sein will, dieses Gewerbe auf Grund des angegriffenen Kontrakts

---

\*) Dieser Satz ist zweifelhaft; denn wenn der Zins pars pretii ist, wie ich vorhin darzulegen versucht habe, so ist er keine Abgabe und fällt mithin nicht unter das Verbot des §. 30 des Edikts vom 2. November 1810.

einstellen, und sich eine gewerbliche Concession dazu vom Staate verschaffen.

Akten des F. u. G. Meisse. S. 2169 rep.

Dieses Erkenntniß ist rechtskräftig geworden.

---

**No. 24.**

**Rechtskraft. Res judicata.**

**Gründe. Urbarium. Anerkenntniß.**

**Eintragung. Präjudizial = Einwand.**

**I.** Beitrag zur Feststellung des Begriffs der res judicata nach Preussischem Rechte\*).

A. G. D. Th. I, Tit. 13, §. 38.

**II.** Urbarien werden durch spätere, damit in Widerspruch stehende, Eintragungen im Hypothekenbuche nicht abgeändert.

**III.** Eintragungen im Hypothekenbuche ohne einen gültigen Titel sind ganz wirkungslos.

**IV.** Bemerkungen über die Wirkung eines Anerkenntnisses\*\*).

**V.** Wenn mit Beiseitesetzung des Klagegrundes ein Präjudizial = Einwand in beiden Instanzen für erheblich und entscheidend erkannt worden ist, kann da das Geheime Obertribunal, indem es den Präjudizial = Einwand verwirft,

---

\*) Vergl. Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1837, S. 1 flg.

\*\*\*) Vergl. oben S. 25 dieses Bandes.

ohne jedes weitere Verfahren über den Klagegrund in letzter Instanz erkennen? Und eben so im umgekehrten Falle, wenn der Einwand für unerheblich gehalten worden und unerörtert geblieben ist?

U. G.-D. Th. 1, Tit. 10, §§. 68 — 74 und Tit. 15, §. 8. Verordnung vom 14. Dezember 1833, §. 17. (Ges.-Samml. S. 306.)

(Rechtsfall, mit Nachschrift vom Herausgeber.)

Joseph K. hatte das, von seinem Vater besessene Bauergut Nr. 2 zu Nieder-Zeutritz aus dem Nachlasse seiner Mutter, durch den mit seinen Geschwistern am 19. April 1833 abgeschlossenen Kontrakt, künstlich erworben. In dem Hypotheken-Buche dieses Grundstücks stand seit dem Jahre 1803 in der 2. Rubrik sub Nr. 10 der Vermerk eingetragen:

„Entrichtet bei jedesmaliger Besitzveränderung an Fremde, Ns- oder Deszendenten das onus laudemii á 10 Prozent.“

Auf den Grund dieses Vermerks und einer gerichtlichen Verhandlung am 3. April 1811, in welcher der Vorbesitzer Balthasar K. die Laudemialpflichtigkeit seines Bauerguts anerkannt hat, erforderte der Gutsbesitzer von Nieder-Zeutritz, in Folge des Kontraks vom 19. April 1833, von dem Joseph K. die Zahlung

- a) der Laudemien mit . 99 Thlr. 21 Sgr. 5 Pf.
- b) der Zählgelder . . . 20 „ 23 „ — „
- c) und der Konfirmations-

Gebühren mit . . . 10 „ — „ — „

in Summa: . . . 130 Thlr. 14 Sgr. 5 Pf.

und nachdem der Joseph K. hierauf in Folge exekutiv

vörder Maßregeln die Summe von 29 Thlr. 20 Egr. 2 Pf. gezahlt hatte, ward der Restbetrag mit 100 Thlr. 24 Egr. 3 Pf. auf das K.sche Bauergut Nr. 2 im Wege der Exekution in der Rubrik III. sub Nr. 4, ad decretum vom 28. Juni 1835, eingetragen. Diesen Restbetrag hatte der Gutsbesitzer in dem, gegen den 2c. K. im Jahre 1840 angestregten, Vorprozesse eingeklagt, im Laufe desselben verzichtete er jedoch auf die Konfirmationsgebühren der 10 Thlr., und ermäßigte sonach seinen Anspruch auf 120 Thlr. 14 Egr. 5 Pf. In diesem bereits rechtskräftig entschiedenen Prozesse bestritt der damalige Verklagte K. die Laudemialpflichtigkeit seines Bauerguts, indem er die Einreden aufstellte:

- 1) daß das am 16. September 1801 konfirmirte Urbarium von Nieder-Zeutritz von einer solchen Laudemialverpflichtung nichts enthalte;
- 2) daß der im Jahre 1803 geschehene Eintragung im Hypotheken-Buche kein rechtsverbindliches Geschäft, kein Titel, zum Grunde liege; und
- 3) daß auch das Protokoll vom 3. April 1811, welches an materiellen und formellen Mängeln leide, für ein solches rechtsverbindliches Geschäft, oder ein gültiges Anerkenntniß, nicht erachtet werden könne.

Der 2c. K. beantragte daher im Vorprozesse nicht nur die Abweisung des Klägers, sondern auch reconveniendo die Erstattung der gezahlten 29 Thlr. 20 Egr. 2 Pf. und die Löschung des Intabulats der 100 Thlr 24 Egr. 3 Pf. in der Rubrik III Nr. 4.

Das in erster Instanz vom Gerichtsamt der Güter Cassoth und Nieder-Zeutritz am 25. November 1840 ergangene Erkenntniß verwarf alle obgedachten Einreden, wies

demnach die Reconventions-Anträge des K. zurück, und verurtheilte denselben in conventione nach dem Klage-Antrage zur Zahlung der Laudemien und Zähl-gelder mit zusammen 120 Thlr. 14 Sgr. 5 Pf. Durch das Appellations Erkenntniß des Ober-Landes-Gerichts zu Ratibor, vom 7. Mai 1841, ward dieser Ausspruch in Betreff des Laudemii der 99 Thlr. 21 Sgr. 5 Pf. bestätigt, und nur mit dem Anspruche auf die Zähl-gelder der 20 Thlr. 23 Sgr. ward der Kläger abgewiesen und demzufolge in reconventione nur auf Löschung eines Betrages von 30 Thlr. 23 Sgr. der Zähl-gelder und Konfirmationsgebühren erkannt.

Hierauf klagte der Bauer K. unterm 29. Oktober 1841 gegen den Gutsherrn mit dem Antrage:

den Verklagten für schuldig zu erachten, in die Löschung der Rubrik II sub Nr. 10 im Hypothekenbuche seines (des Klägers) Bauerguts ein-  
getragenen Laudemialverpflichtung einzuwilligen.

Zur Rechtfertigung dieses Antrages wiederholte der Kläger seine, im Vorprozesse als Einreden geltend gemachten, Behauptungen dahin, daß

- 1) das Nieder-Teutrischer Urbarium von der Laudemialverpflichtung seines Bauerguts nichts enthalte, vielmehr die Laudemialfreiheit desselben aus dem §. 561 des Urbars sich ergebe;
- 2) daß die Eintragung des, dem Urbario widersprechenden Vermerks im Hypothekenbuche, Rubr. II, Nr. 10, ohne allen Rechtsgrund, und zur Ungebühr erfolgt sei, indem ein, die Eintragung dieses Vermerks rechtfertigendes Dokument, in den Grund-  
Akten sich nicht vorfinde; und daß

3) das Protokoll vom 3. April 1811 aller Eigenschaften solcher Urkunden entbehre, durch welche die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Gutsherrschaften und Gerichtseingefessenen festgestellt werden müßten.

Der Verklagte widersprach dem Antrage des Klägers, und indem er dessen Ausführungen theils in Abrede stellte, theils für unerheblich erklärte, setzte er dem Anspruche, mit Bezugnahme auf das Judikat des Vorprozesses, hauptsächlich den Einwand rechtskräftig entschiedener Sache entgegen. Dieser Einwand ward zur präjudiciellen Entscheidung gestellt; es unterblieb daher die nähere Erörterung der obgedachten, als Klagefundament aufgestellten Behauptungen; und bei der Instruction wurden weder das vom Kläger in Bezug genommene Nieder-Teutrischer Urbarium adhibirt, noch die, das K.sche Grundstück betreffenden Grundakten, deren Vorlegung beide Theile verlangt hatten.

Der erste Richter, — das Fürstenthums-Gericht zu Meisse, — erachtete den Haupteinwand des Verklagten (die *exceptio rei judicatae*) für begründet und durchgreifend, und erkannte demnach, ohne auf eine Beurtheilung der sonstigen von den Partheien vorgetragenen Rechtsgründe sich einzulassen, unterm 25. Januar 1842 auf Zurückweisung des obigen Klageantrages, und dieser Ausspruch ward, auf die vom Kläger eingelegte Appellation, durch das Erkenntniß des Zweiten Senats des Ober-Landesgerichts zu Ratibor vom 25. Mai 1842 lediglich bestätigt.

Die Appellationsentscheidung griff der Kläger mit einer in vier Punkten aufgestellten, von dem Justizkommissarius Schmidt zu Ratibor mit juristischer

Schärfe und Klarheit verfaßten, Nichtigkeitsbeschwerde an; und das Obergericht fand dieselbe bei dem letzten Beschwerdepunkte begründet, vernichtete mittelst Erkenntnisses vom 1. Dezember 1843 das Appellationsurteil und erkannte unter Abänderung des Erkenntnisses erster Instanz auf Löschung.

Gründe.

Die Gründe, aus denen der Appellationsrichter den Haupteinwand, daß dem Kläger *res judicata* entgegen stehe, für begründet und durchgreifend erklärt, sind im angefochtenen Urtheil dahin angegeben:

Kläger habe in dem, zwischen ihm und dem Verklagten geschwebten, Vorprozesse alle, seinem gegenwärtigen Anspruche zum Grunde gelegten Behauptungen, damals nicht bloß *excipiendo*, sondern er habe sie auch als Basis seiner auf Löschung des Vermerks im Hypothekenbuche gerichteten Konventionssklage aufgestellt. — Er sei mit dieser abgewiesen und in *conventione* zur Zahlung des *Laudemii* verurtheilt worden, und dieses Erkenntniß habe die Rechtskraft beschritten. Die einmal verworfenen Einwendungen und der einmal verworfene Klagegrund konnten aber nicht mehr als Grundlage einer, dasselbe Rechtsverhältniß unter denselben Partheien verfolgenden, Klage dienen, und es habe daher, da die erhobene *Einrede* (*rei judicatae*) nicht bloß auf Entscheidungsgründe sich stütze, wie Kläger irrthümlich anführe, *sententia a qua* lediglich bestätigt werden müssen.

Der Implorant hat in seiner hiergegen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde, bei dem letzten Beschwerdepunkte, dem Appellationsrichter die Verletzung des im §. 38, Tit. 13, Pr. = Ord. enthaltenen Rechtsgrundsatzes:

„daß bloße Entscheidungsgründe niemals die Kraft eines Urtheils haben,“

zum Vorwurfe gemacht, indem er behauptet, daß der Appellations-Richter, bei der Beurtheilung der auf das Judikat des Vorprozesses gestützten *Exceptio rei judicatae*, nicht die im Tenor des Erkenntnisses gegebene Entscheidung, sondern nur die Entscheidungsgründe in Betracht gezogen habe. Diese Beschwerde ist gegründet, denn im Vorprozesse hatte der Gutsherr, auf den Grund des über das Bauergut Nr. 2 am 19. April 1833 geschlossenen Kaufkontrakts, die *Laudemialgefälle* gegen den *rc. K.* eingeklagt, und dieser *reconveniendi* die Löschung desjenigen *Intabulats* der 100 *Thlr.* 24 *Sgr.* 3 *Pf.* verlangt, welches in der dritten *Nubr.* sub Nr. 4 als ein Rückstand jener *Laudemialgefälle*, im Wege der *Exekution*, *ad decretum* vom 28. Juni 1835 eingetragen worden war.

Der Vorprozeß betraf daher, sowol in *conventionione* als in *reconventionione*, nur die Zahlung derjenigen, von dem *rc. K.* verweigerten *Laudemialgefälle*, die der Gutsherr zuerst mit 130 *Thlr.* 14 *Sgr.* 5 *Pf.*, sodann in dem um 10 *Thlr.* ermäßigten Betrage, eingeklagt hatte, und zu deren Erhebung derselbe, wegen der durch den Kaufkontrakt vom 19. April 1833 eingetretenen Besitzveränderung, sich für berechtigt hielt, und demgemäß ist denn auch die Entscheidung des Vorprozesses, welche den *rc. K.* in *conventionione* zur Entrichtung der streitigen *Laudemien* im Betrage von 99 *Thlr.* 21 *Sgr.* 5 *Pf.* verurtheilte, und dessen *Rekonventions-Antrag* auf Löschung des in *Rubrik III* im Jahre 1835 *intabulirten* Rückstandes der *qu.* *Gefälle* zurückwies, lediglich über die durch den Besitzveränderungsfall vom Jahre 1833 eingetretene Zahlungsverpflichtung

des damaligen Verklagten (K.) ergangen, nicht aber über die Laudemialpflichtigkeit des K.schen Grundstücks, bei allen künftig sich ereignenden Besitz-Veränderungsfällen, vielweniger über die, den alleinigen Gegenstand des vorliegenden Prozesses ausmachende Streitfrage:

ob der in Rubrik II im Jahre 1803 eingetragene Vermerk der Laudemialpflichtigkeit des qu: Grundstücks, dem Antrage des Klägers gemäß, gelöscht werden müsse.

Die den 10. K. zur Zahlung der Laudemien verurtheilende Entscheidung des Vorprozesses beruhte freilich, in con- und reconventione, lediglich auf dem Grunde, weil der Richter die Laudemialpflichtigkeit des K.schen Bauerguts für zweifellos constatirt annahm; dieser Grund der richterlichen Entscheidung kann aber, gemäß s. 38, Tit. 13 Pr.-Ord., niemals die Kraft eines Urteils haben, und die wirkliche Entscheidung des Vorprozesses, wie dieselbe in der Urteilsformel des Judikats ausgesprochen ist, hat über den Streitgegenstand des vorliegenden Prozesses weder in Conventione noch in Reconventione eine richterliche Entscheidung gegeben. Daraus, daß der K. im Vorprozesse rechtskräftig verurtheilt ist, vom seinem durch den Kontrakt de 1833 erworbenen Bauergute die Laudemien mit 99 Thlr. 21 Sgr. 5 Pf. zu entrichten, folgt nicht, daß auch alle künftigen Erwerber dieses Guts das Laudemium zahlen müssen; noch weniger aber kann die, im Vorprozesse rechtskräftig geschehene, Zurückweisung des Antrages auf Löschung des in der dritten Rubrik sub Nr. 4 im Jahre 1835 eingetragenen Laudemial-Rückstandes, dem jetzigen Antrage des K. auf Löschung des, in der zweiten

Rubrik sub Nr. 10 im Jahre 1803 eingetragenen Vermerks der Caudemialpflichtigkeit des Grundstücks, als *res judicata* entgegenstehen. Der Appellationsrichter hat also, indem er den Haupt-Einwand des Verklagten: daß dem Kläger *res judicata* entgegenstehe, für begründet, und zur Abweisung des Klägers für durchgreifend erklärt, seine Entscheidung nicht auf die Urteilsformel des im Vorprozesse ergangenen Judikats gestützt, sondern lediglich auf dessen Entscheidungsgründe; und er hat somit den letzteren die Kraft eines Urteils beigelegt, hierdurch aber gegen den im §. 38, Tit. 13 der Prozeß-Ordnung ausgesprochenen Rechtsgrundsatz verstoßen. Das angefochtene Appellations-Urteil unterliegt daher, gemäß §. 4, Nr. 1 der Verordnung vom 14. Dezember 1833, der Vernichtung.

Was nun die anderweite Appellationsentscheidung betrifft, so kommt es, nach Beseitigung des vom Verklagten aufgestellten Präjudizialeinwandes, auf die Erörterung derjenigen Behauptungen an, die der Kläger obgedachter Maßen ad 1, 2, 3 zur rechtlichen Begründung seines Anspruches aufgestellt, und zu deren Erweise derselbe auf die, sein Bauergut betreffenden Grundakten sowie auf den bezüglichen Inhalt des Nieder-Teutriger Urbars sich berufen hat.

Sowol dieses Urbarium de conf. 16. September 1801, welches mittelst Schreibens der Haupt-Urbarien-Kommission vom 29. Oktober 1801 in beglaubter Abschrift zu den Grundakten der rittermäßigen Scholtisei zu Ober-Lassoth gelangt ist, als die das K.sche Bauergut Nr. 2 zu Nieder-Teutritz betreffenden Grundakten, sind zugleich mit den Akten des Vorprozesses nachträglich eingefordert; und der Inhalt dieser jetzt vorliegenden

Urkunden und Akten, über welche es eines weiteren prozessualischen Verfahrens nicht bedarf, ergibt in der That den genügenden Beweis für die Richtigkeit der oben gedachten, zur rechtlichen Begründung des Klageantrages aufgestellten, Behauptungen des Klägers.

1) Das vorschriftsmäßig aufgenommene, unterm 16. September 1801 bestätigte Urbarium von Nieder-Teutritz, dessen Bestimmungen für die vorliegende Entscheidung, gemäß §. 137, Th. II, Tit. 7 N. E. R., maßgebend sind, enthält nicht nur keine, die Laudempialpflichtigkeit des klägerischen Grundstücks aussprechende oder voraussetzende Bestimmung, sondern ergibt auch den urkundlichen Beweis, daß von diesem Grundstücke (dem Bauergute Nr. 2) bei eintretender Besitzveränderung keine Laudemien zu entrichten sind.

Nach §. 28 des Urbars sind in Nieder-Teutritz überhaupt 21 Rustikalstellen vorhanden, und zwar 10 Freistellen (9 Freigärtner und 1 Freihäusler) und 11 robotsame Besitzungen, nehmlich 7 Robotgärtnerstellen und die 4 robotsamen Bauergüter N. 1, 2, 10 und 18, von denen das Bauergut Nr. 2 die hier in Rede stehende R. sche Rustikalstelle ist.

Der Abschnitt III im 5ten Kapitel 1ten Titels des Urbars handelt in den §§. 555 bis 562 von den auf den 21 Rustikalstellen haftenden Laudemien und übrigen Jurisdictionsgefällen, und zwar zunächst in den §§. 555 bis 560 von den 10 Rustikalstellen der Freigärtner und Freihäusler. Es bestimmt nehmlich:

§. 555. Sämmtliche Freigärtner und Freihäusler zu Nieder-Teutritz müssen bei Besitzveränderungen ihrer Stellen, von dem wahren Werthe derselben, das Laudemium mit 10 vom Hundert an die Herrschaft berichtigen.

§. 560. Ueber dieses Pandemium müssen sämtliche Freigärtner und Freihäusler, bei Besitzveränderung ihrer Stellen, annoch nachstehende Gebühren entrichten:

1) an Confirmationsgebühren 1 pCt.,

2) an Zählgelder *rc. u. s. w.* bis Nr. 7.

Sodann folgt im §. 561 die Bestimmung über die 11 robotsamen Besitzungen der 4 Bauern und 7 Robotgärtner, *verbis*:

„Bei Besitzveränderungen der robotsamen Besitzungen werden nachstehende Gebühren entrichtet:

1) für die Confirmation Ein pCt.,

2) Zählgeld von jedem schlesischen Thaler 2 Gröschel,

3) die Traditionsgebühren nach der Sporteltaxe für die Königl. Kämter,

4) die ediktmäßigen Stempel, und

5) vor Mundirung des Kaufs von jedem Bogen  $1\frac{1}{2}$  Sgr.“

Die Besitzer der vier robotsamen Bauergüter (der Stellen Nr. 1, 2, 10, 18) haben die von denselben zu leistenden Dienste durch den Rezeß vom 3. April 1830 abgelöst, und zwar ist auf dem K. schen Bauergute Nr. 2 an die Stelle der in Rubrica II, sub Nr. 6, 7, 8, 9 vermerkten Dienste und Prästationen, auf den Grund des gedachten Ablösungsrezeßes eine Geldrente von 43 Rthlr. *ex decreto* vom 10. Januar 1831 eingetragen worden. Durch diese Ablösung konnte, wie sich von selbst versteht — die Bestimmung des §. 561 des Urbars nicht alterirt werden, und daß dieselben auf irgend einem andern Wege abgeändert oder aufgehoben worden sei, hat der Verklagte nicht einmal behauptet.

Nach dieser ganz klaren Bestimmung des §. 561 kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß von dem

Grundstücke des Klägers (dem Bauergute Nr. 2) bei eintretenden Besitzveränderungen, keine Laudemien zu entrichten sind, sondern nur die im §. 561 sub Nr. 1 bis 5 verzeichneten, von den Freistellenbesitzern neben dem Laudemium à 10 pCt. zu entrichtenden Jurisdictionsgefälle, soweit dieselben nicht, als reine Gerichtsporteln, in Folge der am 23. August 1815 emanirten allgemeinen Gebührentaxe, für aufgehoben zu erachten sind, wie solches namentlich mit den Zählgeldern der 20 Rthlr. 23 Sgr. der Fall ist, welche der Verklagte im Vorprozesse gegen den r. K. ebenfalls eingeklagt hatte, und die ihm auch vom ersten Richter, neben den Laudemien der 99 Rthlr. 21 Sgr. 5 Pf., zuerkannt waren, aber durch das Appellations-Erkenntniß vom 7. Mai 1841 abgesprochen worden sind.

Wenn aber die obengedachte Bestimmung des §. 561, zur Zeit der Errichtung des Urbars die rechtsverbindliche, nach dem Anerkennnisse der Interessenten, für das K.sche Bauergut Nr. 2 geltende Norm war, und als solche, durch Bestätigung des Urbars, unabänderlich festgesetzt worden ist, so kann diese Urbarial-Bestimmung, deren Abänderung oder Aufhebung der Verklagte nicht einmal behauptet hat, nicht dadurch ihre Gültigkeit verloren haben, und ausser Kraft gesetzt sein, daß der Richter bei seiner Entscheidung des Vorprozesses die Bestimmungen des Nieder-Teutriger Urbars gar nicht beachtet, sondern aus andern Gründen, nemlich auf Grund des im Jahre 1803 in die zweite Rubrik eingetragenen Vermerks und der, über die Anerkennung desselben, am 3. April 1811, vom Hypothekenrichter aufgenommenen Verhandlung, die bei dem Bauergute

Nr. 2 im Jahre 1833 eingetretene Besitzveränderung, für laudemialspflichtig erklärt und demzufolge den Kläger zur Bezahlung eines Laudemii vorurtheilt hat, zu dessen Entrichtung derselbe, nach der klaren Festsetzung des §. 561 des Urbars, nicht verpflichtet war.

Mit dieser, sowol im Wortlaute als dem Sinne nach unzweideutigen Festsetzung des Urbars, daß bei Besitzveränderungen der robotsamen Rustikalstellen — zu denen das Bauergut Nr. 2 nach §. 28 des Urbars gehört — die im §. 561 sub Nr. 1 bis 5 specificirten Jurisdictionsgefälle entrichtet werden müssen, steht der, im Hypotheken-Buche eben dieses Bauerguts, in Rubrik II eingetragene Vermerk, daß bei jedesmaliger Besitzveränderung das Laudemium mit 10 pCt. entrichtet werden müsse, im directen Widerspruch, da unter den im §. 561, ad 1 — 5 verzeichneten Gefällen das Laudemium nicht mit aufgeführt ist, dieses vielmehr, den eben so klaren Bestimmungen der §§. 555 und 560 des Urbars zufolge, nur bei Besitzveränderungen der Rustikal-Stellen der Freigärtner und Freihäusler, und zwar von diesen neben den §§. 560, 561, verzeichneten Jurisdictionsgefällen, entrichtet werden muß. Da nun die Errichtung und Bestätigung der Urbarien hauptsächlich den Zweck hatte, die gegenseitigen Rechte des Grund- und Gerichtsherrn einer, und der Rustikalbesitzer anderer Seite, insbesondere aber die, auf den Rustikalstellen haftenden, zur Eintragung in die zweite Rubrik des Hypothekenbuches geeigneten Lasten und Dominial-Abgaben, durch die Vereinbarung aller Interessenten zweifellos festzustellen, so ergibt sich schon hieraus, daß der im Jahre 1803 im Hypotheken-Buche des Bauerguts Nr. 2, in Rubrik II, eingetragene

Vermerk, welcher dieses Grundstück im directen Widerspruch mit den obigen gedachten Bestimmungen des Urbars, vom Jahre 1801, für laudemialspflichtig erklärt, in keiner Weise zu Recht beständig sein kann. Der Antrag des Klägers auf Löschung dieses Vermerks würde also schon in Betracht der, mit demselben nicht zu vereinbarenden, Urbarial-Bestimmungen gerechtfertigt erscheinen. Es ergeben aber auch die das Bauergut Nr. 2 betreffenden Grund-Akten die Richtigkeit der vom Kläger

2) aufgestellten Behauptung, daß die Eintragung des fraglichen Vermerks ohne allen Rechtsgrund und zur Ungebühr entweder irrthümlich, oder durch einen willkürlichen Akt des Hypothekenrichters erfolgt ist.

Ein, diese Eintragung rechtfertigendes, Dokument findet sich in den Grundakten nicht vor, und dieselben enthalten über die Veranlassung und Entstehung des qu. Intabulats überhaupt nichts anders, noch mehreres, als die fol. 11 der Grundakten befindliche, ursprünglich s. d. Meisse, den 15. Juni 1803, vom damaligen Justiziar Speer, angegebene, sodann auf den 15. Mai ejd. antedatirte Verfügung, in deren Folge der qu. Vermerk in Rubr. II, Nr. 10 intabulirt ist.

Diese Verfügung, die in den Grundakten unmittelbar auf die fol. 9 befindliche Verhandlung vom 5. Dezember 1782 folgt, lautet im Eingange:

„Auf dem zu Nieder-Teutritz sub Nr. 2 belegenen Bauergute haften für das Dominium, laut Urbarium, folgende Onera perpetua, Einschränkungen des Eigenthums oder der Disposition:

- 1) 1 Thlr. 18 Sgr. Grundzins ic. bis
- 10) Entrichtet bei jedesmaliger Besitzveränderung an

Fremde, Näs- oder Descendenten das Onus  
Laudemii a 10 pSt.,"  
und das Dekret schließt mit den Worten „fiat inta-  
bulatio vorstehender onerum perpetuorum.“

Im Hypothekenbuche stehen die sämmtlichen in der  
Verfügung vom 15. Mai 1803 ad 1—10 aufgeführten  
Intabulate ohne Angabe des Dati der geschehenen  
Eintragung, und ohne Hinweisung auf das, im Dekret  
vom 15. Mai 1803, als Grund der Eintragung, in Bezug  
genommene Nieder-Teutriser Urbarium.

Abgesehen von diesen formalen Mängeln der Ein-  
tragung und den bei der Führung des Hypothekenbuchs  
vorgefallenen Irregularitäten, ist aber die, das In-  
tabulat qu. betreffende Verfügung des Hypothekenrich-  
ters auch materiell unrichtig, da das Nieder-Teu-  
triser Urbarium, auf dessen Inhalt das Eintragungs-  
Dekret Bezug nimmt, und dessen Bestimmungen somit  
als der Rechtsgrund des in Rubr. II, Nr. 10 einge-  
tragenen Vermerks bezeichnet worden, nicht nur keine,  
die Laudemialpflichtigkeit des Bauerguts Nr. 2 aus-  
sprechende Festsetzung enthält, sondern im Gegentheil,  
im s. 561 vergl. mit 555, 560 des Urbars, solche Be-  
stimmungen, welche die Laudemialfreiheit dieser Ru-  
stikalstelle — wie vorstehend ad 1 gezeigt ist — außer  
allem Zweifel setzen.

Dem, in Folge der Verfügung vom 15. Mai 1803,  
in das Hypothekenbuch ohne Rechtsgrund eingetragenen  
unrichtigen Vermerke kann sonach gar keine recht-  
liche Wirkung beigemessen, vielweniger aber aus diesem  
Intabulate allein ein gültiger Beweis für die, vom  
Kläger bestrittene, Laudemialpflichtigkeit seines Grund-  
stücks entnommen werden. — Eine jede Eintragung in

das Hypothekenbuch eines Grundstücks hat nur den Zweck, die mit dem Besitze des Grundstücks verbundenen Realrechte und Verbindlichkeiten rechtlich festzustellen und durch den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuchs zu bekräftigen.

Der, vom Hypothekenrichter einseitig vorgenommene Akt der Einschreibung eines Vermerks in das seiner Führung anvertraute Hypothekenbuch, kann also niemals der Rechtsgrund oder das Rechtsgeschäft sein, durch welche das im Hypothekenbuche vermerkte Realrecht oder die intabulirte Realverbindlichkeit zur rechtlichen Existenz gelangt; eine jede hypothekarische Eintragung setzt vielmehr unerlässlich einen rechtsgültigen, durch Gesetz oder Willenserklärung begründeten Titel zur Eintragung voraus, und da nun ein solcher Rechtstitel dem ad decr. vom 15. Mai 1803 eingetragenen Vermerke gänzlich fehlt, und das Niederösterreichische Urbar sogar das Gegentheil von dem besagt, was angeblich auf Grund dieser Urkunden in das Hypothekenbuch eingetragen ist, so unterliegt es keinem Bedenken, daß die Eintragung des fraglichen Vermerks zur Ungebühr erfolgt, und ein ganz wirkungsloser Akt ist, durch welchen die, das Bauergut Nr. 2, von Entrichtung der Laudemien befreiende, Urbarialbestimmung im geringsten nicht alterirt, aus welchem daher, weder für den Grundherrn das Recht zur Erhebung der Laudemial-Abgaben, noch für den Erwerber dieser Rustikalstelle die Verpflichtung zur Auszahlung eines Laudemii hergeleitet werden kann.

Eben dasselbe gilt endlich

3) von der gerichtlichen Verhandlung d. d. Ober-Cassoth, den 3. April 1811, in welcher der Balthasar

K. (Vater des Klägers) die Laudemialpflichtigkeit seines Grundstücks anerkennt, und hiernächst der, bei der Verhandlung gegenwärtige, damalige Grundherr von Silgenheimb diese Erklärung acceptirt hat. Diese von dem damaligen Justiziar Cirves aufgenommene Verhandlung befindet sich fol. 14 der, das Bauergut No. 2 betreffenden Grundakten, in beglaubter Abschrift; das Original wird wahrscheinlich zu den Grundakten eines der drei andern Bauergüter (Nr. 1, 10, 18) genommen sein. Denn besage dieser Verhandlung waren die damaligen Besitzer der vier robotsamen Bauergüter Nr. 1, 2, 10, 18 und ad instantiam Dominii, zu dem Zwecke br. m. vorgefordert worden, um von denselben den, nach Ausweis des Hypothekenbuchs auf ihren Bauergütern eingetragenen, Vermerk der Laudemialpflichtigkeit dieser Stellen, bei jeder Veräußerung sowohl an Fremde als an Ab- oder Descendenten, anerkennen zu lassen. Die vier Rustikal-Besitzer Joseph L., Balthasar K., Christoph Sch. und Thomas K. haben denn auch auf die Vorhaltung des in Rubr. II eingetragenen Vermerks erklärt, daß sie die Laudemial-Verbindlichkeit ihrer Bauergüter um so weniger in Zweifel ziehen wollen, als

- 1) ihre Vorfahren, und sie selbst, das Laudemium berichtigt hätten;
- 2) dieser Real-Nexus in dem Hypothekenbuche eingetragen sei, und
- 3) weil der, eben anwesende, ehemalige Verwalter Scheer diese Laudemialpflichtigkeit contestire, dessen Zeugniß sie auch ohne eidliche Vernehmung desselben für vollgültig annehmen wollten.

Es bedarf kaum der Auseinandersetzung, daß durch diese protokolllarische Erklärung des Vorbesizers des

Klägers, die von dem letztern bestrittene Laudemialpflichtigkeit seiner Rustikalstelle (des Bauerguts Nr. 2) im geringsten nicht dargethan, viel weniger aber auf diesem Wege die betreffende Bestimmung des Nieder-Teutrizzer = Urbars von 1801 beseitigt und außer Kraft gesetzt werden konnte. Die obengedachte Erklärung enthält keine *causa debendi* und ist daher, wengleich der Gutsherr dieselbe acceptirt hat, weder ein Vertrag, noch überhaupt ein rechtsverbindliches Anerkenntniß. Denn ein solches setzt ein schon bestehendes obligatorisches Verhältniß voraus\*); die von den Declaranten anerkannte Verpflichtung hatte aber erwiesenermaßen bei Abgabe der Erklärung vom 3. April 1811 keinen rechtlichen Bestand, es sollte vielmehr eben durch diese Erklärung das bestehende, durch das Urbarium festgestellte Rechtsverhältniß, abgeändert resp. aufgehoben werden, der Beweggrund der Declaranten endlich war lediglich ein factischer, resp. Rechtsirrthum, in welchen dieselben ohne eigene Schuld, durch die, vom Richter *ad instantiam* des Gerichtsherrn ihnen gemachten Vorhaltungen waren versetzt worden. Der, in das Hypothekenbuch der 4 Bauergüter zur Ungebühr eingetragene unrichtige Vermerk der Rubr. II, Nr. 10, konnte nicht dadurch gültig und rechtsverbindlich werden, daß die Besitzer dieser Rustikalstellen durch ihre Erklärung ad 2 die Thatsache der geschehenen Eintragung anerkannten, und ad 3 das völlig unerhebliche Zeugniß des Scheer, un-

\*) Ein Rechtsverhältniß! Dieses muß jedoch keinesweges just ein obligatorisches sein. Oder wäre etwa das Verhältniß zwischen Vater und Kinde ein obligatorisches? Und doch zweifelt Niemand an der rechtlichen Wirksamkeit eines Anerkenntnisses, wodurch Jemand eine bestimmte andere Person für sein Kind anerkennt.

beeidigt, als wahr annahmen; und das Zeugniß ad 1: daß die damaligen Besitzer der vier Bauergüter und deren Vorfahren das Laudemium berichtigt hätten, findet hinsichtlich des Balthasar K., in den das Bauergut Nr. 2 betreffenden Grundakten, seine genügende Widerlegung. Nach Ausweis dieser Grundakten hat der Balthasar K. das Gut im Jahre 1780 von seinem Vater Michael K. käuflich erworben. Der Recognitionsschein über den für ihn berichtigten Besitztitel ward zwar schon in Folge des ostgedachten, die Eintragung in Rubr. II anordnenden Dekrets vom 15. Mai 1803, s. d. den 1. Juni ejd. a. ausgefertigt. Das Besiztdocument ist indes dem 2c. K. erst auf dessen protokollarisches Gesuch vom 3. Dezember 1810 ausgehändigt worden, und weder bei dieser Gelegenheit, noch früher sind von dem Balthasar K., vielweniger von seinem Vorbesitzer Michael K., die Laudemien à 10 pGr. des Erwerbpreises, erfordert und gezahlt worden\*). Nach dem Tode des Balthasar K. übernahm dessen Wittwe, laut Erbzeugnisses vom 29. März 1815, das Bauergut; in die über ihren Besitztitel ertheilte Recognition vom 6. April 1815 ward der Vermerk der Rubr. II, Nr. 10, mit Weglassung der Worte „Ab- oder Descendenten“ aufgenommen, und demgemäß wurden auch von dieser Vorbesitzerin des Klägers Joseph K. keine Laudemien erfordert, sondern nur die im §. 561 des Urbars festgesetzten Konfirmationsgebühren, Zahlungelder 2c. in Summa 24 Thlr. 9 Sgr. 4 Pf. Der gerichtlichen Verhandlung vom 3.

\*) Es ist die Frage: ob diese Thatiade schon darum, weil davon in den Grundakten nichts steht, für so gewiß anzunehmen ist; die Zahlung kann wol von dem Gutsherrn unmittelbar eingefordert und angenommen worden sein. Eine Instruktion hierüber hat ja gar nicht stattgefunden.

April 1811 muß daher — abgesehen von den, vom Kläger gerügten, formellen und materiellen Mängeln — in jeder Beziehung, die rechtliche Wirkung unbedingt und gänzlich abgesprochen werden. —

Es ergibt sich sonach, sowol aus dem Niederzetteriger Urbar als aus den das K.liche Bauergut betreffenden Grundacten, der vollständige Beweis für die Richtigkeit der, im vorliegenden Prozesse als Klagesfundament aufgestellten Behauptungen: daß von dem qu. Bauergute, den Bestimmungen des Urbars zufolge, keine Laudemien zu entrichten sind, und daß der in das Hypothekenbuch Rubr. II, Nr. 10 eingetragene Vermerk, welcher das Grundstück für laudemialpflichtig erklärt, auf keinem Rechtstitel beruht, vielmehr zur Ungebühr in das Hypothekenbuch eingetragen ist. Der auf diese Behauptungen gestützte Klageantrag erscheint daher vollkommen gerechtfertiget, und demgemäß mußte, unter Abänderung des ersten, den Kläger abweisenden Erkenntnisses, auf die Löschung jenes Vermerks erkannt werden.

#### Nachschrift.

In dem vorliegenden Falle ist es unzweifelhaft, daß das Anerkenntniß nichts wirkt, allein nicht aus dem Grunde, weil keine „causa debendi“ vorhanden. Schon in dem ersten Hefte dieses Bandes, S. 25, ist darzulegen versucht worden, warum von einer causa debendi bei Anerkenntnissen gar nicht Rede sein kann, wengleich es ganz richtig ist, daß ein Anerkenntniß nicht an sich der Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnisses sein kann: es ist ein Beweis für das Dasein des anerkannten Verhältnisses, hier also des ursprünglichen Erbzinsvertrages, d. h. eines solchen Verleihungsvertrages, woraus

die Laudempialpflichtigkeit folgt; und es muß, wenn Dieses hinterdrein wieder geläugnet werden soll, das Gegentheil bewiesen werden. Um also zu dem Ergebnis der Unwirksamkeit des Anerkenntnisses zu gelangen, genügt der Umstand, daß in demselben keine *causa debendi* genannt worden, allein noch nicht. Als ich vor einigen Monaten (S. 26 dieses Bandes) den Gedanken niederschrieb, daß aus demselben Grunde die meisten, wenn nicht gar alle Urbarien, die auch nur Auerkenntnisse, nicht Urgeschäfte sind, für unkräftig erklärt werden könnten, ahnete ich nicht, daß nicht lange darauf solches eine Thatsache werden würde. Was kein Mensch zuvor geglaubt hätte, das trat in das Reich der Wirklichkeit: das Geheime Ober-Tribunal erklärte ein Urbarium, gerade auch bei Gelegenheit einer Laudempial-Frage, für unkräftig und wirkungslos, weil der darin enthaltene Satz: daß die Stellen laudempialpflichtig, keine *causa debendi* angebe! Zu solchem Fehlschluß hat die Auffassung des Wesens und der Bedeutung des Auerkenntnisses geführt. Glücklicherweise ist das Geheime Ober-Tribunal, sicher nicht ohne durch die über jenen unerwarteten Ausspruch, der in der That alle gutherrlichen Rechte und Rechtsverhältnisse in Frage stellte, laut gewordenen Nothrufe dazu veranlaßt worden zu sein, sehr schnell davon abgegangen und hat nun anerkannt, daß die Urbarien an sich schon die darin angegebenen Rechtszustände begründeten. Dies ist das Rechte und Wahre, nicht darum, weil die Urbare nicht wirklich die rechtliche Natur eines Auerkenntnisses hätten; sondern darum, weil gegen bestätigte Urbare, ihrer Form wegen, schlechterdings kein Zweifel, Angriff oder Gegenbeweis zulässig ist.

Weiter ergibt das vorliegende Urteil, daß das Geheime Ober-Tribunal einen Präjudizial-Ginwand, aus welchem die Richter beider Instanzen die Klage abgewiesen haben, ohne auf den Grund der Klage (Hauptsache) einzugehen, stillschweigend verworfen und sogleich über die Hauptsache, ohne über dieselbe noch die Instruktion fortsetzen oder gehörig abschließen zu lassen, auf bloß brevi manu eingeforderte, den Partheien gar nicht vorgelegte Akten, in letzter Instanz erkannt hat. Das ist höchst gefährlich und widerspricht der buchstäblichen Vorschrift der Prozeßordnung Tit. 10, ss. 68 — 71; hiernach und nach §. 17 der Verordnung vom 14. Dezember 1833 hätte müssen, nach Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses, erkannt werden, daß der Präjudicial-Ginwand zu verwerfen. Hierauf mußte, nach Vorschrift der Prozeßordnung §§. 71 und 72 a. a. O., die Instruktion der Hauptsache, d. h. des Klagegrundes, vorgenommen worden. Man kann nicht wissen, was der Beklagte zu dessen Entkräftung oder Widerlegung noch Alles würde angebracht haben; durch die beliebte Prozedur sind ihm ganz unvermuthet beide ordentliche Instanzen genommen worden.

Daß dieses Verfahren auch in dem Falle von dem Geheimen Obertribunal beobachtet wird, wenn umgekehrt in den frühern Instanzen ein Ginwand für unerblich erachtet, und darum die Instruktion desselben unvollständig gelassen worden ist, solches beweiset ein mir von einem Buchhändler zu Naumburg a. S. mitgeteilt Schreibens vom 1. März 1844, worin er über die Preussische Justiz bitter klagt, mitgetheiltes Rechtsfall. Dieser Buchhändler hatte mit einem Schriftsteller einen Verlagscontract geschlossen, worin der Schriftsteller

bei 5000 Thlr. Conventionalstrafe versprochen hatte, nichts Aehnliches für einen Dritten zu schreiben. Gleichwohl hatte er dieß gethan, und der Buchhändler verklagte ihn auf Zahlung der 5000 Thlr. Der Beklagte machte den Einwand: der Kläger habe gewußt und nichts dagegen erinnert, daß der Beklagte solches thun wolle; zum Beweise deferirte er den Eid. Der Kläger bestritt die Thatsache und acceptirte den Eid. Der Instument normirte den Eid nicht; und die Richter beider Instanzen erklärten den Einwand für unerheblich und verurtheilten den Beklagten zur Zahlung der 5000 Thlr. Das Geheime Obertribunal hingegen fand auf die angebrachte Nichtigkeitsbeschwerde den Einwand erheblich, vernichtete das Appellationsurteil und erkannte ohne Weiteres: der Kläger solle schwören, „daß er es nicht gewußt, daß der Beklagte die Werke für Dritte geschrieben und daß er, als der Beklagte ihm gesagt habe, daß er es thun wolle, er (der Kläger) dem Beklagten irgend etwas erinnert habe.“ Begreiflich konnte der Kläger diesen Eid, der sich selbst widerspricht, nicht schwören und verlor die 5000 Thlr. Offenbar enthält der Eid zwei verschiedene Thatsachen, von welchen die Eine die Andere ausschließt, so daß zwei Eide alternativ hätten normirt werden müssen. Statt nun, wie nach §. 8, Tit. 15 und §§. 304 und 306, Tit. 10 der Prozeßordnung hätte geschehen sollen, die Instruktion ergänzen und über die Eidesnormen verfahren zu lassen, normirte das Geheime Obertribunal ganz unvermuthet und ohne Zuziehung der Partheien jenen sich widersprechenden Eid\*).

\*) Man sehe über diesen merkwürdigen Fall auch „das Echo“, v. 1844 Nr. 5.

Gegen dergleichen Aussprüche gibt es nach der bestehenden Verfassung leider kein Mittel, und doch beweisen dergleichen Fälle die Nothwendigkeit einer Einrichtung, die entweder schädliche Fehlgriffe in letzter Instanz ganz unmöglich macht, oder doch Hilfe dagegen gibt. Man möchte ein Kassationsgesuch gegen dergleichen Kassationsurteil einführen. Doch würde damit die Sache immer nicht gebessert, weil dieser zweite Kassationshof ebenfalls menschliche Fehlgriffe thun würde. Aber eine Einrichtung, wodurch dieselben verhindert würden, müßte getroffen werden, und Diese bestände darin, daß der Kassationshof nicht in der Sache selbst erkennen dürfte, sondern dieselbe an ein anderes Appellationsgericht zu verweisen hätte. Wird dann auch einmal ein Appellationsurteil irrtümlich kassirt, so ist damit den Partheien doch ihr Recht noch nicht unrettbar verloren. Diese Einrichtung hat in Frankreich eine langjährige Erfahrung für sich; wir haben die Institution zwar angenommen, aber mit einer Verbesserung, von welcher wir uns erst nach einer harten Prüfung und theuer erkauften eigenen Erfahrung wieder losmachen werden.

## No. 25.

### Bestandtheile. Pertinenzstücke.

- I. Bestandtheile einer Sache sind nicht Pertinenzstücke derselben und können deshalb nicht nach den für Pertinenzstücke geltenden Regeln beurtheilt werden.

A. L. R. Th. 1, Tit. 2, §§. 42 — 44.

II. Der Unterschied zwischen Gutsbestandtheilen und Pertinenzstücken hat noch jetzt private rechtliche Bedeutung.

III. Insbesondere werden bereits veräußerte aber noch nicht abgeschriebene Gutsbestandtheile dadurch, daß der eingetragene Besitzer mit dem ganzen Gute, ohne Vorbehalt, Hypothek bestellt, rechtsgültig mit verpfändet.

A. L.-R. Th. 1, Tit. 20, §. 410.

(Vom Herausgeber.)

Ein in der ehemaligen Provinz Südpreußen angestellt gewesener Justiz-Commissarius hat mir erzählt, daß bei der Unterbringung der in jene Provinz gegangenen, namentlich von öffentlichen Anstalten in Berlin ausgeliehenen Kapitalien, wovon nachmals der größte Theil oder doch ein sehr großer Theil verloren gegangen, die allerwunderbarsten Dinge vorgekommen. Unter Anderm sind ihm, so hat er mir versichert, in der Zeit, als die öffentlichen Verhältnisse sich so sehr ungünstig gestalteten und man daran dachte, die Kapitalien wieder einzuziehen, Hypothekeninstrumente über enorme Summen zur Einziehung zugesandt worden, welche in ganz untadelhafter Beschaffenheit nach Form und Inhalt, und auch ganz echt waren, wobei aber nur der Umstand eintrat, daß das Grundstück oder das Gut, welches man darin verpfändet hatte und worüber der Hypothekenschein, ganz in Uebereinstimmung mit dem Hypothekenbuche, lautete, in der Natur nicht zu finden war: es war gar nicht da und auch nie da gewesen. Dieß

war so zugegangen, daß die Darlehnsnehmer das Hypothekenbuch von Grundstücken hatten anlegen und reguliren lassen, welche gar nicht vorhanden waren. Der Darlehnsgeber hatte folglich zu seiner Sicherheit für sein bedeutendes Darlehn nichts weiter als einige Vorgen Makulatur; prompte Zinszahlung hatte den Betrug bis zum Eintritt der Katastrophe verdeckt. Was auf solche Weise damals durch Betrug mittelst der Leichtfertigkeit der dortigen Gerichte möglich war, das soll heutzutage nach einer neuen Rechtsauslegung und Theorie mittelst des Hypothekenbuchs überhaupt, von Rechtswegen ausführbar sein. Man denke sich ein Landgut an Werth von 50,000 Rthlr. und zwar, um jede Buchstaben-Interpretation von Hauptsache und Nebensache von vorneherein ganz abzuschneiden, ein solches, auf welchem sich schon seit langen Jahren keine Gebäude und Inventariestücke befinden, und welches von einem andern nahen Gute aus bewirthschafet worden ist, wohl aber nach wie vor sein besonderes Folium im Hypothekenbuche hat. Wir sind dergleichen Güter bekannt. Der Besitzer zerstückelt das ganze Gut, und veräußert es in Stücken von einigen Morgen an viele Abnehmer; mit Jedem wird der Contract schriftlich abgeschlossen und Jedem wird sein erkauftes Stück körperlich übergeben. Bei dem Hypothekenbuche wird davon nicht bald etwas bekannt, was zur Erwerbung des Eigenthums auch nicht nothwendig ist. Nachdem dieses vollständig ausgeführt, mithin das Landgut als Ganzes aus der Natur verschwunden ist, läßt sich der eingetragene Eigenthümer einen Hypothekenschein geben, nach welchem derselbe dieses Gut ganz schuldenfrei besitzt. Er erhält darauf in der Provinzialhauptstadt, wo

kein Mensch von dieser stückweisen Veräußerung weiß, einen Credit von 30000 Rthlr., er läßt darüber ein gehöriges Schuld- und Hypotheken-Instrument ausfertigen, die Post eintragen und das Instrument seinem Gläubiger zustellen. Nun wandert er aus oder bringt sein Vermögen durch. Nach der neuen Theorie und Auslegung muß der Darleiher die ganzen 30000 Rthlr. verlieren; er hat gar keine Hypothek, wenngleich das Hypothekenbuch und das Instrument in der allerbesten Ordnung ist, der Darlehnsgeber dem Glauben des Hypothekenbuchs gefolgt ist und das Gesetzbuch ihm buchstäblich zusichert, daß „jede auf den Grund eines an sich gültigen Titels, gegen den eingetragenem Besitzer erfolgte Hypothekenbestellung, ihre Kraft behält, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht der wahre Eigenthümer gewesen sei<sup>1)</sup>: er wäre also mittelst des Hypothekenbuchs und des Gesetzes betrogen. Ein solches Recht wäre, wenn es wirklich Geltung hätte, eine Ungereimtheit. Die Sache ist für die Sicherheit des Eigenthums von so großer Wichtigkeit, daß es der Mühe wohl werth ist, sich jene Theorie und Auslegung näher anzusehen, um sich zu überzeugen: ob denn das geltende Recht in der That zu einer solchen Ungereimtheit führt.

Der Justizminister hat den Grundsatz aufgestellt, daß das Recht des Hypothekengläubigers sich auf die vor seiner Eintragung veräußerten, obwohl im Hypothekenbuche nicht abgeschriebenen, **Gutsantheile** und unbeweglichen Partinenzstücke nicht erstrecke<sup>2)</sup>. Zur Begrün-

1) N. L. R. Th. I, Tit. 20, §. 410. Vergl. Tit. 10, §§. 7—

2) Verf. v. 19. Oktob. 1840. (Min. Bl. S. 352.)

dung dieses Satzes bezieht derselbe sich auf die Entscheidung des Geheimen Obertribunals vom 16. Februar 1835<sup>3)</sup>, wo es heißt: „Nur die zur Zeit der Eintragung bei dem Gute befindlichen Pertinenzstücke sind dem Hypothekenrechte des Gläubigers unterworfen, s. 443, Tit. 20, Th. I des N. L. R. — Mit davon veräußerten Pertinenzstücken kann der Gutsbesitzer ferner keine Hypothek mehr bestellen, weil er selbst kein Recht mehr daran hat<sup>4)</sup>. Daß die Abtretung aus dem Hypothekenbuch nicht zu ersehen, ist unerheblich, wenn das Hypothekenbuch nicht über das Dasein des Gegenstandes Auskunft gibt. Ob Zubehörungen, von denen das Hypothekenbuch durchaus nichts besagt, sich zur Zeit der Hypothekenbestellung noch bei dem verpfändeten Gute befinden, oder in das Eigenthum eines Dritten übergegangen sind, darüber muß der Gläubiger sich anderweit Gewißheit zu verschaffen suchen. Auf den dritten Erwerber des Zubehörs, oder der Pertinenz, gehen nur solche Lasten über, die zur Zeit des Erwerbs bereits darauf haften; darin kann durch die Hypothekenverfassung nur in sofern eine Aenderung hervorgebracht werden, als von einer Pertinenz die Rede ist, die als solche namentlich im Hypothekenbuche verzeichnet steht.“ — Diese Beweisführung ist vollkommen zutreffend und schlüssig; aber das Geheime Obertribunal spricht ausdrücklich nur von Pertinenzstücken, und zwar von solchen Pertinenzstücken, deren Dasein aus dem Hypothekenbuche nicht zu entnehmen ist, so daß mit:

3) Entscheidungen des Geh. Obertr., Bd. II, S. 271.

4) Dieser Grund hat bei dem Wesen des Hypothekenbuchs nur eine bedingte Geltung.

hin Derjenige, welcher das Hypothekenbuch einseht, durch dasselbe darüber nicht getäuscht werden kann.

Der Justizminister hat jedoch für seinen Satz auch noch seine eigenen Gründe. Es heißt in der Verfügung vom 2. Februar 1840<sup>5)</sup>: „Die Pertinenz-Eigenschaft der Parzele nimmt durch Trennung der bestandenen Verbindung mit dem Hauptgut ihr Ende, §. 42, Tit. 2, Th. I Allg. Landrecht, die Parzele ist durch den Uebergangsvertrag und die Uebergabe jedenfalls in das Eigenthum des Parzellenbesizers übergegangen, die Verpfändung einer fremden Sache aber kann nur mit Einwilligung ihres Eigenthümers erfolgen, §. 72, Tit. 20, Th. I Allg. Landrecht, und wenn diese Einwilligung mangelt, so haftet dem Gläubiger nur das dingliche Recht, welches dem Verpfänder auf die Sache zusteht, §. 74 das.; dieses Recht kann ein Hypothekengläubiger aber immer nur gegen das Hauptgut als ein diesem zustehendes Recht, nicht gegen den Parzellenbesizer geltend machen.“ Soviel sind Worte, wir betrachten nun die Sätze näher.

„Die Pertinenz-Eigenschaft der Parzele nimmt durch die Trennung der bestandenen Verbindung mit dem Hauptgut ihr Ende, §. 42, Tit. 2, Th. I Allg. Landrecht.“

Hier wird von der Pertinenz-Eigenschaft einer Parzele, d. h. eines Bestandtheils oder Substanztheils des Hauptguts gesprochen. Ein solcher Theil ist aber keine Nebensache (Pertinenzstück), sondern ein integrierendes Stück der Hauptsache, d. h. ein Bestandtheil der Natur nach, auf solche natürliche Theile bezieht

5) Ministerial-Blatt v. 1840, S. 48.

sich der §. 42 gar nicht; diese Stelle spricht buchstäblich von solchen einzelnen Sachen, und liegenden Gründen, welche dem Haupthof willkürlich zugeschlagen worden sind; denn es heißt:

„Eine Sache, welche zwar für sich selbst bestehen kann, die aber mit einer andern Sache in eine fortwährende Verbindung **gesetzt** worden, wird ein Zubehör oder Pertinenzstück derselben genannt.“

Der folgende §. 43 bestimmt den Gegensatz dahin:

„Unbewegliche Sachen, die mit einer andern unbeweglichen Sache durch die Natur verbunden sind, machen mit ihr nur Eine Substanz aus;“  
und daß ein Pertinenzstück mit einem Stücke der Substanz nicht von gleicher rechtlichen Eigenschaft ist, sagt der folgende §. 44 deutlich mit den Worten:

„Dagegen haben sowohl bewegliche als unbewegliche Sachen, die einem andern Ganzen durch die Handlung oder Bestimmung eines Menschen zugeschlagen werden, die Eigenschaft eines Pertinenzstücks.“

Gutsbestandtheil (Parzele) und Pertinenzstück sind mithin keineswegs gleichartig, was also von einem Pertinenz über die Abtretung in rechtlicher Hinsicht gilt, daß gilt darum noch nicht unbedingt von einem Theil der Substanz.

„Die Parzele ist durch den Uebereignungsvertrag und die Uebergabe jedenfalls in das Eigenthum des Parzellenbesizers übergegangen.“ —

So unzweifelhaft richtig dieser Satz ist, so wenig ist die weitere Behauptung:

die Verpfändung einer fremden Sache aber kann nur mit Einwilligung ihres Eigenthümers erfolgen,

S. 72, Tit. 20, Th. I, N. L. R.; und wenn diese Einwilligung mangelt, so haftet dem Gläubiger nur das dingliche Recht, welches dem Verpfänder auf die Sache zusteht, S. 74, das., eine Rechtswahrheit in dem Preussischen Hypothekenrecht. Das freilich ist keine Frage, daß wenn Jemand wissentlich eine fremde Sache ohne Willen des Eigenthümers als Pfand annimmt, er daran kein Pfandrecht erwerben kann. Davon ist jedoch auch nicht die Rede, die ministerielle Behauptung hat eine andere Beziehung. Sehen wir die Beweisstelle an. Die §§. 72 bis 74 sagen:

„Auch die Verpfändung fremder Sachen kann, unter Einwilligung ihres Eigenthümers, gültig geschehen. Sind fremde Sachen ohne diese Einwilligung zum Pfande gegeben worden: so kann der Eigenthümer dieselben zwar von dem Pfandinhaber zurückfordern; doch haftet dem Gläubiger auch alsdann das dingliche Recht, welches der Verpfänder auf die Sache hatte, zu seiner Sicherheit.“

Diese Bestimmungen werden von dem Minister auf einen Fall angewendet, für welchen sie nicht gegeben sind: sie beziehen sich ganz ausdrücklich nur auf das eigentliche Pfandrecht; von Hypotheken gelten ganz besondere und andere Bestimmungen, auf welche wir sogleich kommen werden, wenn wir noch die gemachte Nuganwendung angesehen haben. Es heißt nämlich weiter:

„Dieses Recht kann ein Hypothekengläubiger aber immer nur gegen das Hauptgut als ein diesem zustehendes Recht, nicht gegen den Parzellenbesitzer geltend machen.“

Dieses kann ich nicht übersetzen. Statt „Hypothekengläubiger“ muß man natürlich „Pfandinhaber“ lesen, denn von Hypothekengläubigern ist in dem Gesetze keine Rede. Der Fall, auf welchen sich die Bestimmung bezieht, ist dieser: Wenn Jemand ein Grundstück, welches er nicht zum Eigenthum besitzt, sondern woran er nur ein Pfandrecht, ein Nießbrauchrecht oder dergleichen dingliches Recht hat, verpfändet, d. h. an einen Andern in Pfandbesitz gibt, so kann der Pfandnehmer dem dritten Eigenthümer gegenüber nur ebendasselbe dingliche Recht behaupten, welches der Pfandgeber selbst hatte. Dieß ist die besondere Anwendung der Bestimmung. Wie nun „dieses dingliche Recht ein Pfandbesitzer (von einer Parzele nämlich, denn diese ist hier der Gegenstand) aber immer nur gegen das Hauptgut als ein diesem zustehendes Recht, nicht gegen den Parzellen-Besitzer geltend machen kann“, ist mir unverständlich. Soll eine Anwendung dieser Bestimmung auf die Hypothek gedacht werden, so könnte es, nach meinem einfältigen Verstande, nur so sein, daß dem Besitzer des Hauptguts ein dingliches Recht an der ihm nicht mehr gehörigen Parzele zustände, welches seinem Hypothekengläubiger verhaftet wäre; und alsdann könnte und müßte der Hypothekengläubiger dieses Recht doch immer nur gegen den Parzellen-Besitzer geltend machen. Doch diese Bestimmungen beziehen sich, wie gesagt, auf Hypothekenrechte durchaus nicht, von diesen ist an einer ganz andern Stelle die Rede. Nach den dafür geltenden besondern Bestimmungen ist es unerheblich, wer der wahre Eigenthümer des Grundstücks ist; es kommt bloß darauf an: wer als Besitzer im Hypothekenbuch eingetragen steht. Es heißt a. a. O.:

§. 404. In allen Fällen muß das Hauptrecht<sup>6)</sup> welches durch die Hypothek versichert werden soll, dem Berechtigten gegen denjenigen zustehen, welcher als vollständiger Besitzer der Sache in das Hypothekenbuch eingetragen ist.

§. 410. Jede, auf den Grund eines an sich rechtsgültigen Titels, gegen den eingetragenen Besitzer erfolgte Hypothekenbestellung, behält ihre Kraft, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht der wahre Eigenthümer gewesen sei (Tit. 10, §. 7 — 11).

Tit. 10, §. 7. Der in das Hypothekenbuch eingetragene Besitzer wird, in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen, als der Eigenthümer desselben angesehen.

§. 8. Wer mit einem solchen eingetragenen Besitzer in dergleichen Verhandlungen sich einläßt, dessen Befugnisse kann so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, anfechten.

§. 9. Vielmehr bleiben dem nicht eingetragenen Eigenthümer, wegen des ihm daraus entstehenden Nachtheils, seine Rechte zur Schadloshaltung nur gegen den eingetragenen Besitzer, nach gesetzlichen Bestimmungen, vorbehalten.

Hierin besteht die Wirkung des dem Hypothekenbuche beigelegten öffentlichen Glaubens, die nur durch die Unredlichkeit dessen, der sich darauf berufen will, gehor-

---

6) Das Forderungsrecht.

ben wird<sup>7)</sup>. Nach diesen deutlichen positiven Bestimmungen ist es unzweifelhafte Wahrheit: daß ein eingetragener Gutsbesitzer mit seinem Gute, welches er heute verkauft und übergibt, morgen, wo er nicht mehr Eigenthümer ist, noch eine gültige Hypothek bestellen kann, dergestalt, daß der neue Eigenthümer dieselbe bezahlen muß, wenn der Gläubiger die Veräußerung nicht gekannt hat; es ist ferner sonnenklar, daß die Anwendung, welche der Justiz-Minister von dem Satze:

„die Verpfändung einer fremden Sache kann nur mit Einwilligung ihres Eigenthümers erfolgen,“

auf Hypothekenrechte macht, den deutlichen Bestimmungen der Gesetze widerspricht und darum ganz unzulässig ist: es ist und bleibt wahr: daß Jemand, der als Besitzer im Hypothekenbuch eingetragen steht, mit dem Grundstück gültige Hypothekenrechte bestellen kann, wenn gleich er nicht mehr Eigenthümer ist. Nun fragt sich bloß: ob eine allgemeine Rechtswahrheit als solche gilt oder nicht gilt, je nachdem es sich um ein Ganzes oder einen Theil des Ganzen handelt, mit andern Worten: ob jener Rechtsatz gilt oder nicht gilt, wenn ein eingetragener Gutsbesitzer  $\frac{1}{8}$ ,  $\frac{3}{4}$ , oder die Hälfte oder  $\frac{1}{4}$  seines Guts verkauft und übergeben hat, und darauf eine Hypothek auf das Ganze bestellt und eintragen läßt? Diese Frage nehmen wir nachher wieder auf, wenn wir zuvor noch die übrigen für jene Theorie geltend gemachten Gründe widerlegt haben. In einer an-

7) §. 10, a. a. O.: „Weiß aber derjenige, welcher mit dem eingetragenen Besitzer über das Grundstück Verhandlungen schließt, daß derselbe nicht wahrer Eigenthümer sei, so kann er dadurch zum Nachtheil des Letztern, kein Recht erwerben.“

dem Verfügung des Justiz-Ministers vom 19. Oktober 1840<sup>8)</sup>) wird der Satz des §. 15, Tit. 20, Thl. I des N. L.-R.:

„Soweit Jemand über eine Sache zu verfügen fähig und berechtigt ist, soweit kann er auch damit durch Pfand oder Hypothek gültig Sicherheit bestellen,“

für die Behauptung ausgehoben, daß der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer mit den ihm nicht mehr gehörigen Gutstheilen eine Hypothek nicht bestellen könne, „indem Niemand einem Andern Rechte auf Sachen übertragen kann, worüber er zu disponiren kein Recht hat.“ Diese Behauptung wird durch die oben ausgehobenen positiven Bestimmungen widerlegt; der hier vorgeführte §. 15 enthält eine ganz allgemeine Regel, allgemeine Regeln aber gelten bekanntlich nur insoweit, als durch besondere Bestimmungen für gewisse Fälle und Verhältnisse nichts daran geändert ist. Die oben ausgehobenen Bestimmungen ändern nun in Beziehung auf die Hypotheken-Verfassung den allgemeinen Satz des §. 15 ganz positiv ab. — Ein fernerer Beweis für jene Behauptung soll in derselben Verfügung durch den Schluß geführt werden: „Wenn das Gut nach der Veräußerung einzelner Parzellen verkauft wird, so kauft unzweifelhaft der Käufer die bereits früher veräußerten Parzellen nicht mit, und er erlangt daran kein Eigenthum. Es würde aber ein offener Widerspruch sein, wenn man annehmen wollte, daß der Käufer des Guts die nie von ihm besessenen und nie von

8) Justizminist. Bl. von 1840, S. 352.

ihm in Anspruch genommenen Parzellen ausdrücklich oder stillschweigend mit verpfänden könnte, und daß der Begriff des Guts für den Käufer ein Anderer sei, als für die Gläubiger.“ Das ist ein Fehlschluß, und auch ein nicht richtig construirter Schluß. Der Vordersatz, daß ein solcher Käufer nicht Eigenthümer der abgetrennten Theile wird, ist richtig, aber zum Beweise, daß daraus der behauptete Widerspruch folge, fehlt der Mittelsatz: daß das Eigenthumsrecht gerade auf dieselbe Weise in Folge eines Kaufs erworben wird wie ein Hypothekenrecht. Das könnte man sich denken, es ist aber unwahr. Das Eigenthum wird in Folge Kaufs durch die Uebergabe erworben; was vom Gute abgetrennt und im Besitz Dritter ist, kann dem Käufer nicht mit übergeben werden<sup>9)</sup>, folglich wird er davon nicht Eigenthümer. Hypothekenrechte dagegen werden durch die bloße Einschreibung in das Buch erworben: es kommt hier lediglich auf die Form, auf die formelle Erwerbungsart an. Dabei ist gar kein Widerspruch.

Diesen unhaltbaren oder unkräftigen Gründen sind in der neuesten Verfügung über dieselbe Frage, vom 14. Mai 1844<sup>10)</sup>, noch neue hinzugefügt. Es heißt:

„das Allg. Landrecht verordnet im §. 443 Tit. 20, Thl. I:

„ „das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich auf das ganze Grundstück und alle zur Zeit der Eintragung dabei befindliche Pertinenzstücke,“ “

9) A. L. = R. Th. 1, Tit. 2, §. 107 verbunden mit Tit. 7, §. 54.

10) Justizminist. Bl. S. 113.

und spricht damit den Grundsatz aus, daß das Hypothekenrecht sich nicht auf Pertinenzstücke erstreckt, die sich zur Zeit der Eintragung nicht mehr bei dem Hauptgute befunden haben.

Die Eigenschaft eines Pertinenzstücks wird durch fortwährende Verbindung einer Sache, welche für sich bestehen kann, mit einer andern Sache begründet. §. 42, Tit. 2, Th. I des Allg. Landrechts. Wird diese fortwährende Verbindung aufgehoben, so löst sich jene Eigenschaft auf und darum verordnet der §. 108 a. a. O. ausdrücklich:

Was sonst seiner Natur nach ein Pertinenzstück ist, hat diese Eigenschaft nicht, sobald es einem Andern, als dem Eigenthümer der Hauptsache gehört.

Durch die Uebertragung des Eigenthums einer Parzele an einen Andern hört daher die frühere Pertinenz-Eigenschaft auf.“

Dies ist nur eine Wiederholung des bereits Gesagten; die Gründe sind sachgemäß, wenn es sich um Dinge handelt, von welchen darin geredet wird; aber die Frage hat einen ganz andern Gegenstand: nicht von Pertinenz-Stücken ist die Rede, sondern von Antheilen oder Bestandtheilen der Sache selbst. Deshalb ist der, jener Ausführung angehängte Schlusssatz:

„und der später auf dem Hauptgute eingetragene Hypothekengläubiger kann durch diese Eintragung keine Art des dinglichen Rechts auf ein Grundstück erwerben, welches schon vor der Eintragung aufgehört hatte, ein Pertinenz-Stück des Hauptguts zu sein,“

nicht zutreffend, wenn von etwas Anderem als von  
Schles. Archiv Bd. V. S. 2.

einem Pertinenz-Stücke gesprochen wird. Die ganze Ausführung beruhet auf der unwahren Vorstellung oder Voraussetzung: ein Grundstück bestehe aus lauter Pertinenz-Stücken, welches soviel ist, als: mehrere Nebensachen machen zusammen eine Hauptsache, oder mehrere Nullen machen zusammen eine Eins, und umgekehrt: eine Hauptsache gibt, in einzelne Stücke zerlegt, lauter Nebensachen, oder ein Ganzes (eine Eins) verwandelt sich durch die Theilung in lauter Nullen.

Dieselbe Verfügung argumentirt zuletzt noch:

„Stände die verkaufte Parzele auf dem Titelblatte des Ritterguts als ein Pertinenz verzeichnet, so könnte man sagen, der eingetragene Eigenthümer des Ritterguts habe die Parzele, welche er bei der Verpfändung des Ritterguts nicht ausdrücklich ausgenommen hat, zugleich mit verpfändet, und der Hypothekengläubiger habe, dem Glauben des Hypothekenbuchs folgend, ein Hypothekenrecht auf diese Parzele erworben. Wenn aber die Parzele in ihrem ganzen ehemaligen Umfange nicht als ein Pertinenzstück auf dem Titelblatte des Ritterguts verzeichnet stand, so ist nicht abzusehen: wie man behaupten kann, der Rittergutsbesitzer habe durch eine Verpfändung seines Ritterguts zugleich ein Grundstück verpfändet, welches durch seine eigene Handlung davon bereits getrennt war und einem Andern gehörte, also unredlich gehandelt! und wie ein Hypothekengläubiger aus dem Hypothekenbuche habe ersehen können, daß die verkaufte Parzele ein Pertinenzstück des Ritterguts zu der Zeit gewesen, als die Eintragung seiner Hypothek erfolgte, wo-

rauf denn also sein Glaube an die Richtigkeit des Hypothekenbuches beruhen soll.“

Was das Ausrufungszeichen bei der unredlichen Handlung des Hypothekenbestellers betrifft, so weiß Jeder, daß auf diese Unredlichkeit nichts ankommt, weil nach §. 410, Tit. 20, Thl. I des N. E. = R. auch Einer, der nicht Eigenthümer ist und solches sehr wol weiß, eine gültige Hypothek bestellen kann: der Glaube des Hypothekenbuches bringt es mit sich, daß ein Schelm mehr geben kann als er hat. Was aber die Frage: worauf denn der Glaube des Hypothekennehmers an die Richtigkeit des Hypothekenbuches beruhe, angeht; so ist darauf zu antworten: dieser Glaube beruhet auf dem Unterschiede zwischen Gutstheilen und Pertinenzstücken. Daß ein auf dem Titelblatte des Hypothekenbuches vermerktes ganzes Rittergut noch ganz sei, wenn nicht dabei vermerkt steht, daß ein Viertel oder ein Drittel oder mehr oder weniger davon abgerissen worden, das muß sich jeder vernünftige Mensch ganz natürlich denken; daß aber auch unbewegliche Pertinenzstücke dabei sind, darf er, wenn er auf Logik Anspruch macht, nicht denken, falls es nicht auf dem Titelblatte steht. Der Gedanke, daß ein Substanztheil zugleich als ein Pertinenzstück derselben Sache auf dem Titelblatte vermerkt werden könnte, ist zwar scharfsinnig aber nicht juristisch, ein Jurist wird die Flügel einer Windmühle niemals für Pertinenzstücke derselben, im juristischen Sinne, halten.

Diesen Unterschied hat schon das Kuratorium der Preussischen Renten-Versicherungs-Anstalt vorgestellt; der Justiz-Minister hat jedoch auf die Vorstellung den Bescheid gegeben: dieser Unterschied zwischen Pertinenz-

Stücken und Theilen der Substanz sei nicht gerechtfertigt<sup>11)</sup>. Die dafür angegebenen Gründe überzeugen sicher keinen Rechtsverständigen. Zuvörderst heißt es:

Die Hypotheken-Ordnung behandelt Pertinenzien und Theile einer Substanz, welche aus einem Komplexus mehrerer Grundstücke besteht ganz gleich, indem beide auf dem Titelblatte nicht nahmhast gemacht werden, so daß sich aus dem Hypothekenbuche ebensowenig die Pertinenzien im engeren Sinne des Wortes, als die zu einem Gute gehörigen einzelnen Grundstücke ergeben (§§. 33 und 34 Tit. I der Hypotheken-Ordnung)<sup>12)</sup>.

Daß die Substanz eines Guts immer aus einem Komplexus (Zubegriffe) von einzelnen Grundstücken bestehe, ist mir nicht bekannt, ich weiß nur, daß ein Gut als Ganzes ein Zubegriff von verschiedenen, für den Zweck des Landbaues *rc.* zusammengebrachten, Sachen ist. Zufällig kann es kommen, daß auch verschiedene Grundstücke dazu gehören, aber für den Begriff der Substanz ist es nicht nothwendig: diese kann aus einem einzigen Grundstück bestehen. Daß solches physisch theilbar ist, macht es nicht zu einem Zubegriff mehrerer Grundstücke. Aus einem großen Brette lassen sich viele Bretter und Brettchen machen, allein deswegen erklärt Niemand das große Brett für einen Komplexus mehrerer Bretter. Was die Hypothekenordnung angeht, so ist zur Rechtfertigung der behaupteten Meinung kein Gesetz weniger geeignet als diese Hypothekenordnung vom Jahre 1783. Diese setzt geschlossene Güter voraus, und betrachtet jedes Gut als ein

---

11) Verf. vom 19. Oktober 1840. Minist.-Blatt S. 352.

Individuum, welches mit einem Eigennamen, der bei kleinen Gütern meistens durch eine besondere Nummer ersetzt ist, bezeichnet wird. Dabei ist es genügend, wenn das Titelblatt diesen Namen und die rechtliche Eigenschaft angibt; auf die Aufzählung der physischen Eigenschaften (Umfang, Größe, Arten und Zahl der Stücke und dergl.) kommt dabei nichts an, und in der That ist in der Hypothekenordnung davon auch gar nicht Rede. Darum schreibt dieselbe in den hierher gezogenen §§. 33 und 34 auch ganz richtig und passend vor, daß nur der Name, die Qualität (ob es ein Rittergut oder ein anderes Gut, ein freies oder ein dienstbares, ein Lehn oder Erbe sei und dergl.) und die Kennzeichen, auf dem Titelblatte zu vermerken, daß dagegen die Pertinenzien und Gerechtigkeiten, die dazu gehören, nicht vermerkt zu werden brauchen, wenn selbige nicht etwa unter einer andern Gerichtsbarkeit belegen sind und ein besonderes Folium haben. Hieraus ist nicht zu ersehen, daß die Hypotheken-Ordnung die Pertinenzien und die Substanzbestandtheile ganz gleich behandelte; die letztern werden eigentlich gar nicht behandelt, denn es geschieht ihrer nicht einmal Erwähnung, wol aber wird der Pertinenzien hier gedacht, in wiefern sie ausdrücklich auf dem Titelblatte vermerkt werden müssen oder nicht, und weiterhin, §§. 36 bis 38, wird bestimmt, wie es zu halten, wenn ein Pertinenzstück abgetrennt wird; über Gutsantheile oder Bestandtheile der Substanz ist tiefes Schweigen. Das hat aber seinen guten Grund. Man erinnere sich, daß nach damaliger Verfassung nur Pertinenzstücke an sich zertrennlich und veräußerlich waren. Von dieser willkürlichen Abtrennung und Veräußerung der Gutspertinenzien ist die Zerschlagung und stückweise

Veräußerung des Hauptguts oder der Radikalien, die sogenannte Total-Dismembration, ganz verschieden<sup>12)</sup>. Diese Zerstückelung und Veräußerung der Bestandtheile eines Guts war, wie in vielen Ländern, auch in den Provinzen des Preussischen Staats in der Regel verboten<sup>13)</sup>; und mithin, wenn sie ohne besondere Genehmigung geschehen, ungültig. Deshalb fehlt in der Hypothekenordnung überhaupt jede Bestimmung für den Fall der Abtrennung eines Gutsbestandtheils, da er nicht vorkommen konnte. In Schlessen ist sie zuerst durch das Gesetz vom 11. März 1787, betitelt: Deflation, wie es in Ansehung der Veräußerung adlicher Vorwerksgründe und anderer adlichen Guts-Pertinenzien, an Bauern und gemeine Leute in Schlessen und der Graffschaft zu halten<sup>14)</sup>, unter bestimmten Bedingungen und Modalitäten allgemein erlaubt worden. Dieses Gesetz, welches 4 Jahre jünger als die Hypothekenordnung ist, unterscheidet ausdrücklich die Bestandtheile des Hauptguts unter der Benennung „Vorwerks-Necker“ von den Pertinenzstücken und bestimmt, „daß es fernerhin Niemanden verwehrt und verboten, sondern vielmehr freigelassen und gestattet werden soll, die zu ihren Gütern gehörigen Vorwerks-Necker und andere Gründe und Pertinenzstücke — zu veräußern“, und weiter: „damit durch diese Verstattung — auch durch dergleichen Ueberlassungen adelicher Vorwerks-Gründe und Güter-Pertinenzien an Personen bäuerlichen Standes“ u. s. w. Dergleichen

12) Vergl. Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 286.

13) Verschiedene Landesgesetze hierüber sind nachgewiesen in Fischer's Kammeral- und Polizeirecht, Bd. II, §§. 891 u. fg.

14) Neue Schles. Edikten-Sammlung, Bd. I, S. 141.

Veräußerung, sollte jedoch immer ohne Verminderung des Werths geschehen, indem dabei an wüste Flächen, Brüchen, Heiden und ähnliche Gründe gedacht wurde, und der s. VII schreibt vor: „Damit aber durch dergleichen Veräußerung die bisherige Einträglichkeit des Ritterguts wenigstens nicht gemindert, noch solches an seinem bisherigen Werth herabgewürdigt werde: so muß schlechterdings darauf gesehen werden, daß der bisherige Nutzungsertrag der zu veräußernden Dominialgründe durch anderweitige, von dem Acquirenten derselben zu prästirende, proportionirliche Abgaben an Dienstgeld, Grund- oder Getreide- und andere Naturalienzinsen und Einnahmen, für den Gutsbesitzer gesichert bleibe.“ Durch eine derartige Abtrennung konnte das Publikum, welches sich auf den Glauben des Hypothekenbuchs verließ, durchaus nicht gefährdet werden, und darum bedurfte es bei der Redaktion des spätern Landrechts keiner Aenderung der Hypotheken-Versaffung hinsichtlich der Veräußerung von Gutstheilen.

— Darum beweiset das Allg. Landrecht, auf welches die Verfügung vom 19. Oktober 1840 zur Rechtfertigung der Behauptung: daß ein Unterschied zwischen Pertinenzstücken und Theilen der Substanz nach dem geltenden Rechte nicht zu gestatten sei, ferner Bezug nimmt, solches durchaus nicht; ganz im Gegentheil: dieser Unterschied wird deutlich angenommen oder vorausgesetzt. Der hierher gezogene s. 443, Tit. 20, Thl. I des N. L. lautet:

„Das dingliche Recht des Hypothekengläubigers erstreckt sich auf das ganze Grundstück und alle zur Zeit der Eintragung dabei befindlichen Pertinenzstücke.“

Das auf dem Titelblatte vermerkte Grundstück haftet immer ganz, die einzelnen Theile mögen sein in wessen Besiß sie wollen, wenn sie nicht abgeschrieben sind, weil sonst Niemand sehen kann, daß das Grundstück nicht mehr ganz ist; es heißt nicht, wie es — wenn es anders sein sollte, heißen müßte: das dingliche Recht des Gläubigers erstreckt sich auf die Gutsbestandtheile, welche zur Zeit der Eintragung noch bei dem Gute befindlich. Anders mit den Pertinenzstücken, welche nicht auf dem Titelblatte vermerkt sind.

Weder also die Hypothekenordnung, noch das Allg. Landrecht geben für die Verwerfung des rechtlichen Unterschiedes zwischen Theilen der Substanz und Pertinenzstücken den entferntesten Grund; vielmehr ist in Beiden dieser Unterschied deutlich zu erkennen. Hierzu kommt nun ein direkter Beweis gegen die ministerielle Behauptung. Das bekannte Edikt vom 9. October 1807, betreffend den erleichterten Besiß und den freien Gebrauch des Grundeigenthums, wodurch die Zerstückelung oder Total-Dismembration der Grundstücke und Güter aller Art, unter Vorbehalt der Privatrechte, von Staats wegen freigegeben wurde, gestattet im §. IV die Trennung der Radikalien und Pertinenzien, und verfügt im §. V: „Jeder Grund-Eigenthümer — ist ohne alle Einschränkung — befugt, nicht bloß einzelne Bauerhufe, Krüge, Mühlen und andere Pertinenzien, sondern **auch** das Vorwerksland, ganz oder zum Theil, und in beliebige Theile zu vererbpachten“ u. s. w. Hieraus erhellet, daß die Gesetzgebung den vorhandenen rechtlichen Unterschied kennt; sie bezeugt selbst, daß er nach dem geltenden Rechte da ist, indem sie verordnet, daß fortan nicht mehr bloß, wie bisher, die Pertinenz-

stücke abgetrennt, sondern auch die Substanz der Güter beliebig zerstückelt und Theile davon abgetrennt werden dürfen. Dieß ist entscheidend, wenn davon die Frage ist: ob die Hypothekenordnung und die landrechtliche Gesetzgebung den in Rede stehenden Unterschied kennt und voraussetzt. Ist dieses nun, wie nach den Worten des Gesetzgebers klar ist, wenn man auch die Verfassung und Geschichte ignoriren will, in der That der Fall; so ist die besprochene ministerielle Auslegung der Hypotheken-Ordnung und des Landrechts unzulässig und unannehmbar.

Aber selbst für diesen Fall wird die Theorie, welche wir hier als falsch aufheben, mit einem selbstständigen Grunde aufrecht zu erhalten gesucht, indem man in der Verfügung vom 19. October 1840 weiter behauptet, daß, selbst den in Rede stehenden Unterschied zugestanden, doch, was von Pertinenzstücken gelte, um so mehr von den Theilen der Substanz gelten müsse; und diese Behauptung wird, wie folgt, erwiesen:

„Der Gläubiger, welchem ein Gut verpfändet wird, kann nur die Bestandtheile in Anspruch nehmen, aus denen es zur Zeit des erworbenen Pfandrechts (der Eintragung im Hypothekenbuch) wirklich besteht (§§. 21 und 443 a. a. O.). Hat er keine Rechte auf vormalige Pertinenzstücke, die veräußert, wenn auch noch nicht abgeschrieben sind, so muß er auch Theile der Substanz außer Anspruch lassen, die zur Zeit der Eintragung nicht mehr einen Theil der ihm verpfändeten Substanz ausmachen, sondern rechtsgültig in das Eigenthum eines Dritten übergegangen sind.“

Es werden also für die Behauptung: daß nur die zur Zeit der Eintragung der Hypothek bei dem Gute factisch noch vorhandenen Bestandtheile haften, obwohl gar nichts abgeschrieben worden ist, zwei Beweise: ein directer und ein indirecter, beigebracht. Der directe Beweis soll in den allegirten §§. 21 und 443 a. a. D. zu finden sein. Der §. 21 lautet:

„Mit der Sache selbst sind in der Regel auch deren Pertinenzstücke für verpfändet zu achten.“

Dem verehrten Leser bleibt anheimgestellt, den gesuchten Beweis herauszufinden; ich finde davon keine Spur, an welche ich eine Betrachtung knüpfen könnte; ich sehe hier bloß eine Anwendung der bekannten Regel: daß jede Verfügung über die Hauptsache sich von selbst auch auf die Pertinenzen erstreckt, wenn nicht das Gegentheil ausgesprochen wird; aber die nämliche Regel umgekehrt ist der Rechtswissenschaft nicht bekannt. Der zweite §. 443 ist kurz vorhin ausgehoben und erklärt; er bestimmt nach unserer Auslegung das Gegentheil. — Der indirecte Beweis wird durch den Schluß geführt; hat der Gläubiger kein Recht auf ein abgetrenntes Pertinenzstück, so hat er auch kein Recht auf einen abgetrennten, wengleich nicht abgeschriebenen, Bestandtheil. Das ist pure Glaubenssache; einen Beweis enthalten diese Worte nicht, denn der Schluß ist falsch, wie von selbst erhellet.

Wäre dieser Satz eine Rechtswahrheit, so müßte mit Hilfe des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs von Rechtswegen der Fall eintreten können, von welchem wir zu Anfang dieser Betrachtung ausgegangen sind. Unzweifelhaftes Recht ist es, daß Jemand mit dem Grundstück, als dessen Besitzer er im Hypotheken-

buch eingetragen steht, eine gültige Hypothek bestellen kann, wengleich ein Dritter der Eigenthümer davon ist. Dieses bestimmt der §. 410 a. a. O. mit den ausdrücklichen Worten:

„Jede, auf den Grund eines an sich rechtsgültigen Titels, gegen den eingetragenen Besitzer erfolgte Hypothekenbestellung, behält ihre Kraft, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht der wahre Eigenthümer gewesen sei.“

Hiergegen ist die Meinung geäußert worden, zur Rechtsgültigkeit des Titels sei erforderlich, daß das zur Hypothek eingesetzte Grundstück sich in dem Eigenthum des Schuldners befinde. Die völlige Grundlosigkeit dieser Meinung hat schon das Geheime Obertribunal klar nachgewiesen. „Dadurch, sagt dasselbe<sup>15)</sup>, würde die Vorschrift des §. 410 sich in einen Widerspruch auflösen; denn würde schon die Rechtsgültigkeit des Titels von dem Eigenthum des Schuldners an dem Grundstück abhängen, so könnte nicht verordnet sein, daß, bei vorwaltender Rechtsgültigkeit des Titels, der Umstand, daß der eingetragene Besitzer nicht Eigenthümer sei, der Gültigkeit der Hypothek keinen Eintrag thue. Es hat aber der Titel der Hypothekenbestellung mit dem Gegenstande der Hypothek nichts gemein. — Dieser kommt erst zur Sprache, wenn zu dem Titel — sich die Erwerbungsart vermöge der Eintragung gesellt; und daß es sodann nicht darauf ankommt, ob das Grundstück, worauf die Eintragung geschehen soll, sich in dem Eigenthum des Schuldners befinde, sondern darauf, daß

15) Entscheidungen, Bd. II, S. 51.

der Besitztitel des Grundstücks auf den Namen des Schuldners berichtigt sei, lehrt der §. 404, wörtlich lautend:

„In allen Fällen muß das Hauptrecht, welches durch die Hypothek versichert werden soll, dem Berechtigten gegen denjenigen zustehen, welcher als vollständiger Besitzer der Sache in das Hypothekenbuch eingetragen ist.“

In dem innigsten Zusammenhange mit dieser Vorschrift ist nun jener §. 410, wonach die auf Grund eines rechtsgültigen Titels gegen den eingetragenen Besitzer erfolgte Hypothekenbestellung ihre Kraft behalten soll, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht der wahre Eigenthümer sei.“

Hier kommen wir auf die vorhin einstweilen bei Seite gelassene Frage zurück: ob dieser unzweifelhafte Rechtsatz aufhört, eine Rechtswahrheit zu sein, wenn der eingetragene Besitzer, der mit dem ganzen Gute Hypothek bestellt hat, nicht wahrer Eigenthümer eines Theiles davon ist. Der Justizminister behauptet dieß. Gesezt die Richtigkeit, so müßte der Rechtsatz lauten: Jede gegen den eingetragenen Besitzer erfolgte Eintragung behält ihre Kraft, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht der wahre Eigenthümer auch nur eines Theils vom Ganzen war; ist aber nur ein Theil in dem Eigenthum eines Dritten, so hat die Hypothek gegen diesen, in Beziehung auf dessen Theil, keine Kraft. Hiernach könnte der eingetragene Besitzer ein Viertel, die Hälfte, drei Viertel oder einen noch größern Antheil veräußern, dann eine Hypothek auf das Ganze aufnehmen; diese würde dann gegen den wahren Eigenthümer der veräußerten drei Viertel oder sieben Achtel

keine Kraft haben, obwol der Hypothekenbesteller der eingetragene Besitzer des ganzen Guts ist. Weiter: Er könnte sein Gut in beliebigen Stücken an eine beliebige Anzahl Abnehmer veräußern und dasselbe Kunststück mit Erfolg machen, wenn er nur die Vorsicht hätte, eine Kleinigkeit von einem oder einigen Quadratfuß zu behalten; denn alsdann hätte er noch das Eigenthum eines Theils. Noch mehr. Wenn er nach der Eintragung der auf das Ganze aufgenommenen Hypothek auch das zurückbehaltene Theilchen veräußerte und darauf eine neue Hypothek auf das Ganze eintragen ließe: so träte das Wunder ein, daß diese zweite Hypothek Kraft gegen alle Parzellen-Besitzer hätte, weil der eingetragene Besitzer nun gar nicht der wahre Eigenthümer auch nur zum kleinsten Theil war. Oder soll es einen juristischen Unterschied machen: ob ein einzelner Dritter oder Zwanzig die wahren Eigenthümer des von dem eingetragenen Besitzer zur Hypothek eingesetzten Grundstücks sind? Noch könnte von der andern Seite behauptet werden: in dieser Ausdehnung sei ihr Satz nicht gemeint, man habe bloß einzelne Parzellen vor Augen. Wohl. Wieviel können Das sein, und wie groß können sie sein, um unangreifbar zu bleiben? Wo ist die Grenze? Alles, was sich hierauf sagen ließe, wäre willkürlich. Das juristisch allein wahre ist und bleibt, daß vermöge der Hypothekenverfassung jeder Bestandtheil des von dem eingetragenen Besitzer belasteten Grundstücks dem Hypothekengläubiger haftet, wenn sich auch in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht mehr Eigenthümer eines oder des andern Bestandtheils war; und zwar aus dem Grunde: weil der eingetragene Besitzer des Guts zur Zeit der

Hypothekenbestellung eingetragener Besitzer auch der veräußerten aber nicht abgeschriebenen Bestandtheile war. So lange die Abschreibung nicht geschehen und auch keine Protestation für den neuen Erwerber eingetragen ist, bleibt der eingetragene Besitzer des Ganzen auch eingetragener Besitzer der im Eigenthum eines Dritten befindlichen früheren Guts- theile, folglich kann er, nach §. 410 cit., auch diese nun in fremdem Eigenthum befindliche Stücke gültig mit Hypotheken belasten. Bemerkenswerth ist es, daß der Justizminister dieses nicht gelten lassen will und dennoch darauf dringt, daß von Amtswegen, sobald wie möglich, eine Protestation für den Parzellen- Käufer eingetragen werde, „um allen Verwickelungen vorzu- beugen, welche durch die Eintragung neuer Hypothe- kenrechte und anderer Realberechtigungen herbeigeführt werden würden, wenn diese Eintragung vor der wirk- lichen Abschreibung der veräußerten Gutsparzellen auf dem Hypothekenfolium jenes Guts erfolgte“<sup>16)</sup>. Diese Besorgniß kann nach der Rechtsansicht des Justizmini- sters nicht begründet sein, vielmehr erscheint darnach die anbefohlene Operation als eine ganz unnöthige Schreiberei und Kostenmachung.

Ein entscheidendes Gewicht für die ministerielle Rechtsansicht wird zuletzt auf das Edikt vom 9. Octo- ber 1807 gelegt. In der Verfügung vom 19. October 1840 heißt es:

„Der Unterschied zwischen Pertinenzien und Guts- bestandtheilen oder Theilen der Substanz hatte eine

16) Verf. v. 2. Juni 1834 und v. 8. Februar 1831. (Jahrbüch. Bd. XLIII, S. 595 und 108.)

Bedeutung, so lange die Landgüter geschlossene Güter waren, deren Parzellirung ohne eine ausdrückliche Genehmigung ungültig war. Seitdem aber durch das Edikt vom 9. October 1807 die Trennung der Gutsbestandtheile (Radikalien, wie das Edikt ausspricht) nur unter Vorbehalt der Rechte der darauf bereits haftenden Realgläubiger gestattet worden, hat jeder Unterschied zwischen Pertinenzien und Gutsbestandtheilen aufgehört.“

Nicht ganz. Das Edikt spricht nicht von dem Vorbehalt der Rechte der darauf **bereits** haftenden Realgläubiger, sondern die Stelle lautet wörtlich wie folgt:

§. IV. Die Besitzer an sich veräußerlicher städtischer und ländlicher Grundstücke und Güter aller Art, sind nach erfolgter Anzeige bei der Landespolizei-Behörde, unter Vorbehalt der Rechte der Realgläubiger und der Vorkaufsberechtigten (§. III) zur Trennung der Radikalien und Pertinenzien, sowie überhaupt zur theilweisen Veräußerung, also auch die Miteigenthümer zur Theilung derselben unter sich, berechtigt.“

Nach dem Wortlaut sind die Rechte der Realgläubiger überhaupt vorbehalten, ohne Unterschied: ob diese Rechte bereits erworben waren, oder erst noch erworben werden würden; und dieß ganz sachgemäß. Denn das Entscheidende hierbei ist, daß diese Bestimmung das Privatrecht nicht berührt, sondern einen Verfassungs- oder Staatsrechts-Satz abändert, indem es die bis dahin verfassungsmäßig verbotene gänzliche Verschlagung der Güter gestattet, doch, wie sich schon ohnehin verstand, noch mit der vorsichtigen Klausel, daß Privat-

rechte dabei unverändert blieben. Nicht das Mindeste ist hierdurch in der bestehenden Hypotheken = Verfassung und in dem dadurch bedingten Privatrechts = Zustande abgeändert worden, noch hat man dabei daran gedacht, daß dadurch hierin etwas abgeändert werden sollte oder könnte.

Hiernach bleibt es wahr:

- 1) daß die Bestandtheile oder die Theile der Substanz nicht Pertinenzstücke desselben Guts sind;
- 2) daß der Unterschied zwischen Gutsbestandtheilen und Pertinenzstücken noch jetzt privatrechtliche Bedeutung hat; und
- 3) daß insbesondere der eingetragene Besitzer eines Grundstückes dadurch, daß er mit dem ganzen Grundstück Hypothek bestellt, die bereits veräußerten aber noch nicht abgeschriebenen Bestandtheile, rechtsgültig mit verpfändet.

Aber es ist auch wahr, daß die bestehende alte Hypotheken = Verfassung zu dem gesammten heutigen Rechts = zustande nicht paßt und deßhalb je eher je lieber darnach modificirt werden muß. Nicht allein Dieses, sondern es müssen auch, da die Hypotheken = Verfassung mit dem materialen Recht in vielen Beziehungen eng verschmolzen ist, viele materiale Rechtsätze abgeändert oder gestrichen werden. Was bisher von der Gesetzrevision zu Gesichte gekommen, ist auf diese nothwendige Veränderung der Hypotheken = Verfassung überhaupt nicht bedacht gewesen, folglich hat auch den weiter = zweigten feinen Fäden derselben keine Berücksichtigung zu Theil werden können. Diese Aenderung der Hypotheken = Verfassung und Gesetzgebung ist nicht etwa, wie man glauben könnte, dazu nöthig, um die Parzellen = Er =

werber in ihrem Eigenthum zu schützen und gegen betrüglische Verpfändungen ihrer Grundstücke von Seiten des Hauptguts-Besizers, vor der Abschreibung, zu sichern; denn dergleichen Grundstück-Erwerber haben es, auch nach der bestehenden Einrichtung, vollständig in ihrer Gewalt, sich zu sichern, indem dazu nichts weiter nöthig ist, als ihre Erwerbungsurkunde sogleich bei der Hypotheken-Behörde einzureichen oder, was noch sicherer ist, von der Hypotheken-Behörde selbst aufnehmen zu lassen und die Eintragung einer Protestation zu bewirken, daher auch zur Sicherung der Parzelenkäufer die Theorie und Auslegung, die wir hier bekämpft haben, durchaus nicht als nothwendig geboten ist. Vielmehr ist es die eingetretene Befreiung des Grundbesitzes von seinen alten Fesseln und die dadurch verursachte Beweglichkeit desselben, sowie die Nothwendigkeit, den Verkehr durch Abwerfung der veralteten Form zu erleichtern und durch Annahme einer für die jetzigen Verhältnisse passenden Form zu sichern, wodurch die Umformung der noch bestehenden Hypotheken-Einrichtung geboten wird.

## No. 26.

### Subhastation. Res litigiosa.

Eine Sache wird allein dadurch, daß sie zur nothwendigen Subhastation gestellt wird, nicht zu einer res litigiosa; und der §. 48, Tit. 7, Th. I der Allgem. Gerichtsordnung findet darauf keine Anwendung.

(Rechtsfall.)

Ein Grundstück war sub hasta gestellt, und während des Vietungstermins hatte Einer der Mitbesitzer, in deren Namen der öffentliche Verkauf geschah, von dem Grundstück unter der Hand mehrere dabei befindliche bewegliche Zubehörungen weggeschafft und sich angeeignet. Der nachherige Adjudikatar forderte dafür Ersatz von ihm; der erste Richter, das Fürstenthums-Gericht zu Meisse, nahm die Klage als eine Kaufsklage wegen unvollständiger Uebergabe an, und sprach dem Kläger den geforderten Ersatz zu, weil der Verkäufer schuldig sei, die verkaufte Sache in eben demselben Zustande zu übergeben, in welchem sie zum Verkaufe aus-geboten worden.

Der Beklagte appellirte. Die Entscheidung wurde bestätigt, aber die Gründe fanden bei dem Appellationsrichter (dem Zweiten Senate des Oberlandesgerichts zu Ratibor) keinen Beifall. Dieser meinte, das sub hasta gestellte Grundstück hätte aus dem Grunde in seinem Zustande gelassen werden müssen, weil es durch die Subhastation eine res litigiosa geworden. N. G.-D. Th. I, Tit. 7, §. 48. Von welcher Art das Klagerrecht sei, mittelst welchem der Adjudikatar an den Beklagten kommen konnte, darüber sprach man sich nicht aus.

Der Beklagte legte die Nichtigkeitsbeschwerde ein; diese wurde jedoch durch das Erkenntniß des Königl. Geheimen Ober-Tribunals, vom 3. März 1844, als unbegründet verworfen, dabei indeß die aus der Lehre von der Litigiosität einer Sache hergenommenen Entscheidungsgründe reprobirt. Die

Gründe

lauten wie folgt:

Der Appellations-Richter hat den Verklagten zur Bezahlung des Werthes der Thüren, Oefen und übrigen Sachen, die derselbe von dem sub hasta stehenden Kretscham Nr. 19 zu Beigwitz am Tage des Cicitations-Termins vor dem Abschlusse der Vietungs-Verhandlung weggeräumt hat, verurtheilt und den Kläger als Adjudikatar zur Verfolgung dieses Anspruchs für legitimirt erachtet, indem er zunächst bemerkt, diese Fortschaffung sei eine unerlaubte Handlung, weil der Kretscham durch die Einleitung der Subhastation eine *res litigiosa* geworden und weil Verklagter nach den Aussagen der Zeugen die Sache weggeschafft habe, um sich damit zu bereichern, also aus Vorsatz, dem Kläger Schaden zuzufügen, wie er denn namentlich dabei gegen Th. geäußert habe: „man wisse nicht, wie es kommen könne, man müsse noch etwas bei Seite schaffen.“ Hätte, führt der Richter dann fort, ein Dritter die Sachen weggeschafft, so würde sich die Sache anders stellen, da der Kläger erst durch den Zuschlag Eigenthümer der Sache geworden sein würde. Aber der Verklagte sei einer von denjenigen, die den öffentlichen Verkauf selbst ausgebracht hätten, — er hätte daher an der Sache, als *res litigiosa*, keine dem Ersteher nachtheilige Veränderungen vornehmen dürfen. §. 48, Tit. 7, der Pr.-Ord. Kläger habe verlangen können, daß der Kretscham in *Statu quo* geblieben, weil er gesetzlich hätte erwarten dürfen, daß die Sache sich in dem Zustande befinde, welcher bei einer jeden Sache derselben Art gewöhnlich vorausgesetzt werde, §. 193, N. C.-N. I. 11. Dieses Recht habe der Verklagte durch seine widerrechtlichen Handlungen nicht vereiteln und sich nicht mit dem Schaden des Klägers bereichern dürfen.

Nach der Nichtigkeits-Beschwerde soll nun der Appellations-Richter bei dieser Urteilsbegründung Rechts-Grundsätze verletzt haben, und zwar:

- 1) den Rechts-Grundsatz, eine dem Verklagten resp. den R-schen Erben erlaubte Handlung für eine unerlaubte — *factum illicitum* — anzunehmen.

Dieser Satz kann jedoch für eine Rechtsregel, für eine allgemein gültige Norm, wornach auch andere gleiche Fälle entschieden werden könnten, durchaus nicht anerkannt werden, und somit würde diese Beschwerde hinwegfallen. Der Implorant fügt zwar eine weitere Deduction hinzu, in welcher allerdings auch Rechts-Principien vorkommen — er führt darin aus, eine vom Mit-Eigenthümer zum Zweck der Auseinandersetzung ausgebrachte Subhastation sei ihrem Wesen nach nur eine freiwillige, da die Extrahenten den Antrag jeden Augenblick wieder zurücknehmen könnten — sie seien daher auch die Verkäufer und ihnen bliebe das Recht zur freien Disposition bis zur Stunde des Zuschlages — bis dahin könnten sie also auch ganz rechtmäßig veräußern, die Früchte consumiren und — Sachen, welche sie sich vom Verkaufe vorbehalten wollten, wegräumen. Vielleicht machten sie sich dadurch civilrechtlich responsabel, aber eine unerlaubte Handlung liege darin nicht. Selbst nach den Grundsätzen der nothwendigen Subhastation dauere das Dispositions-Recht des bisherigen Besitzers bis zum letzten Augenblicke vor dem Zuschlage, und wenn er z. B. das Mobilar veräußere, so begehe auch er kein *factum illicitum* im Sinne des Tit. 6, Thl. I des N. E.-R., es sei denn, daß ihm die Disposition durch ausdrücklichen richterlichen Befehl untersagt worden wäre, §. 12, Tit. 52, der P.-D., §§. 340, 341.

des N. C. = R. Thl. I, 11. — Erst mit dem Zuschlage erlange der Plus = Picitant Rechte an dem Grundstücke — s. 342. *ibid*: — gegen ihn könne also der Besitzer durch eine vor dem Zuschlage bewirkte Entfernung der auf dem Fundo befindlichen Sachen gar kein *factum illicitum* begehen. Ein Dritter würde dadurch freilich einen Diebstahl verüben können, aber die R. schen Erben, so lange sie Besitzer und Eigenthümer des Kretscham gewesen, also bis zum letzten Moment vor dem Zuschlage, hätten sich nicht selbst bestehlen oder betrügen können.

In diesem Vortrage fehlt es überall an einer genauen Angabe desjenigen Rechts = Grundsatzes, von welchem der Implorant eigentlich behauptet, daß ihn der Appellations = Richter verletzt habe. Sofern aber seine Meinung im Allgemeinen darauf hinausläuft, daß es nur außerhalb dem Falle eines Contracts gegen den Eigenthümer unerlaubte Handlungen geben könne, d. i. *sensu latiori* widerrechtliche Handlungen, die zum Schadensersatz verpflichten: so ist dieß, wie die Vorschriften in ss. 285 — 291 Tit. 5, s. 17 Tit. 6, s. 17 Tit. 16, Thl. I des Allg. C. = R. zeigen, ein Irrthum, und insbesondere irrt er auch darin, daß der Verkäufer einer Sache, wenn er dieselbe während der, nach der Besichtigung der Sache oder nach der Abschätzung derselben, gepflogenen Unterhandlung mit dem Käufer unter der Hand spoliirt, kein Unrecht begehe, was ihn zum Ersatz verpflichte. Hier aber hat der Implorant, wie der Appellations = Richter *in facto* festgestellt, wirklich am Tage der Picitation, um sich zu bereichern und dem Erstehrer Schaden zu thun, solche Sachen aus dem Kretscham weggeschaffen lassen, deren Vorhandensein der

Käufer gesetzlich voraussetzen durfte, und diese muß er, da er zugleich Mitverkäufer ist, unbedenklich ersetzen. Diesen Grund führt der Appellations-Richter am Schlusse seiner Ausführung ebenfalls ausdrücklich an — und er rechtfertigt auch für sich allein, oder vielmehr als der einzig richtige, seine Entscheidung, ohne daß die Handlung des Imploranten eine unerlaubte in strafrechtlicher Beziehung zu sein braucht — und ohne daß der Kretscham als eine res litigiosa angesehen werden muß. Gegen diesen letzteren Grund bemerkt vielmehr Implorant

- 2) mit Recht, daß der §. 48, Tit. 7 der Pr.-O. auf ein sub hasta stehendes Grundstück keine Anwendung finde und vom Appellations-Richter hier also eine Vorschrift auf einen Fall angewendet worden, wofür sie nicht gegeben sei. —

Eine Sache, die bei Gericht zum öffentlichen Verkauf aussteht, kann möglicher Weise auch zugleich ein res litigiosa sein, aber auch nur durch einen concurrirenden, wirklichen Rechtsstreit zwischen dem Besitzer und dritter Prätendenten, — welche ein bereits vorhandenes, schon wohl erworbenes Recht geltend machen wollen. Bloße Licitanten bei der Subhastation eines Grundstücks, hinsichtlich dessen es an einem solchen Rechtsstreite fehlt, sind aber keine Parteien, keine Gegner im Sinne des gedachten §. 48. — Es kann auch eine Beschlagnahme ausgebracht sein — und für nothwendige Subhastationen schreibt der §. 3 der Verordnung, vom 4. März 1834, eine solche mit freilich nur relativer Wirkung auch vor; — allein zu einer res litigiosa wird die Sache dadurch ebenfalls nicht.

Dieser unrichtigen Anwendung des §. 48, Tit. 7 der Pr. = O. ungeachtet muß jedoch die Nichtigkeits = Beschwerde zurückgewiesen werden, da das angefochtene Erkenntniß nach dem Obigen noch einen anderen Grund enthält, welcher es für sich allein rechtfertigt.

Nr. 396.

---

No. 27.

Erbschaftsantrittung. Form. Frau =  
ensperson. Certioration. Voll =  
macht.

- I. Die für die unbedingte Erbschaftsantrittung vorgeschriebene Form ist kein Erforderniß zur Gültigkeit, sondern dient nur zur Beglaubigung.  
A. L. = R. Th. I, Tit. 9, §§. 413 — 415, 398, 390.
- II. Wenn eine Frauensperson eine Erbschaft ohne Vorbehalt antritt, so liegt darin keinesweges die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, und es ist zur Gültigkeit der Erklärung die bei Intercessionen vorgeschriebene Certioration nicht erforderlich.
- III. Wenn Jemand einen Andern bevollmächtigt, eine bestimmte Erklärung abzugeben, so hat er eben dadurch schon Selbst die Erklärung in

derselben Form abgegeben, in welcher er die Vollmacht ertheilt hat<sup>\*)</sup>).

(Rechtsfall, mitgetheilt von dem Herrn Oberlandesgerichts-Professor Grünig.)

Der Gutsbesitzer Johann W. erborgte am 27. Juni 1792 von der Frau von B. 8000 Rthlr. und ließ dieselben nebst 5 pSt. Zinsen auf sein Rittergut Groß-L. Rub. III, Nr. 10 eintragen. Die Frau von B. cedirte diese Forderung am 29. Dezember 1796 an den Landrath von St.; und W. nahm denselben als seinen neuen Gläubiger an. Die Cession wurde im Hypothekenbuche ingrossirt. Am 15. Juni 1806 starb der Landrath von St., setzte in seinem Testamente den Major von St. zu seinem Universalerben ein und bestimmte, daß derselbe verpflichtet sein solle, von der Groß-L. schen Hypothek von 8000 Rthlr., welche sich durch eine Abschlagszahlung von 200 Rthlr. auf 7800 Rthlr. vermindert hatte, 450 Rthlr. Legate zu berichtigen. Der Major von St. erklärte sich zum unbedingten Erben, und cedirte den drei Legatarien die ihnen angewiesenen Summen. Darüber wurden Theilinstrumente abgezweigt. Es blieben nun 7350 Rthlr., die sich aber durch eine neue Abschlagszahlung von 300 Rthlr. an den Major von St. bis auf 7050 Rthlr. ermäßigten. Am 22. März 1825 starb auch der Major von St. mit Hinterlassung eines Testaments. Darin war sein Sohn, der Oberzollamts-Assistent von St. in Neustadt, und im Fall

---

<sup>\*)</sup> Darum wird z. B. Derjenige, der eine falsche eidesstattliche Versicherung — die natürlich wörtlich vorgeschrieben sein muß — abzugeben, einem Andern in einer gerichtlichen Vollmacht aufträgt, der Strafe des gerichtlichen Meineides verfallen sein; wiewgleich der Bevollmächtigte eine andere Form beobachtet haben sollte.

derselbe vor dem Testator sterben sollte, dessen Kinder zum Universalerben eingesetzt. Der Oberzollamts-Assistent von St. war bereits am 5. Oktober 1824 gestorben, hatte drei minorene Kinder hinterlassen, denen die großväterliche Erbschaft, und darunter das Groß-E. sche Hypotheken-Kapital von 7050 Rthlr. nebst 5 pSt. Zinsen, letztere seit 1823 rückständig, zufiel. Dieses Kapital nebst Zinsen war früher bereits eingeklagt und bei nicht erfolgter Zahlung desselben die Subhastation des verpfändeten Gutes eingeleitet worden. Dieses wurde zufolge der im Jahre 1828 ergangenen Adjudikatoria dem Depositarentanten L. für 22720 Thlr. zugeschlagen. Nach dem Kaufgelder-Distributionsplane vom 10. August 1830 betrug die zu vertheilende Kaufgelder-masse, einschließlich Zinsen und Pfandbriefs-Argio, 2278 Rthlr. 10 Egr. 5 Pf., wovon jedoch nur 2130 Rthlr. unter die unmittelbar hinter den Pfandbriefen eingetragenen Kreditoren zur Vertheilung kamen. Diese waren die oben erwähnten pari jure ingrossirten Legatarien. Auf die v. St. sche Restforderung von 7050 Rthlr. kamen 2043 Rthlr. 1 Egr. 6 Pf., worunter zweijährige Zinsen begriffen waren. Die Oberzollamts-Assistent von St. schen Minorennen, über welche das Pupillen-Collegium zu Ratibor die Vormundschaft führte, erlitten sonach an Kapital und, da die Zinsen seit 1823 rückständig, auch an diesen einen bedeutenden Ausfall. Die Vormundschaft hielt den Aussteller der Obligation für verpflichtet, den von St. schen Minorennen diesen Ausfall zu vertreten, weil er sich verpflichtet, für Kapital und Zinsen mit seinem unbeweglichen, beweglichen und persönlichen Vermögen zu haften und er den Zessionar, Landrath St. als seinen neuen Gläubiger angenommen hatte.

Sie wies den Vormund daher zur Klage gegen die Erben des bereits 1810 verstorbenen Gutsbesitzer W. an, und zwar vor der Hand nur über den Verpflichtungsgrund, weil die Legatarien sich an die Minorennen hielten und daher das Quantum des Ausfalles noch nicht feststand. Die Erben des Gutsbesitzer Johann W. waren:

- 1) seine Tochter Helene, verhehlicht gewesene Justizräthin J., an deren Stelle, da sie gestorben, ihre Kinder und ihr Ghemann traten,
- 2) der Premier-Lieutenant W.

Von dem Kläger wurde behauptet, daß diese Erben zum Nachlasse des Gutsbesizers Johann W. sich für Erben ohne Vorbehalt erklärt hätten. Später trat an die Stelle der klagenden Vormundschaft der Kurator des über den Nachlaß des Majors v. St. eröffneten erbenschaftlichen Liquidations-Prozesses. Von den Beklagten erschien nur der Justizrath J. für sich und seine Kinder. Für seine Person behauptete er, nicht Erbe seiner verstorbenen Frau geworden zu sein, und für seine Kinder brachte er unter vielen andern, hier nicht interessirenden Einwendungen auch die Exzeption vor, daß die unbedingte Erbeserklärung der Justizräthin J. nicht rechtsgültig gewesen. Sie habe nämlich den Assistenzrath St. bevollmächtigt, sich zu dem Nachlasse ihres Vaters unbedingt Erbes zu erklären. Ueber die Ausstellung dieser Vollmacht sei kein Protokoll aufgenommen und auch die Justizräthin J. über die Folgen der unbedingten Erbeserklärung nicht belehrt worden. Von den Klägern wurde diese Behauptung bestritten und angeführt, daß die unter der Vollmacht befindliche Recognition zur Genüge beweise, daß eine Verhandlung

Seitens des Gerichtes aufgenommen und eine Belehrung über die abzugebende Erbeserklärung erfolgt sei.

In dem am 29. August 1836 eröffneten Urtheil des Ersten Senats des Königl. Oberlandesgerichtes zu Ratibor wurde erkannt:

daß die klagende Vormundschaft mit der Klage gegen den Justizrath J. abzuweisen, die übrigen Mitverklagten aber, nämlich der Premier-Lieutenant W. und die vier minoreneen J.schen Kinder, verbunden, den in separato zu ermittelnden Ausfall, welchen die Major v. St.schen Erben bei der Subhastation des Rittergutes E. rücksichtlich des für ihren Erblasser auf diesem Gute Rubr. III, Nr. 10 eingetragenen Restkapitals von 7050 Thlr. nebst Zinsen — sowie der im Tenor bezeichneten Summe der Legatarien, welche sie denselben etwa rechtskräftig verurtheilt werden sollten, zu zahlen — zu erstatten.

Der Richter ging von der Ansicht aus, daß die Verklagten als Erben ohne Vorbehalt anzusehen seien. Die Gründe sind weggelassen, weil sie unten im Urtheil des Königl. Geheimen Obertribunals wiederkehren.

Die verklagten Minorennen appellirten allein, ohne in facta etwas Neues anzuführen. Auf diese Appellation erkannte der Zweite Senat des Königl. Oberlandesgerichtes zu Breslau in seinem Urtheil vom 8. November 1838:

daß das erste Erkenntniß dahin abzuändern, daß die Verklagten als Erbeserben des Gutsbesizers W. nur schuldig, den in separato zu ermittelnden Ausfall, welchen die Major von St.schen Erben bei der Subhastation von Groß-E. rücksichtlich des für den

Major von St. auf diesem Gute, Rubr. III, Nr. 10 gehafteten Restkapitals von 7050 Rthlr. nebst Zinsen erlitten, und nur in der Eigenschaft als Erben einer Benefizial-Miterbin des Gutsbesizers W., den Major von St. seinen Erben zu erstatten, Kläger aber mit ihrem gegen die Verklagten erhobenen Ansprüche auf Erstattung desjenigen Ausfalles, der die Legatarien betrifft, zur Zeit abzuweisen.

Der zweite Richter erachtete die Verklagten für Benefizialerben, aus folgenden

Gründen:

Es kommt darauf an, ob die Justizräthin J. rechtsgültig sich als Erbin ohne Vorbehalt erklärt hat. Für diese Annahme spricht das Dasein einer unbedingten Erbeserklärung, welche in ihrem Namen der Assistenzrath St. abgegeben hat, und das Dasein einer gerichtlichen Vollmacht, worin die Justizräthin J. den 2c. St. zu dieser Erklärung ermächtigt. Dagegen wird aber angeführt:

- a. daß die Erklärung des Assistenzrath St. nicht in beglaubigter Form abgegeben sei,
- b. daß das gerichtliche Protokoll über die Aufnahme der Vollmacht für den 2c. St. nicht hat herbeigeschafft werden können, weshalb behauptet wird, daß ein solches nicht aufgenommen, und daß die Justizräthin J. über die Bedeutung ihrer Erbeserklärung nicht belehrt worden sei.

Der zweite Einwand ist unbegründet, weil durch ein unter der Vollmacht befindliches Attest des Gerichtsamtes Frei-Kadlub zu Guttentag, vom 19. Mai 1816, dargethan wird, daß die Vollmacht für den Assistenzrath St. nach vorangegangener vorschriftsmäßiger Zer-

tioration und auf den Grund einer an demselben Tage aufgenommenen Verhandlung ausgestellt worden, und hiernach beide bestrittenen Thatsachen nach §. 122, Tit. 10, und §. 10, Nr. 6 und 7, Tit. 13 der Pr.=D. vollständig erwiesen sind. Es ist aber der erste Einwand als begründet anzunehmen.

Es steht fest, daß die unbedingte Erbeserklärung von dem Assistenzrath St. selbst in einer unbeglaubigten Eingabe erklärt worden ist. Wenn nun die §§. 398 und 399, Tit. 9, Th. I C.=R. verlangen, daß eine unbedingte Erbeserklärung beglaubigt sei, so ist die Verfümmung der vorgeschriebenen Form nicht zu leugnen. Der Grund, aus welchem der erste Richter diesen Mangel für unerheblich hält, weil Justizkommissarien überhaupt berechtigt sind, die Parteien in Rechtsangelegenheiten zu vertreten (§§. 28, 29, Nr. 4, Tit. 7, Th. III N. G.=D.), paßt nicht, da es sich nicht fragt, ob St. die Justizräthin J. vertreten durfte, sondern ob bewiesen ist, daß er in Bezug auf diesen Akt rite gethan, die Erklärung so abgegeben, wie es zu deren Gültigkeit nöthig ist. Es fragt sich also: ob die bloß außergerichtliche Form die Rechtsungültigkeit der Erklärung nach sich zieht? Dieß muß aus folgenden Gründen bejaht werden. Der §. 415, Tit. 9, Th. I C.=R. verweist bei Bestimmung der Form einer unbedingten Erbeserklärung auf die §§. 398 und 399, wo ausgesprochen ist, daß die Erklärung einer Entfagung — vor Gericht persönlich, oder in einer gerichtlichen oder durch einen Justizkommissarius beglaubigten Vorstellung abgegeben werden muß.

Der §. 400 bestimmt nun zwar:

„Ist diese Form zwar verabsäumt, es kann aber nach-

gewiesen werden, daß die eingekommene Erklärung dem Willen des Entsagenden gemäß sei, so verliert letztere durch Verabsäumung der Form nichts in ihrer Wirksamkeit.“

Auf dieses Gesetz §. 400 ist jedoch in dem §. 415 nicht mitverwiesen und schon die einfache Worterklärung des §. 415 gestattet daher nicht, diese für Erbschaftsentsagungen gegebene Vorschrift auf den unbedingten Antritt einer Erbschaft zu beziehen. Ebensowenig gestattet eine nähere Betrachtung beider Rechtsgeschäfte eine analoge Anwendung des für die Entsagung im §. 400 Verordneten auf die unbedingte Antretung einer Erbschaft, denn eine Entsagung einer Erbschaft ist nichts als eine Entsagung auf Rechte, und diese ist im Allgemeinen an keine bestimmte Form gebunden: §§. 381, 387, Tit. 16, I R. L. R.; eine unbedingte Antretung einer Erbschaft hingegen enthält eine Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, und solche Uebernahme erfordert stets eine bestimmte Form der Erklärung: §§. 203, 400, Tit. 14, a. a. O. Allerdings kann die unbedingte Verhaftung eines Erben auch die Folge bloßer Unterlassungen sein, allein in diesen Fällen: s. 427, Tit. 9, a. a. O. und §§. 57, 59, Tit. 51 der P. O., erscheint sie als eine Strafe der Versäumniß oder doch als die Vertretung eines Versehens in Beziehung auf den wirklichen oder durch die Verdunkelung des Nachlasses möglichen Nachtheil, der den Erbschaftsgläubigern aus diesem Versehen entsteht, und diese Fälle, wo Jemand ex delicto für fremden Schaden haftet, heben die Regel nicht auf, daß die Gültigkeit einer Willenserklärung, für fremde Schulden haften zu wollen, an eine bestimmte Form gebunden ist. Daß bei der Erbschaftsanretung eine

strengere Form als bei der sonstigen Uebernahme fremder Schulden vorgeschrieben ist, kann nicht befremden, da es beim Erbschaftsantritt auf mehr ankommt, als auf die Uebernahme einer einzelnen Schuld. Aus diesen Gründen kann der Ansicht des ersten Richters, daß die Justizräthin J. durch die Erklärung des Assistenrathes St. unbedingte Erbin ihres Vaters geworden sei, nicht beigepflichtet werden. Wenn hiernach feststeht, daß die Justizräthin J. sich im Betreff der Erbschaft ihres Vaters nicht auf rechtsgültige Art als Erbin ohne Vorbehalt erklärt hat, auch nicht bewiesen ist, daß dieselbe der Rechtswohlthat des Inventariums durch Versäumung der zur Einreichung desselben gesetzlich vorgeschriebenen Frist verlustig gegangen, sonstige Gründe aber, einen Erben für einen unbedingten zu achten, dem Gesetze unbekannt sind, so unterliegt es keinem Bedenken, daß die Justizräthin J. als Benefizialerbin angesehen werden muß. Die ausgesprochene Entscheidung ist hiernach gerechtfertigt.

Nun revidirten die Kläger und auf ihre Revision erkannte das Königl. Geheime Obertribunal in seinem Urtheil vom 30. Oktober 1840:

daß das zweite Erkenntniß in Ansehung derjenigen darin enthaltenen Verfügung:

daß verklagte Erbes-Erben nur in der Eigenschaft als Erben einer Benefizial-Miterbin zu dem Nachlasse des Gutsbesizers Johann W. zu betrachten, und für den von der klagenden Masse an dem Kapitale der 7050 Thlr. nebst Zinsen zu erleidenden Ausfall aufzukommen verbunden,

dahin zu ändern, daß in dieser Beziehung das erste Erkenntniß des Ersten Senats des Königl. Oberlandes-Gerichts zu Ratibor vom 29. August 1836, wonach die

verklagten Erben den erwähnten, und in einem besondern Verfahren zu ermittelnden, Ausfall den Klägern und jetzt der Major von St. schen erbenschaftlichen Liquidationsmasse, als Erben ihrer Mutter der Justizräthin J., aus deren Nachlasse als unbedingte oder in der Eigenschaft als Erben einer zu dem Nachlasse des Gutsbesizers Johann W. zu betrachtenden Miterbin ohne Vorbehalt, zu erstatten gehalten, — wiederherzustellen.

#### Gründe.

Zunächst wird ausgeführt, daß der Einwand der Verklagten gegen die Revisibilität unbegründet sei. Dann heißt es weiter:

Es steht soviel bereits rechtskräftig fest, daß Verklagte als Erben ihrer Mutter, der Justizräthin J., verbunden sind, der klagenden Masse denjenigen noch künftighin näher zu ermittelnden Ausfall zu erstatten, welchen dieselbe an ihrer Forderung der 7050 Rthlr. bei der Subhastation des dafür verpfändet gewesenen Gutes E. erlitten hat. Jetzt ist nur noch zwischen beiden Theilen streitig und zu ermitteln:

ob die Mutter der Verklagten, die verhehlicht gewesene Justizräthin J. geborne W., die Erbschaft ihres Vaters, des Gutsbesizers Johann W., mit oder ohne Vorbehalt angetreten, und ob Verklagte als Erben derselben in der erstern oder letztern Eigenschaft der klagenden Liquidationsmasse für jenen Ausfall aufzukommen haben?

Die klagende Masse will das Letztere angenommen wissen, und sie glaubt solches damit unterstützen zu können, daß die Mutter der Verklagten zu dem Nachlasse ihres Vaters sich selbst gerichtlich als Erbin ohne Vorbehalt erklärt, daß sie den über denselben geschwebten

erbschaftlichen Liquidationsprozeß in Gemeinschaft ihrer Miterben aufgehoben und sich hiernächst in die Erbschaft immiscirt haben; wogegen die Verklagten, und mit ihnen der Appellationsrichter, das Erstere behaupten, nämlich, daß ihre Mutter nur als Erbin ihres Vaters mit Vorbehalt zu betrachten sei und daher auch sie als deren Erben nur in dieser Eigenschaft zu beurtheilen wären. Sie geben auf die erste Behauptung der klagenden Masse zwar nach,

daß ihre Mutter sich in der gedachten Eigenschaft als Erbin zu dem Nachlasse ihres Vaters erklärt habe, sie wenden aber dagegen ein, daß diese Erklärung von ihr nicht in rechtsgültiger Form abgegeben worden, dieserhalb dieselbe als nicht geschehen anzusehen sei, und darum ihre Mutter nur als Benefizialerbin betrachtet werden könne.

Zur mehreren Verständlichkeit dieses Einwandes ist hier faktisch zu bemerken, daß die Mutter der Verklagten im Beistande ihres Ghemannes, des Justizraths J., in Gemeinschaft ihrer drei Miterben, vor dem Gerichtsamte Frei-Kadlub die Spezial-Vollmacht auf den Assistenzrath St. vom 19. Mai 1816 ausgestellt hat. In dieser bevollmächtigte sie mit ihren Miterben denselben ausdrücklich, sich in ihrem Namen

bei dem Königl. Oberlandesgerichte von Oberschlesien zu dem Nachlasse ihres Vaters pure, das heisse ohne Vorbehalt des Inventariums, Erbes zu erklären und die Ertheilung eines Rekognitionsscheines für sie nachzusuchen, nicht minder bei demselben in ihrem Auftrage auf Sistirung des früher auf ihre und ihrer Miterben Instanz eröffneten und noch schwebenden erbschaftlichen Liquidations-

Prozesses über den Nachlaß ihres Vaters sowie auf Reponirung der dießfälligen Akten anzutragen.

Diesem Auftrage kam der Assistenrath St. in einer von ihm gefertigten und unterschriebenen Vorstellung vom 25. Mai 1816, welche er bei dem Oberschlesischen Pupillen-Kollegium einreichte, nach, und dieses ertheilte ihm darüber unterm 11. Juni 1816 die erbetene Recognition.

Das Allg. Landrecht verordnet Tit. 9, Th. I.

§. 413. „Die Antretung einer Erbschaft kann mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventariums geschehen.“

§. 414. „Die Erklärung, eine Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen, muß eine deutliche und bestimmte Entsagung dieser Rechtswohlthat enthalten.“

§. 415. „Es muß aber dabei die §§. 398 und 399 vorgeschriebene Form beobachtet werden.“

Von diesen Gesetzen bestimmen:

§. 398. „Die Entsagung einer Erbschaft muß von dem Entsagenden allemal bei Gerichten entweder in Person oder durch eine von ihm eigenhändig unterschriebene Vorstellung erklärt werden.“

§. 399. „Im letztern Falle muß die Unterschrift gerichtlich oder durch einen Justiz-Kommissarius beglaubigt sein.“

Hiernach muß die Erklärung, eine Erbschaft ohne Vorbehalt antreten zu wollen, eine deutliche und bestimmte Entsagung der Rechtswohlthat des Inventariums enthalten und sie muß von dem Entsagenden bei Gerichten entweder in Person, oder durch eine, von ihm

eigenhändig unterschriebene Vorstellung, welche aber gerichtlich oder durch einen Justizkommissarius beglaubigt sein muß, abgegeben werden.

Eine solche deutliche und bestimmte Entfugung ist aber hier von Seiten der Justizräthin J. vor Gericht, nämlich vor dem Gerichtsamte Frei-Kadlub erfolgt. Dieselbe muß in dem über die Vollmachtsausstellung von dem Gerichtsamte Frei-Kadlub aufgenommenen Protokolle enthalten gewesen sein. Solches ist nicht allein bei dem fehlenden Beweise des Gegentheils rechtlich zu präsumiren, sondern es erhellt auch dasselbe aus der aufgenommenen Vollmacht selbst, welche auf den Grund jenes Protokolles verfaßt worden ist, und im Wesentlichen eine Wiederholung desselben vorstellt. In derselben erklärt, wie schon gedacht, die Justizräthin J.,

wie sie den Assistenrath St. bevollmächtigte, sich in ihrem Namen bei dem Ober-Landesgerichte von Oberschlesien zu dem Nachlasse ihres Vaters pure, das heiße ohne Vorbehalt des Inventariums, Erbes zu erklären u. s. w.

Wäre aber auch eine solche Erklärung in dem Protokolle nicht enthalten gewesen, so geht sie mit dürren Worten aus dieser angeführten Stelle der Vollmacht selbst hervor. Zwar wenden die Verklagten ferner ein, und zwar:

- 1) gegen die Vollmacht, daß auf sie kein Gewicht gelegt werden könne, weil
  - a. das Protokoll, worauf sie basirt sei, fehle, und
  - b. aus derselben nicht konstire, daß ihre Mutter bei Abgabe ihrer unbedingten Erbes-Erklärung, wodurch sie fremde Verbindlichkeiten

übernommen, überhaupt und in welcher Art verwarnt worden sei.

Allein wenn auch beide Anführungen thatsächlich richtig sind, so werden sie doch durch den Inhalt des unter der Vollmacht befindlichen Attestes des Gerichtsamtes Frei-Kadlub, vom 19. Mai 1816, in ihren rechtlichen Folgen wirkungslos gemacht; denn in diesem heißt es:

daß eine vorschriftsmäßige Zertioration der Aufnahme der Vollmacht vorangegangen sei und daß das Attest auf den Grund des hierüber sub hodierno aufgenommenen Protokolles in fidem judicialem ertheilt werde u. s. w.,

woraus sich also ergibt, daß beides, die Zertioration und die Aufnahme des Protokolles, erfolgt ist. Daß Letzteres nicht aufzufinden gewesen, beweist nicht, daß es auch gar nicht existirt; und in welcher Art beide gelautet haben, darauf kommt es nicht an, weil bei der Handlung eines Gerichtes das Besegliche vermuthet werden muß, Verklagte auch nichts zur Schwächung dieser Vermuthung angeführt haben, und eine Zertioration hier überhaupt nicht erforderlich war, theils weil hier keine Uebnahme fremder Verbindlichkeiten für den Fall, daß der eigentliche Schuldner solche nicht erfülle, vorlag, theils weil die verehelichte J. nicht zu den unerfahrenen und zu den Personen des Standes gemeiner Leute gehörte: s. 2, Tit. 5, Th. II N. G. D., und überdies im Beistande ihres rechtsverständigen Ghemannes erschien, der die rechtlichen Folgen ihrer Erklärung nicht allein selbst kannte, sondern sie auch davon unterrichtet haben wird. Dann 2) haben auch die Verklagten gegen die von dem Assi-

stenzrath St. eingereichte Vorstellung vom 25. Mai 1816 erinnert, daß solche nicht mit der in den §§. 398 und 399, Tit. 9, Th. I C. = R. vorgeschriebenen Form, versehen gewesen sei, indem sie wie der Appellationsrichter meinen, daß bei einer solchen von dem Mandatarius des Erben abgegebenen Erklärung dieselbe Form beobachtet werden müsse, welche dem Erben selbst zur Pflicht gemacht worden sei.

Es ist allerdings gegründet, daß der fraglichen Vorstellung jene Form abgeht, nämlich, daß sie weder von der Mutter der Verklagten eigenhändig geschrieben, noch die darunter befindliche Unterschrift des Assistenzrath St. beglaubigt ist; allein das erstere fiel hier von selbst weg, indem sich die Mutter der Verklagten eines Mandatarius bediente, was ihr nach §. 28, Tit. 7, III A. G. = D. freistand; und die Attestirung der Unterschrift des Assistenzrath St. war im vorliegenden Falle überflüssig, da dem Oberschlesischen Pupillen = Kollegium die Hand des Assistenzrath St. als eines bei dem dasigen Ober = Landesgerichte angestellten Justizkommissarius vollkommen bekannt war. Ueberhaupt geht bei dieser Form, wie auch solches aus dem §. 400, Tit. 9, I A. C. = R. erhellt, die Tendenz des Gesetzes nur dahin, daß das Gericht, bei dem eine solche Erklärung eingeht, die Gewisheit erlangen soll, daß der Erbe dieselbe angegeben habe und sie seinem Willen gemäß sei. Diese Gewisheit muß aber dem Oberschlesischen Pupillen = Kollegium durch die mit der Vorstellung des Assistenzrath St. überreichte gerichtliche Vollmacht der Mutter der Verklagten, (der damals muthmaßlich auch das derselben zum Grunde gelegene gerichtliche Protokoll des Gerichtsamtes Freisradlub beigefügt gewesen ist) geworden sein, indem

dasselbe sonst die Recognition vom 11. Juni 1816, worauf es bescheinigt, daß die Mutter der Verklagten die Erbschaft ihres Vaters ohne Vorbehalt angetreten habe, nicht ertheilt, sowie die Mutter der Verklagten, wenn sie nicht mit ihrem Willen übereingestimmt, solche nicht angenommen haben würde.

Aus allem Diefen ergibt sich, daß die Mutter der Verklagten sich auf eine rechtsgültige Weise als Erbin ohne Vorbehalt zu dem Nachlasse ihres Vaters erklärt hat und daß sie also nicht als eine bloße Benefizialerbin zu betrachten ist.

Wäre solches aber auch noch irgend zweifelhaft, so würde dieselbe auch schon darum dafür angenommen werden müssen, weil sie sich in die Erbschaft ihres Vaters immiscirt hat. In dieser Beziehung hat sie, wie Verklagte nicht bestritten, in Gemeinschaft ihrer Miterben nicht allein den früher über diesen Nachlaß geschwebten erb-schaftlichen Liquidations-Prozeß aufgehoben und dessen Verwaltung mit ihnen übernommen, sondern sich auch sogar mit denselben darin getheilt und einem ihrer Brüder das dazu gehörige Gut Groß-E. eigenthümlich überlassen. Wer aber sich auf eine solche Weise in einen Nachlaß immiscirt, ohne sich über den Erbschaftsantritt zu erklären, wird einem Erben ohne Vorbehalt gleich geachtet. Die Verklagten wollen zwar diese Immiscirung dadurch ablehnen, daß ihre Mutter in der Folge auf die ganze väterliche Erbschaft Verzicht geleistet, mithin auch nichts geerbt habe, und sie berufen sich die-serhalb auf einen zwischen ihrer Mutter und ihren übrigen Miterben mit ihrem Bruder Johann B. abgeschlossenen Vertrag vom 30. November 1816, wodurch ebendenselben das Gut Groß-E. käuflich überlassen

wird und worin es im §. 4 heißt: die Justizräthin J. geb. W. begibt sich in Rücksicht der bei Lebzeiten ihres Vaters erhaltenen Ausstattung hiermit ausdrücklich alles Anspruchs an die genannte Verlassenschaftsmasse und behält sich bloß die Theilnahme an den oben §. 1 festgesetzten Vorbehalt der inerigibelen Aktiven und des Mobiliars vor u. s. w.

Allein hierdurch entsagte dieselbe nicht dem ganzen, sondern nur einem Theile des väterlichen Nachlasses, und behielt sich, wie die klagende Masse behauptet, grade den bedeutensten Theil des Nachlasses vor, sodasß also auch dieser Einwand gar nicht zu berücksichtigen ist.

Wenn es nun aber keinem Bedenken mehr unterworfen ist, daß die Mutter der Verklagten zu dem Nachlasse ihres verstorbenen Vaters nicht als eine Benefizialerbin, sondern als eine Miterbin ohne Vorbehalt zu betrachten ist, und in dieser Eigenschaft für die väterlichen Passiva aufzukommen hatte, wozu auch der jetzt einzuklagende Ausfall gehört; so sind auch dafür die Verklagten als Erben ihrer Mutter, indem sie an deren Stelle traten, soweit deren Nachlaß dazu hinreicht, unbedingt oder in der Eigenschaft als Erben einer zu dem Nachlasse des Gutsbesizers Johann W. zu betrachtenden Erbin ohne Vorbehalt zu haften verbunden.

Hieraus ergibt sich aber von selbst, daß es bei der Entscheidung des zweiten Richters, soweit es diesen Gegenstand betrifft, wonach er nämlich die Verklagten nur als Erben einer Benefizialerbin betrachten will und darnach ihre Verhaftungsverpflichtung ausspricht, nicht verbleiben kann, vielmehr in diesem Punkte dieselbe aufzuheben und das erste Erkenntniß, welches mit der ge-

igewärtigen Entscheidung übereinstimmt, wiederherzustellen gewesen ist. Weiter konnte sich aber die letztere nicht erstrecken weil sich nur hierauf die Revisionsbeschwerde der klagenden Masse erstreckt hat.

## No. 28.

### Gerichtsbareit. Privatpersonen. Criminal-Kosten-Erstattung.

I. Ein Streit zwischen zwei Privatpersonen, welche Beide die Gerichtsbareit von sich abwehren, führt zu keinem allgemein gültigen Resultate; es gibt dieserhalb keine Klage (actio).

II. Ein concretes Privatinteresse aber, wobei es darauf ankommt, in der Person eines Andern einen bestimmten Gerichtsherrn als Schuldner nachzuweisen, legitimirt zu dem Nachweise, daß der Verpflichtungsgrund vorhanden, nämlich die bestimmte Gerichtsbareit dem Andern wirklich zustehe.

III. Historischer Beitrag über die Entstehung der Privatgerichtsbareit.

(Rechtsfall.)

Der Gutsbesitzer U. als Besitzer der sogenannten Dominien Gisdorf und Häslicht trug darauf an:

die Stadtgemeinde Striegau für die Inhaberin der Criminalgerichtsbareit über die Dorfschaften Gisdorf

dorf, Häslicht und Fehebeutel, und demgemäß für schuldig zu erklären, ihm die in mehreren Untersuchungs-Sachen wider Einwohner aus Gisdorf und Häslicht bezahlten Untersuchungskosten zu erstatten.

Der Richter Erster Instanz, die Deputation des I. Senats des Königl. Oberlandesgerichts zu Breslau, wies den Kläger ab.

Die Deputation des Zweiten Senats reformirte unterm 6. Februar 1841 dieses Urtheil und erkannte nach dem Antrage.

Das geheime Obertribunal hingegen änderte mittelst Revisions-Erkenntnisses, vom 23. Dezember 1841, das Appellationsurtheil ab, und stellte das Erkenntniß erster Instanz wieder her.

Gründe.

Zu dem zuerst aufgestellten Hauptantrage ist der Kläger gar nicht berechtigt. Nähme er die Criminaljurisdiction als ein eigenes Recht seiner Güter in Anspruch oder bestritte er dieselbe einem dritten Prätendenten, so würde er unbedenklich den Rechtsweg betreten können. Darüber aber, daß dem Dritten die Gerichtsbarkeit zuerkannt werde, kann ihm der Weg Rechtens nicht gestattet werden. Nur der Staat hat das Recht, diejenigen, denen die Verwaltung der Gerichtsbarkeit oder die Tragung der damit verbundenen Kosten obliegt, zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten anzuhalten. Auch kann nur durch Verleihung oder Anerkennung des Staats die Gerichtsbarkeit innerhalb eines bestimmten Bezirks als eine absolut gültige erworben und festgestellt werden.

Ein Streit zwischen zwei Privatpersonen, welche beide die Gerichtsbarkeit von sich abwehren, kann

daher zu keinem allgemein gültigen Resultate führen. Die Legitimation zur Sache fehlt hier auf beiden Seiten. Will daher der Kläger auf legale Weise festgestellt sehen, daß die Kriminalgerichtsbarkeit über die genannten Dörfer an sich ihm nicht zustehe und namentlich auch für die Zukunft von den Lasten derselben befreit sein, so ist niemand anders als der Staat, resp. Fiskus, sein Gegner, der sich nach seiner Meinung wegen der Kriminalkosten mit Unrecht an ihn hält.

Hiernach ist der Kläger mit seinem Hauptantrage gänzlich abzuweisen und rücksichtlich des Dorfes Fehesbeutel hat er einen andern als diesen auch nicht erhoben.

In Betreff der beiden andern Ortschaften ist indessen allerdings ein konkretes Privatinteresse für den Kläger vorhanden, wobei es ihm darauf ankommt, in der Person der verklagten Stadt den rechten Debenten nachzuweisen, und dieß führt freilich die Nothwendigkeit herbei, zu prüfen, ob auch der Verpflichtungsgrund der der Verklagten — nämlich ihre wirkliche Criminal-Jurisdiction über Gisdorf und Häslicht, dargethan sei. Es hat nämlich gar kein Bedenken, daß die vom Kläger rücksichtlich dieser Dörfer von ihm eingezogenen Criminalkosten von demjenigen erstattet werden müssen, der wirklich der Jurisdictionar ist. Dieser ist wirklich sein Schuldner — *ex versione in rem* \*) — und über diesen rein civilrechtlichen Anspruch kann ihm das rechtliche Gehör nicht versagt werden. Der Beweis ist ihm jedoch nicht gelungen. Zuvörderst kann

\*) Das Rechtsgeschäft ist Geschäftsbesorgung — *negotiorum gestio*.

in dem schriftlichen Gesuche des Magistrats von Striegau vom 16. Oktober 1818, worin derselbe das Oberlandesgericht zu Breslau um Befreiung von der Jurisdiction über 19 umherliegende Ortschaften, unter denen auch Gisdorf und Häslicht genannt werden, bittet, kein gültiges Auerkennniß gefunden werden. Es enthält kein Geständniß eines Rechtsgrundes, eines thatsächlichen Moments, woraus es die Sache des Richters sein könnte, zu prüfen, ob nach den Gesetzen daraus folgte, daß die Jurisdiction wirklich ein Recht und Attribut der Stadt geworden wäre. Dieß hat auch schon der erste Richter hervorgehoben, und es bedarf daher einer Beweisaufnahme oder Erörterung über den nach der Behauptung der Verklagten bei Abfassung jenes Gesuchs vorgewalteten Irrthums nicht.

Demnächst aber besagt das Hauptbeweisstück des Klägers, das s. g. Endurbarien-Urtheil Kaiser Ferdinands des Andern, zwar allerdings, daß der Stadt Striegau die Banne für die in dem Urtheil benannten städtischen Professionen zustehe, und spricht ihr dieselbe auch zu — nachdem in dem Urtheil erwähnten Vertrage von 1545 stand aber der Stadt die Jurisdiction bestimmt nur *intra muros* zu, wie sie auch manchen Rittergütern nur auf Hof und Gebäude zustand (Baun- und Pfahlgerichtsbarkeit).

Es läßt sich auch gar nicht annehmen, daß diese Gerichtsbarkeit ihrem geographischen Umfange nach durch das Urtheil hat ausgedehnt werden sollen — höchstens aber ist dieselbe auf das Weichbild der Stadt erweitert worden, auf welches auch das Salz- und Malz-Privilegium, sowie das Kretschammerwerk beschränkt worden ist. Es lautet die betreffende Stelle:

„Erkennen hiermit zu Recht, daß gedachte Bürgermeister, Rathmann und ganze Gemeinde der Stadt Striegau mehrberührten, den 14. Dezember 1545 aufgerichteten, Verträge gemäß neben der von ihrer ersten Aussetzung und Fundation an auf die Stadt Urbar, des Melzen, Brauen, Schenkens und Handwerker in Einer ganzen Meileweges umb die Stadt herumb habenden Gerechtigkeit; auch die Ober- und Niedergerichte in der Stadt, und daß Niemand im ganzen Weichbilde, den Salz, Malz verkaufen und Kretschmelwerks treiben solle, bei Strafe zehn Mark, diejenigen, so dawieder thun, zu pfänden, erwiesen; und daß sich jetziger, künftige Bürgermeister, Rathmannen und ganze Gemeinde erwählter Stadt Striegau, derselben Ober- und Niedergerichte in der Stadt, und durchs ganze Weichbild auch des Salzmarkts und der bemeldten andern Begnadung, außerhalb deren Güter, die durch unsere hier in dieser Strittigkeit jetzige publicirte Urtheil Ihrer bewiesenen Gerechtigkeit wegen ausgenommen seyn, zu gebrauchen befugt“.

Dieses Urtheil ist weit davon entfernt, die Jurisdiktion der Stadt in Zusammenhang mit der Bannmeile zu bringen, da beide in der That auch ohne alle innere Communität sind. Daß die Stadt in ihrem Weichbilde, in ihrer Gemarkung, auf ihrem Territorium (Gebiethe) die Ober- und Niedergerichtsbarkeit behielt oder erlangte, entsprach ganz den Einrichtungen der damaligen Zeit — die s. g. Grundherrschaft war es auch beim Adel, woraus die Gerichtsbarkeit hervor-

ging oder woran die Verleihung dieses Hoheitsrechts geknüpft wurde. In der bloß auf die gewerblichen Verhältnisse sich beziehenden Bannmeile hat aber schwerlich jemals ein Grund gelegen, einer Stadt die Jurisdiktion über Land und Leute zu attribuiren, die nicht ihre Hinterfassen waren und zu ihr in gar keinem Subjektions- oder Schutzverhältnisse standen. Daß die fraglichen Ortschaften wirklich in irgend einem solchen Verhältnisse zur Stadt gestanden hätten oder zum Reichbilde der Stadt gehörten, ist nicht dargethan. Fol. 64 scheint freilich der Kläger dieß letztere behaupten zu wollen; allein wie dieß an sich kaum glaublich sein würde, so geht auch aus seinen späteren Erklärungen hervor, daß er nur gemeint hat, die Dörfer lägen sehr nahe bei der Stadt resp. innerhalb einer Meile.

Bemerkt wird übrigens noch, daß der Kläger, der seinerseits wirklich die erwähnte alte Grundherrschaft in Betreff der fraglichen Dörfer zu besitzen angibt, bis in die neuere Zeit in der That neben der Civiljurisdiktion auch die Criminalgerichtsbarkeit über Eisdorf und Häslicht ausgeübt hat.

Hiernach ist auch in Betreff dieser beiden Dörfer das erste Urtheil wieder herzustellen gewesen.

Proz.-Akten des O. L. G. zu Breslau, U. 1 rep.

## No. 29. Gerichtliche Zuschreibung. Laudemium.

I. Was ist unter der im §. 731, Thl. I, Tit. 18 des N. L. u. N. gedachten „gerichtlichen Zuschreibung“ zu verstehen?

II. Ist diese Vorschrift noch jetzt anwendbar? (Plenarbeschuß des Geheimen Ober-Tribunals vom 4. September 1843\*), mit einer Nachbemerkung des Herausgebers).

Der §. 731, Tit. 18, Thl. I, N. L. u. N. verordnet:  
„Die Lehnwaare ist der neue Besitzer erst nach erfolgter gerichtlicher Zuschreibung des Guts zu entrichten schuldig.“

Es ist zweifelhaft geworden:

Was unter der im §. 731, l. c. gedachten „gerichtlichen Zuschreibung“ zu verstehen sei? und

Ob die Vorschrift des §. 731 jetzt überhaupt noch ihre Anwendung finden könne?

Bei einer im Jahre 1838 ergangenen Entscheidung hat das Geheime Ober-Tribunal angenommen:

daß unter „gerichtlicher Zuschreibung“ die gerichtliche Verlautbarung und Bestätigung des Vertra-

---

\*) Den Mitgliedern der Obergerichte ist dieser Plenarbeschuß abschriftlich mitgetheilt; die Mitglieder der Untergerichte stehen nicht zu tief, um nicht auch von der neuen Auslegung bald Etwas erfahren zu dürfen. Deshalb gereicht es mir zur großen Freude, in den Stand gesetzt worden zu sein, ihnen diesen Strahl des Lichts zugehen lassen zu können.

ges, durch welche der neue Erbzinsmann das Erbzinsgrundstück erworben hat, verstanden werden müsse, und daß der §. 731 l. c. durch die, nach der Kabinetts-Ordre vom 31. Oktober 1831 geschehene Suspension der Verpflichtung der Grundbesitzer zur Berichtigung des Besitztittels ihrer Grundstücke, seine Anwendbarkeit verloren habe.

In einer neuern zur Entscheidung gelangten Prozeßsache ward aber die entgegengesetzte Ansicht dahin geltend gemacht:

daß unter der „gerichtlichen Zuschreibung“ die Besitztitel-Berichtigung zu verstehen, und die Vorschrift des §. 731 l. c. durch die Kabinetts-Ordre vom 31. Oktober 1831 nicht außer Kraft und Anwendung gesetzt sei.

Die hiernach zweifelhaft gewordene Rechtsfrage kam zur Entscheidung an das Plenum, welches durch den in der Ueberschrift enthaltenen Beschluß vom 4. September 1843 der neuern Ansicht beiträt.

#### Gründe.

I. Der im §. 731 l. c. gebrauchte Ausdruck „gerichtliche Zuschreibung“ läßt eine dreifache Auslegung zu. Es kann darunter verstanden werden:

- 1) die gerichtliche Verlautbarung und Bestätigung des Vertrages, durch welche das Eigenthum des laudemialpflichtigen Grundstücks auf den neuen Erwerber übertragen wird,
- 2) die gerichtliche Abschließung oder Aufnahme eines solchen Vertrages,
- 3) die Umschreibung des Besitztittels des laudemialpflichtigen Grundstücks im Hypothekenbuch auf den Namen des neuen Erwerbers.

Weder im Allgemeinen Landrechte noch in der Hypothekenordnung findet sich eine Definition des im §. 731 vorkommenden Ausdrucks „gerichtliche Zuschreibung.“ Es muß daher, gemäß §. 46 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, der Sinn, welcher aus den gegebenen Worten des Gesetzes und dem Zusammenhange derselben, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes hervorgeht, erforscht werden. Bleibt man zuvörderst bei dem Wortsinne des Ausdrucks „gerichtliche Zuschreibung“ stehen, so bezeichnet dieser Ausdruck kein zweiseitiges, von den Contrahenten — dem bisherigen Besitzer und dem neuen Erwerber — vorgenommenes Geschäft; also weder die Abschließung oder Aufnahme eines unter denselben verabredeten, noch die Verlautbarung und Bestätigung des bereits aufgenommenen Vertrages, sondern einen Akt des Richters, welcher die Wirkung hat, daß von da an, nicht mehr der bisherige Besitzer sondern der neue Erwerber als der wahre Eigenthümer des betreffenden Grundstücks angesehen werden muß. Diese Wirkung kann aber weder dem unter den Contrahenten abgeschlossenen Vertrage, noch der Verlautbarung desselben beigelegt werden, da der neue Erwerber durch den Vertrag nur einen Titel zum Eigenthum erlangt, das Eigenthum selbst aber erst durch die hinzugekommene wirkliche Uebergabe des Grundstücks erwirbt — §. 1, I, 10 N. E.-R. Die Eintragung des Besitztittels des Grundstücks auf den Namen des neuen Erwerbers, in das Hypothekenbuch, gibt diesem zwar ebensowenig, weder Eigenthum noch einen Titel zum Eigenthum, sie hat aber, nach §. 7, I, 10 N. E.-R. die Wirkung, daß der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer in allen mit einem Dritten über

das Grundstück geschlossenen Verhandlungen, als der Eigenthümer desselben angesehen wird — §§. 49, 55, 92, Tit. 2, Hypotheken-Ordnung. Es wird zwar hiergegen angeführt, daß die Eintragung des Besitztittels in das Hypothekenbuch, sowohl im N. E.-R., als in der Hypotheken-Ordnung, unter dem Namen „Berichtigung des Besitztittels, Vermerkung des Besitztittels im Hypothekenbuche, Eintragung in das Hypothekenbuch“, vorkomme, niemals aber „gerichtliche Zuschreibung“ genannt werde. Derselbe Grund spricht aber auch gegen die oben ad 1 und 2 gedachte Auslegung, da in den Gesetzen nirgend der Ausdruck „gerichtliche Zuschreibung“ als gleichbedeutend mit der Abschließung des gerichtlichen Vertrags, oder mit der Verlautbarung des Vertrages vor dem Richter der Sache, gebraucht wird. Jenes Argument ist aber auch insoweit unrichtig, als in dem §. 125, I, 11 N. E.-R., welcher lautet:

„bei Grundstücken ist zwar die gerichtliche Zuschreibung im Hypothekenbuche für sich allein zur Uebergabe noch nicht hinreichend“, eben nur der richterliche Akt der Berichtigung oder Eintragung des Besitztittels auf den Namen des neuen Erwerbers durch den Ausdruck „gerichtliche Zuschreibung“ bezeichnet wird, und es hierbei von keiner Bedeutung sein kann, daß der im §. 125 l. c. gemachte Zusatz „im Hypothekenbuche“ im §. 731, I, 18 N. E.-R. nicht beigelegt ist.

Allein auch abgesehen von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte „gerichtliche Zuschreibung“ spricht sowohl der Zusammenhang des §. 731 mit andern gesetzlichen Bestimmungen, als der Grund dieses Gesetzes für die Annahme, daß unter „gerichtlicher Zuschrei-

lung“ die Umschreibung des Besitztittels auf den Namen des neuen Erwerbers im Hypothekenbuche, verstanden werden müsse.

Zur Rechtfertigung der ad 1 angegebenen Auslegung, wonach unter der gerichtlichen Zuschreibung die gerichtliche Verlautbarung und Bestätigung des Vertrages verstanden sein soll, wird angeführt: Bei eigentlichen Erbzins = Gütern werde der Anspruch auf die Lehnwaare existent durch die Veränderung, welche sich in der Person des Besitzers ereignet, und durch den in der Annahme des neuen Erbzinsmannes liegenden Kontrakt; und derselbe werde, wenn die Veränderung auf einem Akte unter Lebendigen beruhe, fällig, wenn nach Beschaffenheit des zum Grunde liegenden Titels das Grundstück, dem Eigenthum nach, auf einen neuen Besitzer übergegangen, also in Gemäßheit des Titels die Tradition erfolgt sei.

Nach L. 3 C. de jure emphyt. (IV 66) sei die Aufnahme eines neuen Erbzinsmannes in den Besitz eine feierliche Handlung gewesen, dieselbe habe von dem Erbzins herrn in Person, entweder mittelst einer besondern hierüber gefertigten Urkunde, oder durch eine feierliche, hierauf sich beziehende Erklärung vor Gericht oder vor Notarien, geschehen müssen. Bei den deutschen Erbleihgütern sei es die Investitur gewesen, welche der Obereigenthümer dem neuen Besitzer des Guts auf eine feierliche Art ertheilt habe, und diese Investitur sei dergestalt nothwendig gewesen, daß, wenn sie nicht geschehen, eine Lehnwaare nicht habe verlangt werden können. Die Einweisung in den Besitz bei eigentlichen Erbzinsgütern, sowie die Investitur bei deutschen Erbleihgütern, sei jedoch in den meisten Provinzen Deutsch-

lands abgekommen, ohne daß dafür etwas anderes an die Stelle gesetzt worden sei, und wenn nun gleichwohl der §. 731 die Verbindlichkeit zur Zahlung der Lehnwaare von der gerichtlichen Zuschreibung abhängig mache, so könne hierunter nur die gerichtliche Verlautbarung und Bestätigung des Veräußerungs-Vertrages verstanden werden.

Diese Argumentation ist jedoch nicht haltbar.

Nach Vorschrift der §§. 714, 731, Th. I, Tit. 18 Allg. Landrechts ist jeder neue Erbzinsmann verbunden, nach erfolgter gerichtlicher Zuschreibung des Guts, dem Obereigenthümer die Lehnwaare zu entrichten. Diese Vorschrift gilt sowohl für Veräußerungs- als für Vererbungsfälle, und leidet nach §. 716 l. c. nur dann eine Ausnahme, wenn das Gut auf Erben in absteigender Linie übergeht. Schon hieraus erhellet, daß unter der gerichtlichen Zuschreibung des Guts, die Verlautbarung und Bestätigung des Uebertragungs-Vertrages nicht verstanden sein kann, da in Erbfällen ein solcher Vertrag nicht existirt, mithin von einer gerichtlichen Verlautbarung und Bestätigung desselben nicht die Rede sein kann. Ferner schreibt der §. 63, Tit. 2 der Hypotheken-Ordnung vor, daß es Hinsichts der Frage, ob zur Eintragung des tituli possessionis, außer der gerichtlich oder vor einem Notar erfolgten Aufnehmung des Instruments über den Veräußerungs-Kontrakt, auch noch eine förmliche richterliche Konfirmation, oder gerichtliche Auflassung und Uebergabe des Eigenthums, eine solenne Investitur u. s. w. nothwendig sei, bei den Gesetzen und Verfassungen einer jeden Provinz sein zu verwenden haben solle. Die Nothwendigkeit einer solchen förmlichen richterlichen Confirmation u. s. w. beruhte

hiernach, schon bei dem Erscheinen der Hypothekenordnung, nur noch auf Provinzialgesetzen und Verfassungen und kann daher mit der, im Allgemeinen Landrechte — also durch ein allgemeines Landesgesetz — vorgeschriebenen, gerichtlichen Zuschreibung des Guts nicht für gleichbedeutend angesehen werden. Hierzu kommt, daß es der Annahme: daß die gesetzlich vorgeschriebene gerichtliche Verlautbarung und Bestätigung der Veräußerungs-Verträge an die Stelle der früheren feierlichen Einweisung in den Besitz und der Investitur getreten sei, an aller Begründung mangelt, und diese Annahme schon dadurch widerlegt wird, daß es, bis zum Erscheinen des Gesetzes vom 23. April 1821, einer gerichtlichen Verlautbarung der Verträge über unbewegliche Güter in vielen andern Fällen bedurfte, wo von einer feierlichen Einweisung in den Besitz, oder von einer förmlichen Investitur nicht die Rede sein konnte. Noch weniger begründet ist die ad 2 gedachte Ansicht, welche dahin geht, daß die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Lehnwaare mit dem erfolgten Abschlusse des Veräußerungs-Vertrages und der Uebergabe des Grundstücks existent werde, und daß daher der im §. 731. gebrauchte Ausdruck „gerichtliche Zuschreibung des Guts“ für gleichbedeutend mit „gerichtlicher Abschließung des Kontrakts“ zu betrachten sei. Denn auch diese Auslegung kann schon darum nicht die richtige sein, weil sie die Fälle ausschließt, wo das laudemialpflichtige Grundstück ohne einen Veräußerungs-Vertrag auf einen Andern übertragen wird. Dieser Auslegung steht ferner entgegen, daß zur Uebertragung des Eigenthums eines solchen Guts, nicht nothwendig die Abschließung eines gerichtlichen Kontrakts erforderlich ist, sondern dazu, außer der Uebergabe, nach §. 17, Tit. 10 und §. 120, Tit. 5, Th. I N. L. & R. schon eine außergerichtlich errichtete Punktation genügt, in diesem Falle also von einer gerichtlichen Zuschreibung des Guts nicht die Rede sein könnte.

Endlich geht aus den Vorschriften der §§. 736, 738, Th. I, Tit. 18 N. L. & R., welche verordnen:

§. 736. Wird die Erwerbung auch nach erfolgter Zuschreibung als nichtig und unkräftig wieder

aufgehoben, so kann das bezahlte Laudemium wieder zurückgefordert werden.

§. 738. Ein nach geschehener Zuschreibung freiwillig erfolgender Rücktritt der Kontrahenten wird als ein neues Kaufgeschäft angesehen,

klar hervor, daß das Gesetz die gerichtliche Zuschreibung des Guts als einen, von der Erwerbung dessen resp. von dem Abschlusse des Veräußerungsvertrages verschiedenen Akt angesehen hat.

Alle diese Gründe, welche der ad 1 und 2 gedachten Auslegung des §. 731 entgegenstehen, fallen weg, wenn man unter „gerichtlicher Zuschreibung des Guts“ die Berichtigung des Besitztittels des Guts für den neuen Erwerber im Hypothekenbuche versteht. Für diese letztere Auslegung (ad 3) spricht insbesondere noch die Kabinetts-Ordre vom 6. Oktober 1833, wonach zu denen, welche die Berichtigung des Besitztittels zu verlangen berechtigt sind, namentlich auch die Gutsherrschaften gerechnet werden sollen, wenn sie auch nur die Entrichtung eines Laudemiums, bei Gelegenheit der Berichtigung des Besitztittels, zu fordern haben. Ebenso gesteht das Publicandum vom 1. Oktober 1805 im §. 3 dem Obereigenthümer, welcher wegen Realleistungen oder Abgaben — also auch wegen der an ihn zu entrichtenden Lehnwaare — ein Interesse dabei hat, daß der Besitzer seinen Besitztittel berichtige, die Befugniß zu, zu verlangen, daß der Besitzer hiezu vom Gericht angehalten werde. Aus diesen Vorschriften muß man folgern, daß die Verpflichtung des neuen Erbzinsmannes zur Entrichtung der Lehnwaare, durch die vorgängige Berichtigung seines Besitztittels bedingt sei, indem ohne diese Annahme der Obereigenthümer wegen der an ihn zu zahlenden Lehnwaare kein Interesse haben würde, die Berichtigung des Besitztittels für den neuen Erwerber zu verlangen. Der Grund der Vorschrift des §. 731 l. c. kann kein anderer sein, als daß der neue Erwerber des laudemialpflichtigen Gutes zur Entrichtung der Lehnwaare nicht eher verbunden sein soll, als bis er sich im sicheren und uneingeschränkten Besitze des Grundstücks befindet.

Diese uneingeschränkte Dispositions-Befugniß kann er aber nur durch die Berichtigung seines Besitztittels erlangen, da, so lange diese nicht erfolgt ist, ihm nicht das Recht zusteht Eintragungen oder Löschungen im Hypothekenbuche vornehmen zu lassen, und er die, von dem früheren noch eingetragenen Besitzer mit Andern über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen, nicht anfechten kann. Der Grund des Gesetzes steht daher der neueren Auslegung des §. 731 ebenfalls zur Seite, und es kann dagegen — wie schon bemerkt worden — nicht eingewendet werden, daß die Eintragung des Besitztittels in das Hypothekenbuch kein zur Erwerbung des Eigenthums geeigneter Titel ist.

Es ergeben ferner die Materialien des N. E. = R mit voller Bestimmtheit, daß unter dem Ausdruck im §. 731 „gerichtliche Zuschreibung“ die Berichtigung des Besitztittels verstanden werden müsse. Zu dem gedruckten Entwurf des allgemeinen Gesetzbuchs Thl. II, Abth. 3, Tit. 17, §. 60, welcher dieselbe Bestimmung als der §. 731 l. c. enthält, war nämlich im extractus monitorum erinnert: „daß die Vorschrift des §. 60, „keinen Zweifel habe, wenn der Erbzinsherr zugleich Gerichtsobrigkeit sei. Im entgegengesetzten Falle aber sollte „die gerichtliche Zuschreibung nicht eher erfolgen, als „bis der neue Besitzer die Lehnwaare bezahlt, und dieß „durch Quittung nachgewiesen habe.“

(Materialien des N. E. = R. Bd. LXXIX fol. 316.)

Auf dieses Monitum bemerkte Surarez in der revisio monitorum: „Einige Monenten meinen, die Zuschreibung „sollte nicht eher geschehen, als bis die Quittung über „das berichtigte Laudemium producirt werde. Das ist „aber ganz falsch. Den Consens des dominus directus „muß der neue Besitzer bei der Berichtigung seines tituli „possessionis produciren. Das Laudemium aber bezahlt „er erst nach wirklich ergriffener possessione civili.“

In eben diesem Sinne ist der §. 731 in neuester Zeit, bei der Ausarbeitung des revidirten Entwurfs des Sachenrechts, aufgefaßt worden. Der dem §. 731 entsprechende §. 507 des Entwurfs (pag. 88) lautet: „der neue Besitzer ist das Laudemium bei der Uebergabe „des Guts zu entrichten schuldig,“ und in den Moti-

ven ist über die abgeänderte Wortfassung bemerkt (pag. 155): „der Zeitpunkt, in welchem die Lehnwaare „entrichtet werden muß, ist im §. 507 nicht — wie §. „731, — nach der erfolgten gerichtlichen Zuschreibung, „sondern nach der Uebergabe des Guts bestimmt, weil  
 „ 1) die gerichtliche Zuschreibung in denjenigen Ges-  
 „ genden, wo das Hypothekenbuch noch nicht ein-  
 „ richtet ist, häufig sehr weit aussehend ist, und  
 „ 2) selbst dann, wenn das Hypothekenbuch vollendet  
 „ sein sollte, manchen verzögernden Zufälligkeiten un-  
 „ terliegt“ ic.

**II.** Was nun die zweite Frage betrifft: ob der §. 731, durch die Kabinetts-Ordre vom 31. Oktober 1831 (über die Verpflichtung der Eigenthümer zur Verichtigung des Besitztittels ihrer Grundstücke) seine Anwendbarkeit verloren habe?

so ergibt sich eben aus dem Inhalte dieses Gesetzes, daß durch dasselbe der §. 731 nicht außer Anwendung gesetzt sein kann. Denn in der Kabinetts-Ordre vom 31. Oktober 1831 ist zwar die Zwangsverbindlichkeit der Grundbesitzer zur Verichtigung des Besitztittels ihrer Grundstücke, für suspendirt erklärt, zugleich aber verordnet, daß die vorgeschriebene Einwirkung der Gerichte zum Zweck der Verichtigung des Besitztittels alsdann eintreten solle, wenn die Eintragung von dem Besitzer, oder einem hypothekarischen Gläubiger, oder einem sonstigen Berechtigten nachgesucht werde, und in der Kabinettsordre vom 6. Oktober 1833 (über das bei Verichtigung des Besitztittels in Folge der Kabinetts-Ordre vom 31. Oktober 1831 von den Hypothekenbehörden zu beobachtende Verfahren) ist ausdrücklich bestimmt, daß zu den „sonstigen Berechtigten“ untern Andern auch die Gutsherrschaften zu rechnen seien, „wenn sie auch nur die Entrichtung „des Laudemiums, „oder eine andere gutsherrlichen Abgabe bei Gele- „genheit der Verichtigung des Besitztittels zu fordern „haben.“

Es ist hiernach den Gutsherrschaften freigestellt, wenn sie es, wegen der an sie zu entrichtenden Laudemien, ihrem Interesse angemessen finden, die Eintragung des Besitztittels auf den Namen des neuen Erwerbers im Hypothekenbuche zu verlangen.

Die Annahme, daß die Vorschrift des §. 731, I, 18 N. E. = N. durch die Kabinettsordre vom 31. Oktober 1831 ihre Anwendbarkeit verloren habe, entbehrt daher aller Begründung.

### Nachschrift.

Die Bedenken gegen die neue Auslegung sind doch nicht alle befriedigend beseitigt, und die Gründe für dieselbe sind nicht völlig überzeugend. Auf eine ausführliche Darlegung einzugehen, gestattet der Raum nicht mehr, nur Einiges will ich kurz andeuten, die weitere Ausführung und Begründung einer spätern besondern Arbeit vorbehaltend.

Der Ausdruck „gerichtliche Zuschreibung“ soll kein zweiseitiges Geschäft bezeichnen. Das Wort „Zuschreibung“ ist kein Lehrausdruck (*terminus technicus*), sondern ein aus der Sprache des gemeinen Lebens entnommener Ausdruck; und wenn man also den damit bezeichneten Begriff ausmitteln will, so muß man hinuntersteigen, um den Gebrauch kennen zu lernen. Macht man dabei den Beobachter, so begegnet man täglich Personen, die ihrer deutschen Muttersprache recht wol gewachsen sind, unter welchen Einer zu den Uebrigen spricht: „ich habe heute meinem Sohne mein Gut zuschreiben lassen.“ Damit meint er nichts Anderes als die gerichtliche Niederschreibung des Contracts zwischen ihm und seinem Sohne. Denkt er dabei gleich an die Thätigkeit (einen Akt) des Richters, so meint er damit doch eben nur die Aufnahme des Akts über die Gutsüberlassung. Das Landrecht selbst bezeichnet mit der „Zuschreibung“ das Rechtsgeschäft unter den Contrahenten; denn in den §§. 742 und 743 a. a. O. werden in Beziehung auf die Auseinandersetzung mehrerer Miterben, wobei Einer das Gut übernimmt, die Redensarten: „Das Gut Einem von ihnen zuschreiben“, und „das Gut Einem von ihnen zuschlagen“, gleichbedeutend gebraucht. Ferner setzt das N. E. = N., indem es die Fälligkeit des Laudemii von der gerichtlichen Zuschreibung abhängig macht, auch eine außergerichtliche voraus, die, wie der Sprachgebrauch auch ganz richtig angibt, augenscheinlich nur

die Handlung, wodurch Einer auf den Andern das Grundstück überträgt (den Titel) bezeichnet. Beide Arten von Zuschreibungen, die gerichtliche und die außergerichtliche, müssen das Wesen einer Zuschreibung überhaupt miteinander gemein haben; dasjenige, was die Art bestimmt, kann das Wesen nicht ändern. Das würde aber nach der neuen Auslegung der Fall sein: die gerichtliche Zuschreibung wäre wesentlich etwas ganz Anderes als die außergerichtliche, was nicht annehmbar ist. Der Nachdruck ist im §. 731 lediglich auf das Wort „gerichtliche“ zu legen.

Bei Erbfällen, heißt es, würde eine gerichtliche Zuschreibung nicht vorkommen können, wenn darunter die Verlautbarung verstanden werden sollte. Dieß ist nicht so allgemein richtig. Nach §. 3 am Ende, Tit. 1, Th. II der Allg. Gerichtsordnung mußten auch Erbvergleiche, wodurch Verfügungen über ein Grundstück getroffen worden, bei dem Richter der Sache besonders verlautbart werden. Das Gesagte würde also nur bei einem Einzelerben zutreffen. Aber dieser ist, nach §. 732 des N. L. R. a. a. O., ja auch schuldig, einen neuen Erbzinnsbrief zu lösen, folglich kann die Zuschreibung an ihn allerdings, ohne Verichtigung des Besitztitels, geschehen.

Aus den §§. 736, 738 soll klar hervorgehen, daß das Gesetz die gerichtliche Zuschreibung des Guts als einen von der Erwerbung dessen, resp. von dem Abschlusse des Veräußerungsvertrages verschiedenen Akt angesehen hat. Dieses geht aus diesen Paragraphen gar nicht hervor, obgleich der Fall jedesmal in dieser Art wirklich vorkommen kann; denn es kann immer eine außerordentliche Zuschreibung vorhergehen.

Der neuen Auslegung steht das Bedenken entgegen, daß das Gesetz unvollständig, und die Mehrzahl der Berechtigten in einen rechtlosen Zustand versetzt worden sein würde. Die Bestimmung des §. 731 steht wörtlich schon im Entwurf zum Allg. Gesetzbuch, wie auch in den Gründen angegeben ist. Damals war erst von einem kleinen Theile der Besitzungen im Lande das Hypothekenbuch regulirt, es ist noch jetzt, 70 Jahre später, nicht überall völlig regulirt. Für die bei weitem größte Mehrzahl der Berechtigten hätte mithin die Be-

stimmung darüber: wann sie die Lehnwaare sollten einfordern dürfen, ganz gefehlt; folgerecht müßten sie also, zufolge der neuen Auslegung, ihres Rechts verlustig gegangen sein. Eine derartige Verfügung kann dem Gesetzgeber nicht beigemessen werden.

Ferner. Die gesetzliche Bestimmung würde, nach der neuen Auslegung, mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ohne Zweck oder innere Nothwendigkeit, in Widerspruch stehen und rechtsverlegend sein. Denn es soll danach die Fälligkeit der, durch die geschehene Uebertragung des Eigenthums an den neuen Erwerber vollkommen begründete und entstandene, Forderung des Obereigenthümers von einer Bedingung abhängig sein, deren Erfüllung in der Willkür des Schuldners ist, oder doch von ihm verhindert wird. Ganz abnorm ist das Verlangen, daß der Berechtigte den widerwilligen Schuldner in diesem Falle zwingen soll, die Bedingung zu erfüllen, während doch von Bedingungen die Regel ohne Ausnahme gilt, daß in einem solchen Falle zum Besten des Berechtigten die Bedingung für erfüllt gilt\*). Gleichfalls ist es abnorm, daß in diesem Falle der Berechtigte erst auf dem weiten Umwege und mit Kosten durch Erzwingung einer Handlung des Schuldners soll zu seinem Interesse gelangen können, während es nach der Rechtsregel in seiner Wahl steht, sogleich sein Interesse zu fordern. Zu solchen ganz positiven Abnormitäten liegt in dem fraglichen Rechtsverhältniß ganz und gar kein Grund, und kein Zweck, und schon darum ist die neue Auslegung nicht für die richtige anzunehmen.

---

\*) A. L. R. Th. I, Tit. 4, §. 105 flg.