

Mitteilungen

des

Oberösterreichischen Landesarchivs

21. Band



Linz 2008

INHALT

Die Herren von Machland und ihre Verwandten im 11. und 12. Jahrhundert von Michael Hintermayer-Wellenberg	5
Das Machland und seine Herren von Hans Krawarik	31
Probleme der Chronologie und Genealogie in Notizen aus dem ältesten Teil des Ranshofener Traditionskodex (Zum Erscheinen der Schiffmann-Ausgabe vor 100 Jahren) von Rudolf Wolfgang Schmidt	107
Studien zur Geschichte des Augustiner Chorherrenstiftes Ranshofen am Inn und seines Archivs von Laura Scherr	143
Waldenfels im Mühlviertel. Untersuchungen zur Geschichte der Herrschaft und ihrer Besitzer von Klaus Birngruber	249
Die oberösterreichische Landtafel von 1616/1629 und die Rezeption des römisch-kanonischen Rechts - eine erste Bilanz von Jan Peter Krohn	425
„Armenpflege der eisernen Faust“ Öffentliche Fürsorge und die Verfolgung „Asozialer“ im Reichsgau Oberdonau von Jürgen Tröbinger	617
Ein Stück meiner Erinnerungen: Die Anfänge der Zeitgeschichtsforschung in Oberösterreich von Harry Slapnicka	693

V. KONTRAKTE UND DELIKT

Das gemeine Recht überwiegt. Deutsches Recht hat sich vor allem bei Kauf und Bürgschaft behauptet. Polizeirecht regelt den Kredit, den Handel, den Liegenschaftsverkehr und die Arbeitsverhältnisse der einfachen Landbevölkerung.

1. Darlehen (III 2)

Die Landtafel folgt hier im Wesentlichen dem *Ius commune*. Einige Normen sind jedoch partikularrechtlich, insbesondere polizeirechtlich. Etwa die Hälfte der Vorschriften entstammt dem Kurpfälzer Landrecht.

Die Landtafel versteht das Darlehen als „*mutuum*“, beruft sich aber auch auf den Landesbrauch⁴¹³:

„Sovil dan die erste [Art] 'Form' des leichens (*mutuum* genant) belangt, bestehet dasselbige nach Ausweisung der Rechten, auch gemeinen üblichen Landtgebrauch, in Lechen oder Fürstreckhen beweglicher Sachen, als Gelt, Fricht, [Wein, Specereyen] und dergleichen, so mit Anzall, Maß oder Gewicht dargezalt, gemessen, fürgetragen und -1 gleichsamb für Aigen dem Entlechner und debitori, seiner Gelegenhait und Gefallens nach darmit zu handeln, dergstalt gegeben und eingeliffert werden, -2 daß er nit dasselbig, so er empfangen, sonder ein ander gleichmeßiges am Wesen, Art und Güete zu bestimbter Zeit dafür erstatte und guetmache.“ (III 2 § 5).

Das Darlehen ist grundsätzlich zinslos (III 2 § 8 VLT, III 3 § 1)⁴¹⁴. Dies folgt aus des „*Contracts aigentlicher Arth und Natur*“ und entspricht den „*Rechten und herkhommenen Gebreichen*“ (III 2 § 8 VLT). Ein gesetzlicher Zinsanspruch besteht nur im Verzugsfall (III 3 § 5). Der Verzugszins beträgt nach der VLT 6 %, nach der CLT

⁴¹³ Zur Übereinstimmung des Darlehensbegriffs mit dem römischen Recht: Kunkel/Honsell, Römisches Recht, S. 296 - 297; Windscheid, Pandekten II, § 371.

⁴¹⁴ Zur Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht: Windscheid, Pandekten II, § 371.

5 %; letzterer Wert entspricht dem Reichsrecht⁴¹⁵. Das Darlehen ist verzinslich, wenn die Parteien dies vereinbart haben (III 3 §§ 2, 3). Zinsen waren im Reich seit dem 16. Jahrhundert zulässig: An die Stelle des Zinsverbots trat das System gesetzlicher Höchstzinsen⁴¹⁶. Diesem folgt die Landtafel: Sie gestattet Zinsen von bis zu 6 % (III 3 § 2). Dieser Höchstzinssatz ist der des justinianischen Rechts⁴¹⁷. Nach der Reichspolizeiordnung von 1577 liegt die Obergrenze bei 5 %⁴¹⁸. Die zeitgenössischen deutschen Partikularrechte schwanken zwischen dem Reichsrecht und dem römischen Recht⁴¹⁹.

Der Zins beziehungsweise der Wucher ist auch Gegenstand des Polizeirechts: Unzulässig hohe Zinssätze sind strafbar (III 3 § 4). Verboden ist auch der Vorabzug der Zinsen vom Kapital: *„Demnach auch fürkhomen, daß etliche gleich anfangs des Fürlebens alsbalt den geschlossenen Zins von der Hauptsumma hindangezogen und in Henden behalten (welches ganz unbillich, sintemal dergstalt der Schuldner auch von dem, so er nicht völlig genossen, den Zins geben müeßte), als wöllen wir solchen wuecherlichen Gebrauch hiemit allerdings cassiert, aufgehelt und abgethan haben ...“* (III 3 § 8).

Die Regelung des Wertschwankungsrisikos folgt dem gemeinen Recht: Grundsätzlich ist der Betrag zurückzuerstatten, der geliehen wurde. Ist der Schuldner allerdings im Verzug, kann der Gläubiger Ersatz eines etwaigen Wertverlustes verlangen (III 2 §§ 11, 13)⁴²⁰. Eine Wertsteigerung bleibt dagegen unberücksichtigt (III 2 § 14).

Die Beweiskraft des Schuldscheins entspricht im Wesentlichen dem *Ius commune*: Der Schuldschein gilt erst zwei Jahre nach seiner Ausstellung als Beweismittel (III 2 §§ 34, 35)⁴²¹. Bestreitet der Schuldner vor Ablauf dieser Frist die Auszahlung des Darlehens, muss

⁴¹⁵ Festgelegt wurden die Verzugszinsen im Reichsdeputationsabschied von 1600, § 139 (Stobbe, Deutsches Privatrecht III, S. 350).

⁴¹⁶ Dazu Coing, Europäisches Privatrecht, S. 479.

⁴¹⁷ Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht III, S. 350.

⁴¹⁸ Stobbe, Deutsches Privatrecht III, S. 350.

⁴¹⁹ Stobbe, Deutsches Privatrecht III, S. 351.

⁴²⁰ Vgl. Coing, Europäisches Privatrecht, S. 471.

⁴²¹ Zur Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht: Windscheid, Pandekten II, § 372.

der Gläubiger zu anderen Beweismitteln greifen (III 2 § 34). Sind die zwei Jahre verstrichen, wandelt sich die Rechtslage fundamental: Nach der Landtafel obliegt der Beweis fortan dem Schuldner (III 2 § 36), nach römischem Recht gilt das Empfangsbekenntnis nun als absoluter Beweis, den der Schuldner nicht bestreiten kann⁴²².

Partikularrechtlich ist die Regelung des Spezialmoratoriums, des obrigkeitlich verfügten Zahlungsaufschubs zu Gunsten eines bestimmten Schuldners. Dieses Institut entwickelte sich im 14. Jahrhundert, die Legisten leiteten es aus dem römischen Recht her⁴²³. Die Landtafel beschränkt seine Zulässigkeit:

„Aber auf lange Jar Termin und Stilstandt zu geben wider der Creditorn Willen soll kheiner nachgesetzten oder nidern Obrighkhit zuegelassen, sonder allerdings im ganzen Landt verbothen sein.“ (III 2 § 28).

Die Obrigkeit soll zunächst versuchen, die Gläubiger zu einem Aufschub zu bewegen (III 2 § 27). Auch das landesfürstliche Moratorium wird reglementiert:

„Wie dann auch wür selbst hinfüro - außer sonderlichen Ursachen und ohne zuvor abgeforderten und genuessamen eingenommenen Bericht von unsern Landtshaubtmann und der Obrighkhit, darunter dergleichen Schuldner gesessen - niemandt dergleichen bewilligen, noch mit ainigem moratorio oder Eisen-, Frey- und Glaidtsbrief die billiche und rechtmäßige Execution in richtigen Schulden nit sperren und aufhalten lassen, weil die Erfahrung gibt, daß es zu merckhlichem Abfall des Landts Credits, Trauen und Glauben gereicht, auch vil ander und böse Nachfolgen und landtschedliche Inconvenientien daraus entstehen“ (III 2 § 29).

⁴²² Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht III, S. 346.

⁴²³ Die gesetzliche Grundlage sah man in einer wohl missverstandene Verordnung Kaiser Konstantins I. (Cod. 1,19,2) und in Cod. 7, 71, 8 (HRG III, Moratorium - R.Wulf, Spalten 669 - 670).

2. Leihe (III 4)

Die Vorschriften zur Leihe wurden fast gänzlich übernommen aus dem Kurpfälzer Landrecht. Sie entsprechen dem justinianischen Recht⁴²⁴, orientieren sich allerdings an den ständischen Verhältnissen. So beziehen die III 4 §§ 4, 5 sich auf Schäden, die von „*Botten*“, „*Khnecht*“, „*Diener oder Gsindt*“ verursacht wurden, und III 4 § 13 verneint eine Haftung der „*Herrschaft*“ für den Schaden aus einer Leihe, die das „*Gesindt*“ ohne ihr „*Vorwissen und Geheiß*“ eingegangen ist.

3. Sach- und Gesindemiete (III 5, 6)

Die Sachmiete folgt dem gemeinen Recht, die Gesindemiete dem Polizeirecht. Im Prinzip handelt es sich um ein einheitliches Institut, die „*locatio conductio*“⁴²⁵:

„Die dritte [Art] 'Form' des Leichens würdt locatio[nis] et conductio[nis contractus] genant, da nemblich einer sein ligent oder fahrendes Gueth oder auch Person und Arbeit zu eines andern Nuz und Gebrauch nicht vergebens und aus lauter Freundschaft und nachbarlichen Willen (wie in vorgehenden contractu commodati angezeigt), sondern umb ein benant Gelt, Lohn oder Zins hinzueleichen

⁴²⁴ Zu dessen gemeinrechtlicher Fortgeltung: vgl. Coing, Europäisches Privatrecht, S. 480; zur Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht: zum Begriff (§ 1): Windscheid, Pandekten II, § 374; zur Gebrauchsbefugnis und Verwahrungspflicht des Empfängers (§ 2): Windscheid, a.a.O., § 374, Ziff. 2, § 375, Ziff. 1; zur Haftung für Scheid, Pandekten II, § 374; zur Gebrauchsbefugnis und Verwahrungspflicht des Empfängers (§ 2): Windscheid, a. a. O., § 374, Ziff. 2, § 375, Ziff. 1; zur Haftung für Schäden am Leihgegenstand (§§ 3 - 5): Windscheid, a. a. O., § 375, Ziff. 1; zum Ersatz von Schäden, die aus einem Mangel des Leihgegenstandes herrühren (§§ 6, 7 VLT): Windscheid, a. a. O., § 375, Ziff. 2; zur Dauer der Leihe (§ 8, § 9 VLT, § 10 VLT): Windscheid, a. a. O., § 375, Ziff. 1; zum Verwendungsersatzanspruch des Empfängers (§ 11 VLT): Windscheid, a. a. O., § 375, Ziff. 2, zu Fn. 15; zur Unentgeltlichkeit (§ 12): Windscheid, a. a. O., § 374, Ziff. 3.

⁴²⁵ Dazu Coing, Europäisches Privatrecht, S. 456 - 457.

verspricht und zugesagt.“ (III 5 § 1).

Die Sachmiete ist in III 5 geregelt. Sie trägt zwar die alte österreichische Bezeichnung „*Bstandtsverleihung*“ (III 5, Titelüberschrift)⁴²⁶, doch die mietrechtlichen Vorschriften sind im Wesentlichen gemeinrechtlich⁴²⁷.

Bei der Gesindemiete knüpft die Landtafel an die Sachmiete an: „*Was in vorgehendem Titul von der Natur und Aigenschaft des Bstandts gesagt ist, das ist auch auf die Bestellung und Annemmung der Ehehalten, Dienenden und umb den Lohn arbeitenten Gesindt zu verstehen - -1 sintemall auch dieselbige mit irer Arbeit auf ein gewisse Zeit bestellt oder bedingt werden.*“ (III 6 § 1).

Die übrigen Vorschriften des III 6 zählen jedoch sämtlich zum Polizeirecht, das für die Gesindemiete im *Usus modernus* generell maßgeblich war⁴²⁸. Der Grundgedanke des Gesinde-Polizeirechts ist die Arbeitspflicht der Untertanen⁴²⁹. Die Landtafel regelt sie wie folgt: Haben Kinder das fünfzehnte oder sechzehnte Lebensjahr erreicht, und sind sie „*frei, müeßig, unverbunden und ohne Dienst*“, sollen ihre Eltern sie der Obrigkeit melden, und sie dieser oder Dritten „*zu ehrlichen Diensten gegen gebürlichen Besoldung ... verlassen und ... verdingen*“ (III 6 § 9). Die Begründung der Arbeitspflicht ist bemerkenswert:

„*Und weil uns auch zuvor mehrmallen fürkhommen, was [uns und unsern armen Underthonen] 'dem Landt' für große Mangl und Beschwer an dem dienenden Gesindt und Tagelöhnern durch derselben*

⁴²⁶ Zu dieser Bezeichnung: Wesener, Buchbesprechung: Genius, S. 341, Anm. 27.

⁴²⁷ Zur gemeinrechtlich umstrittenen Sachleistung als Mietlohn (§ 2): Coing, Europäisches Privatrecht, S. 457; zur Gebrauchsgewährungspflicht (§ 3): Windscheid, Pandekten II, § 400, Ziff. 1; zur Haftung für eine Verschlechterung der Mietsache (4): Windscheid, a. a. O., § 400, Ziff. 2; zur Rückgabe des Mietgegenstandes und zur Zahlung des Mietgeldes (§ 6): Windscheid, a. a. O., § 400, Ziff. 2; zum Verwendungsersatzanspruch des Mieters (§ 7): Coing, Europäisches Privatrecht, S. 457; zur Beendigung des Miete (§ 8): Kunkel/Honsell, Römisches Recht, S. 326; zur vorzeitigen Kündigung (§§ 10 -16): Windscheid, a. a. O., § 402, Ziff. 2a).

⁴²⁸ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 460 - 461; Schmelzeisen, Polizeiordnungen, S. 314-315.

⁴²⁹ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 461; zur Arbeitspflicht auch Schmelzeisen, Polizeiordnungen, S. 315 - 328.

unmeßige Staigerung ihrer Lidlohn und Taglohn, auch in andere Weg je lenger je mehr, zustehe. (-1 Welche Mengl und Beschwerdten aber fürnemblich aus dem erfolgt, daß man bisher sovil lediges Gesindt und Tagwercher frei, außer verstrickhter Dienst, im Landt gedult und -2 dann, daß die Eltern zum Thail ihre Khinder - Söhn und Töchter, deren sie zu ihrer [Ehe-Haushaltung] 'aignen Haushaltung' nit notturfftig sein - selbst mehr auf Tagwerckhen und ihrem aignen freyen Willen nachzulauffen bei sich anhaimbs behalten, als daß sie es zu ehrlichen Diensten befördert und gelassen hetten), -3 demnach so setzen, ordnen und wällen war, ... "(III 6 § 9).

Kurzum, das Lohnniveau sei mangels arbeitswilligen Gesindes zu hoch. Hier Abhilfe zu schaffen, liegt wohl vor allem im Interesse der Stände.

Die Landtafel wendet sich insbesondere gegen das unbefugte Verlassen des Dienstherren (III 6 §§ 3-5)⁴³⁰. Sie verfügt, dass kein Knecht oder Dienstbote ohne ein Zeugnis der vorigen Herrschaft eingestellt werden soll (III 6 § 14). Die Landtafel enthält aber auch Vorschriften, welche die Untertanen begünstigen: Sie verpflichtet die Herrschaft, „gebürliche Besoldungen“ zu leisten (III 6 § 12). Außerdem schützt sie das Recht des Gesindes, sich nach Ablauf der vereinbarten Dienstzeit einen neuen Dienstherren zu suchen (III 6 § 13). Schließlich ist die christliche Moral für beide Seiten verbindlich: Die Herrschaft ist schuldig, sich „gebürlich und christlich, nit als gegen leibsaignen Khnechten tiranisch und unbarmherzig zu erweisen“, das Gesinde ist verpflichtet, sich „erbar, fromb und gehorsamb zu erzaigen“ (III 6 § 2)⁴³¹.

⁴³⁰ Zum „Entlaufen“: Schmelzeisen, *Polizeiordnungen*, S. 345.

⁴³¹ Zu diesen gegenseitigen Pflichten: Schmelzeisen, *Polizeiordnungen*, S. 340 - 341, 345.

4. Handwerker: Werkvertrag und Handwerksordnung (III 7)

Das Recht der Handwerker war in der frühen Neuzeit in allen wesentlichen Punkten durch Zunftstatuten geregelt⁴³² - doch die Landtafel folgt zunächst dem Werkvertragsrecht des *Ius commune*. Sie behandelt: die Leistungspflicht des Handwerkers (III 7 § 1), dessen Schadensersatzpflicht (III 7 § 2) und Lohn (III 7 §§ 3, 4), den Verzug (III 7 §§ 5 - 7) sowie die Verpflichtung mehrerer Handwerker (III 7 § 8)⁴³³. Die Hälfte dieser Vorschriften wurde übernommen aus dem Kurpfälzer Landrecht.

Die Bestimmungen zu den Arbeitsverhältnissen der Handwerker sind polizeirechtlicher Art. Sie schützen den guten Ruf der Handwerker, Gesellen und Knechte: Wer schmäh, muss ein Gerichtsverfahren einleiten, in welchem der erhobene Vorwurf geklärt wird (III 7 §§ 9, 10). Bevor dies abgeschlossen ist, soll niemand „für unredlich gehalten werden oder in seinem Handtwerckh gespert sein“ (III 7 § 9). Die VLT verbietet ferner „der Gesöllen und Khnecht Schanckungen und unnuze Zerungen“ (III 8 § 11 VLT).

5. Verwahrung (III 13)

Fast sämtliche Vorschriften zur Verwahrung wurden übernommen aus dem Kurpfälzer Landrecht. Sie folgen weitgehend dem justinianischen Recht⁴³⁴. Der Haftungsmaßstab des Verwahrers weicht da-

⁴³² Coing, Europäisches Privatrecht, S. 460.

⁴³³ Zur Übereinstimmung mit dem *Ius commune*: zu den §§ 1 - 4: Windscheid, Pandekten II, § 401; zu den §§ 5 - 7: Coing, Europäisches Privatrecht, S. 436 - 437; zu § 8: Coing, Europäisches Privatrecht, S. 449; Käser, Römisches Privatrecht II, S. 328 - 329.

⁴³⁴ Vgl. zur gemeinrechtlichen Fortgeltung des justinianischen Rechts: Coing, Europäisches Privatrecht, S. 480; zum Begriff (§§ 1, 4): Windscheid, Pandekten II, § 377; zur Sequestration (§ 2): Windscheid, a.a.O., § 380; zur gerichtlichen Hinterlegung (§ 3): Windscheid, a.a.O., § 347; zur Haftungserschwerung des Verwahrers bei Vorliegen von Eigeninteresse (III 13 § 8): Windscheid, Pandekten II, § 378, Ziff. 1, zu Fn. 6; zum Verbot des Verwahrers, die ihm anvertraute Sache zu gebrauchen (§ 11): Kunkel/Honsell, Römisches Recht, S. 302; zur

von allerdings ab: Der Verwahrer hat für die „*diligentia quam in suis*“ einzustehen (III 13 § 7) - das gemeine Recht hielt stets am Grundsatz fest, die grobe Fahrlässigkeit, die „*culpa lata*“, bilde die äußerste Grenze der Haftung⁴³⁵.

6. Kauf (III 14, 21)

Das *Ius commune* überwiegt, ein beträchtlicher Teil dieser Vorschriften entstammt dem Kurpfälzer Landrecht. Das Polizeirecht beschränkt die Vertragsfreiheit, das deutsche Recht regelt die Gewährleistung. Die Landtafel beginnt beim Kauf ähnlich wie die Institutionen:

Landtafel, III 14 §1

„Wann irer zwen oder mehr miteinander ainer failgemachten Sach haben umb Überantwortung derselben, auch umb den gewissen Khauffschilling aines worden, so ist der Khauff gleich crefftig geschlossen, I ungeacht khain [Arrha oder] Leykauff darauf gegeben noch einiger Brieff dest wegen aufericht worden.“

Inst. 3, 23 pr.

„*Emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio converit quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit.*“⁴³⁶

Mehrheit von Hinterlegern (§ 13): Glück's Commentar, Band 15, S. 228; zur Rückgabepflicht (§ 14): Windscheid, a. a. O., §378, Ziff. 1; zum Ort der Rückgabe (§ 17): Glück's Commentar, Band 15, S. 204 - 205. Bei der Haftung für die in einem geschlossenen Behälter hinterlegten Sachen (III 13 §§ 22, 23) folgt die Landtafel der gemeinrechtlichen Praxis (Glück's Commentar, Band 15, S. 186 -188). Zur Hinterlegung in Notzeiten (§25): Glück's Commentar, Band 15, S. 208 - 218.

⁴³⁵ So Sachers, Verschuldenshaftung des Depositars, S. 80; zum *Ius commune* auch: Glück's Commentar, Band 15, S. 171; Vering, Gemeines Privatrecht, S. 557 (§200 I.); Windscheid, Pandekten II, § 378, Ziff. 1.

⁴³⁶ „Ein Kaufvertrag kommt zustande, sobald man über den Preis einig ist, mag auch der Preis noch nicht gezahlt und nicht einmal ein Angeld gegeben worden sein“ (Institutionen-Übersetzung).

Nach mittelalterlichem deutschen Recht kommt der Kauf zustande durch die Hingabe eines Angeldes („*Arrha*“) oder durch gemeinschaftlichen Trunk („*Leykauff*“) ⁴³⁷. Nach der Landtafel ist der Kaufvertrag grundsätzlich formfrei (III 14 §§ 1, 14) ⁴³⁸. Der aus dem Kurpfälzer Landrecht übernommene III 14 § 16 schränkt dieses Prinzip jedoch ein: „*Obwoll vermög der Rechten ... allein der Contrahirenden Will und aigentlicher Verstand gnuegsamb ... jedoch weil diser Contract vor andern fürnemblich gebraucht würdt, derowegen billich, daß allem Betrug, Vortl und Vernachtailung, sovil müglich, vorkommen, hingegen aber alle Erbar- und Aufrichtigkhait gepflanzt werde, und damit auch die Obrigkhait deren under ieren Gebieten ligunden Güetter Veränderung halben sovil besser Wissenschaftt haben, demnach sezen und ordnen wür, daß fürohin alle Verkhauff und Khauff umb ligende Güeter, Gerechtigkhaiten, Dienstbarkhaiten, jährliche Zins und was dergleichen den ligenden Güetter gleich zu halten, anderst nit, dann in Schrifftten durch ordenliche Khauffsnotul [mit eines oder zween Zeugen Ferttigung] und - was die gemaine Underthonen - vor der Obrigkhait, darunter das verkhaufft Guet gelegen, gültig sein solle.*“ ⁴³⁹. III 14 § 16 nennt die Motive: die Bekämpfung von „*Betrug, Vortl und Vernachtailung*“, die Förderung der „*Erbar- und Aufrichtigkhait*“ und die „*Wissenschaftt*“ der Obrigkeit.

Eine Reihe von Veräußerungsbeschränkungen begrenzt die Abschlussfreiheit (III 14 §§ 3 -13). Diese Beschränkungen entstammen teils dem *Ius commune*, teils heimischen Rechtsquellen ⁴⁴⁰. Gemeinrechtlich sind die Veräußerungsbeschränkungen: für Lehnsgut (III 14 § 4), Mündelvermögen (III 14 § 4) und Heiratsgut (III 14 § 5), für streitbefangene Gegenstände (III 14 § 6), für die mit einem Universal-Fideikommiss belasteten Güter (III 14 § 10) und für gestohlene Sa-

⁴³⁷ Wesener, Kaufrecht, S. 435, 436.

⁴³⁸ Zur Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht: Coing, Europäisches Privatrecht, S. 408.

⁴³⁹ Die Pflicht zur Beurkundung der Veräußerungen von Liegenschaften bestand zeitweise auch nach römischem Recht. Sie war von Kaiser Konstantin I. eingeführt worden, wurde von Justinian I. allerdings wieder beseitigt (Käser, Römisches Privatrecht II, S. 282).

⁴⁴⁰ Wesener, Kaufrecht, S. 440, 441; vgl. auch III 35 § 6: „von Recht und Landtgebrauch wegen zu verändern verbotnes Gueth“.

chen (III 14 § 11)⁴⁴¹. Deutschrechtlich ist das Vorkaufsrecht der Miteigentümer beim Verkauf eines Eigentumsanteils (III 14 § 9)⁴⁴². Das Genehmigungserfordernis für Verfügungen des Klerus über Liegenschaften stützt sich auf „*destwegen ausgegangenen General Mandaten und Gebotten*“ (III 14 § 3)⁴⁴³. Den Aufkauf- und Ausfuhrverboten für bestimmte Gegenstände liegen landesfürstliche Mandate zugrunde:

„Also wollen wir auch, auf unser und unserer hochgeerten Vorfordern aus sonderm ehehafften Ursachen und Bewegnus zu unserer Landt Notturfft und Aufnemmen publicierte Mandata - -1 daß nemblich Goldt, Silber, jung ristmeßige Pferdt, Woll, Inslet, Leder, 'Haar und Garn und andere Gespunst' nicht aufgekhaufft, noch aus unsern Landen ohne sonderbare Erlaubnus verführt, -2 weniger aber, daß dem Erbfeindt christliches Namens, was zur Landtsmunition und -defension gehörig, zuezufüieren gestatt soll werden - -3 fleißig und ernstlich gehalten, und -4 unsern nachgesetzten Obrighkhaiten dieselbige handtzuhaben hiemit nochmallen auferlegt und bevolchen habe.“ (III 14 § 13). Diese Mandate wiederum besitzen ein Vorbild im Codex:

„Cod. 4, 41: „*QUAE RES EXPORTARI NON DEBEANT*

1 Imppp. Valentianus Valens et Gratianus AAA. ad Theodotum magistrum militum. Ad barbaricum transferendi vini et olei et liquaminis nullam quisquam habeat facultatem ne gustus quidem causa aut usus commerciorum.

2 Imp. Marcianus A. Constantino pp. Nemo alienigenis barbaris cuiuscumque gentis ad hanc urbem sacratissimam sub legationis specie vel sub quocumque alio colore venientibus aut in diversis aliis civitatibus vel locis loricas et scuta et arcus sagittas et spathas et gladios vel alterius cuiuscumque generis arma audeat venumdare, nulla prorsus isdem tela, nihil penitus ferri vel facti iam vel adhuc infecti ab aliquo distrahatur. perniciosum namque Romano imperio et proditioni proximum est barbaros, quos indigere convenit, telis eos, ut validiores reddantur, instruere. Si quis autem aliquid armo-

⁴⁴¹ Vgl. zu III 14 § 4 (Lehnsgut): Coing, Europäisches Privatrecht, S. 358; zu III 14 § 4 (Mündelvermögen): Kunkel/Honseil, Römisches Recht, S. 426; zu den III 41 §§ 5, 6: Wesener, Kaufrecht, S. 440-441; zu III 14 § 10: Koeppen, Erbrecht, S. 812; zu III 14 § 11: Dig. 18, 1, 34, § 3.

⁴⁴² Vgl. Schurig, Vorkaufsrecht, S. 33.

⁴⁴³ Amortisationsgesetze bestanden in Österreich seit dem 14. Jahrhundert (Wesener, Kaufrecht, S. 441).

*rum genus quarumcumque nationum barbaris alienigenis contra pietatis nostrae interdicta ubicumque vendiderit, bona eius universa proscribi protinus ac fisco addici, ipsum quoque capitale poenam subire decernimus.*⁴⁴⁴

Die Gewährleistung beruht auf dem deutschrechtlichen Schirmungsgedanken⁴⁴⁵: „*Ein jeder Khauff tregt die Gewerschaftt und Schermung auf dem Ruckhen*“ (III 21 § 1). Danach ist der Verkäufer verpflichtet, den Käufer auf dessen Verlangen bei der Klage eines Dritten auf Herausgabe des Kaufgegenstandes gerichtlich zu vertreten, diesen zu „schirmen“ (III 21 § 2). Wird dem Käufer der Kaufgegenstand im Prozess abgesprochen, muss der Verkäufer den Kaufpreis zurückerstatten (III 21 § 4). Die Schirmungspflicht tritt von Gesetzes wegen ein, ist jedoch abdingbar (III 21 § 3). Sie besteht auch bei den (Innominat-) Verträgen, die auf den Austausch einer Sache gegen eine andere oder eine Dienstleistung gerichtet sind (III 21 § 5), ferner zwischen den Miterben nach der Erbteilung (III 21 § 6). Das römische Recht war zwar von ähnlichen Grundsätzen ausgegangen, gelangte jedoch zur Eviktionshaftung⁴⁴⁶. Danach schuldet der Verkäufer Schadensersatz, wenn dem Käufer die Sache durch gerichtliches Urteil entzogen wurde; er ist aber nicht verpflichtet, sich am Rechtsstreit des Käufers zu beteiligen.

⁴⁴⁴ „WELCHE SACHEN NICHT AUSGEFÜHRT WERDEN DÜRFEN

1. D. K. Valens u. Gratian an Theodorus, magister militis. Niemand soll befugt sein, Wein, Öl und Fischlake (liquamen) ins Ausland zu führen, auch nicht des Genusses oder des Handels wegen.

2. D. K. Martianus an Constantinus, Praef. Praet. Niemand soll sich unterfangen, an die ausländischen Barbaren irgendeines Volkes, welche unter dem Scheine einer Gesandtschaft oder irgendeinem anderen Vorwand in diese kaiserliche Stadt kommen, oder in andern Städten und Orten Panzer, Schilde, Bogen, Pfeile, Degen, Schwerter oder sonst Waffen irgend einer Art feil zu bieten; durchaus keine Waffen, auch gar kein Eisen, schon verarbeitetes oder rohes, sollen von irgendjemandem ihnen verkauft werden. Denn es ist für das Römische Reich gefährlich und grenzt an Verrat, die Barbaren, deren Mangel daran uns heilsam ist, mit Waffen auszurüsten, wodurch sie mächtiger werden. Dafern aber jemand wider das Verbot Unserer väterlichen Huld an Barbaren von irgendeinem Volke, an irgendeinem Orte, etwas an Waffen verkaufte, den wollen Wir am Leben gestraft wissen.“ (Corpus Iuris Civilis - Übersetzung).

⁴⁴⁵ Zum älteren deutschen Recht: Rabel, Rechtsmängelhaftung, S. 166 - 172; vgl. auch Gierke, Deutsches Privatrecht 3, S. 457 - 459.

⁴⁴⁶ Zur „*actio auctoritas*“, des älteren römischen Rechts als Entsprechung zur Schirmungspflicht: Rabel, Rechtsmängelhaftung, S. 169 - 170, 5 - 28.

Die römische Rechtsmängelhaftung setzte sich in Deutschland erst spät durch, noch im 17. Jahrhundert dominierte der Schirmungsgedanke⁴⁴⁷.

Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist Gewohnheitsrecht maßgeblich:

„Da aber bei ainem oder dem andern Puncten nichts sonderbares abgeredt noch gewisse Beding geschlossen worden, solle die Handlung und Schluß -1 nach Inhalt und Ausweisung üblichen Landtsgebrauchs und Gewohnhait, auch in Mangl dessen der allgemeinen geschribnen Rechten verstanden, -2 sonderlichen in zweiflichen Reden die Auslegung wider den Verkhauffer - als der anfangs deitlicher hette reden khönnen und sollen - gemacht werden; -3 es war dan Sach, daß der Khauffer solche zweifliche Worth selbst gebraucht hett, aufweichen Fall sie wider ine - als der solchen Zweifel verursacht - sollen verstanden und erclert werden.“ (III 14 § 15).

Die Auslegung zu Ungunsten dessen, der eine Unklarheit zu vertreten hat, entspricht dem gemeinen Recht⁴⁴⁸. Partikularrechtlich sind dagegen die Festlegungen der Maße für Getreide, Holz und dergleichen (III 14 §§ 44 - 46). Ansonsten entspricht das Kaufrecht der Landtafel im Wesentlichen dem gemeinen Recht. Die Landtafel regelt in III 14: die gegenseitigen Leistungspflichten (§§ 17, 20-23, 36,37), den Verzug des Verkäufers (§ 18), die nachträgliche Unmöglichkeit (§ 19), die Bestimmung des Kaufpreises durch einen Dritten (§ 24), die Unwirksamkeit wegen Zwang, Betrug und Übervorteilung über den halben Wert (§§ 25, 26), die anfängliche Unmöglichkeit (§§ 27, 28), die Auskunftspflichten des Verkäufers (§§ 29, 30 VLT), den Erbschafts Kauf (§ 31), den Kauf mit Rücktrittsvorbehalt (§§ 32, 33, 35), den Kauf unter dem Vorbehalt eines besseren Angebots (§ 34), die Gefahrtragung (§§ 38 - 41) und den Eigentumsübergang (§§ 42, 43)⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Rabel, Rechtsmängelhaftung, S. 230.

⁴⁴⁸ Sie oben unter „Kontrakt“, S. 104.

⁴⁴⁹ Zur Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht: zu § 24: Inst. 3, 23, 1; zu § 25: siehe oben unter „Unwirksame Verträge“, S. 104; zu § 26: Coing, Europäisches Privatrecht, S. 415; zu den §§ 27, 28: Windscheid, Pandektenü, § 315; zu § 31: Kunkel/Honsell, Römisches Recht,

7. Handel (III 15)

An sich ist der Kauf jedem, „*dem es nit in Sonderheit verbothen, zu seiner Notturfft und Nuzen erlaubt*“, doch nur Bürger dürfen Handel treiben (III 15 § 1); hier zeigt sich die ständische Ordnung. Der Handel ist unvereinbar mit der „*Präeminenz*“ der Stände:

„*Demnach wie sich der Praelaten-, Herrn- und Ritterstandt irer [Hochait und] Praeeminenz halben der burgerlichen Handtierung und aller Khauffmanschafft - nit allein nach Inhalt der algemeinen geschribnen Rechten, sondern auch dises Landts löbliches herkhommen Gebrauch - genzlich zu enthalten, -I also sollen auch die geringern Standts-Personen, so der Burgerschafft nit beigepflichtet, sich gleichsfals aller bürgerlichen Handtierung und aller Khauffmanschafft, [mit Viech, Traift, Pier, Tuech, Holz und] wie es allenthalben benent mag werden, genzlich enthalten*“ (III 15 § 2).

Auch „*die Burger, so adeliche Freihaitten und Landtgüetter haben, sollen sich der bürgerlichen Handtierung bei Verlierung irer Freihaitten enthalten*“ (III 15 § 6). Die Landtafel beruft sich in dem oben zitierten III 15 § 2 auf das Gewohnheitsrecht und auf das *Ius commune*. Gemeinrechtlich wird das Handelsverbot des Adels hergeleitet aus Cod. 4, 63, 3, dasjenige der Geistlichen beruht auf dem kanonischen Recht⁴⁵⁰. Maßgebend ist jedoch in erster Linie die partikuläre Gesetzgebung⁴⁵¹. III 15 § 3 erwähnt die „*dises Puncten halben publicierten Mandaten und Verordnung*“ und nimmt die Missachtung dieser Bestimmungen zum Anlass, die Handelsbeschränkungen zu bestätigen. Zu „*besserer Handthabung*“ soll jeder, der Handel treibt, „*sein Burgerbrief oder Schein*“ vorlegen (III 15 § 4). Das unbefugte Brauen und Ausschenken von Bier wird „*nochmallen genzlich ver-*

S. 314-315; zu den §§ 32, 33, 35: Windscheid, a. a. O., § 396; zu § 34: Schurig, Vorkaufsrecht, S. 22; zu den §§ 38 - 41: Windscheid, a. a. O., §§ 387, 390.

⁴⁵⁰ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 522, 523.

⁴⁵¹ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 523; zu diesen Regelungen: Schmelzeisen, Polizeiornungen, S. 294 - 308.

bothen“ (III 15 § 5). Insbesondere der Weinhandel ist ein bürgerliches Privileg (III 15 § 3), wie nach zahlreichen anderen Partikularordnungen⁴⁵².

8. Auftrag (III 18)

Das Auftragsrecht folgt den Regeln des *Ius commune*.⁴⁵³

9. Gesellschaft (III 19)

Die meisten der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen entsprechen dem gemeinen Recht: die verschiedenen Arten (III 19 § 2 - 5), die Teilung von Gewinn und Verlust (III 19 §§ 6 - 8), der Haftungsmaßstab (III 19 § 9) und die Beendigung (III 19 § 11)⁴⁵⁴. Die Gesellschaft gilt allerdings auch gewohnheitsrechtlich - so jedenfalls III 19 § 1: Sie ist „*sowol dises Landts Herkhommen als den algemainen Rechten nach nit weniger crefftig und bündig, als andere vorgehende Conträct*“. Mit III 19 § 10 findet sich schließlich eine Vorschrift gewohnheitsrechtlicher Herkunft:

„Weil auch bei den Stetten dis Landts ein uralts Herkhommen, daß kheinem Burger zuegelassen, mit andern auslendischen und unbürgerlichen Personen Handtierung zu treiben, auch ein jeder Burger darüber einen Aydt schwert, solle es bei demselbigen Gebrauch verbleiben und -1 sich dergleichen Gesöllschafft weiter nit erstreck-

⁴⁵² Schmelzeisen, Polizeiordnungen, S. 295.

⁴⁵³ Vgl. zum Begriff (§ 1): Windscheid, Pandekten II, § 409; zur Kündigung durch den Auftragnehmer (§§ 2, 3): Glück's Commentar, Band 15, S. 361; zum Umfang des Auftrags (§§ 4, 5): Glück's Commentar, Band 15, S. 273 - 274; zur Pflicht des Auftragnehmers das im Zuge des Auftrags Erlangte herauszugeben (§ 6): Windscheid, a. a. O., § 410, Ziff. 1; zum Aufwendungsersatzanspruch des Auftragnehmers (§ 7): Windscheid, a. a. O., § 410, Ziff. 2; zur Beendigung (§ 8): Windscheid, a. a. O., § 411.

⁴⁵⁴ Vgl. zu den §§ 2 - 5: Coing, Europäisches Privatrecht, S. 464 - 465; zu den §§ 6 - 8: Windscheid, Pandekten II, § 406, Ziff. 4; Glück's Commentar, Band 15, S. 404 - 405; zu § 9: Windscheid, a. a. O., § 406, zu Fn. 3; zu § 11: Windscheid, a. a. O., § 408.

hen, als zwischen würckhlichen Burgern und Handlsleithen in einer Statt oder Marckht,...“.

Diese Vorschrift sichert das Handelsmonopol der einheimischen Bürger.

10. Tausch (III 20)

Drei der vier Vorschriften zum Tausch stimmen überein mit dem gemeinen Recht⁴⁵⁵: Der Tausch hat „*fast in allem die Art und Aigenschaft wie die Kheüff und Verkhauff*“ (III 20 § 1). Er unterliegt im Wesentlichen den kaufrechtlichen Bestimmungen, unterscheidet sich vom Kauf jedoch dadurch, dass er nicht schon mit der Einigung verbindlich wird, sondern erst mit der Übergabe (III 20 §§ 2, 3).

Auch bei einem „*Scheinwechsl*“ kann das Einstandsrecht geltend gemacht werden, das an sich nur bei Kaufverträgen besteht (III 20 § 4). Damit sucht die Landtafel, die Umgehung des Einstandsrecht zu verhindern; diese Bestimmung zählt zum Partikularrecht.

11. Bürgschaft (III 26)

Die Bürgschaft der Landtafel folgt im Kern der deutschrechtlichen Auffassung, die sich in den Partikularrechten vielfach behauptet hat⁴⁵⁶. Der Haupt-Unterschied zum gemeinen Recht liegt wohl in der Bürgenhaftung:

„Die Bürgen mögen gleichwol -1 den geschribnen Rechten nach höher nit dan der Principal-Schuldtnr selbst und auch allein auf den Fall, da der Principal-Schuldner saumig und nit zu bezallen vermochte, verbunden, -2 aber vermög dises Landts uralten Herkhommen, obwollen in der Hauptsumma der Bürg höher nit als der Principal khan

⁴⁵⁵ Vgl. Windscheid, Pandekten II, § 398; zum Zustandekommen: Glück's Commentar, Band 18, S. 122 -123.

⁴⁵⁶ Dazu allgemein Gierke, Deutsches Privatrecht 3, S. 774.

angefordert werden, -3 so ist er doch schuldig (-4 auch ungeacht der Principal noch woll zu bezallen hat oder noch ungewiß, ob an demselben was abgehn wurde), da die Bezallung zu rechter Zeit nit geschicht und er darumb von dem Glaubiger ersuecht würdt, anstat des Principals solche zu laisten, -5 so gar daß, da der creditor oder Glaubiger nach verstrichner Zallungszeit den Principal-Schuldner erstlich für Gericht fürnimbt und nicht den Bürgen, durch solches der Bürg ledig würdt." (III 26 § 6). Die Landtafel schließt sich hier dem älteren deutschen Recht an⁴⁵⁷. Diese Art der Bürgenhaftung ist allerdings abdingbar: Hat sich der Bürge ausdrücklich vorbehalten, „*anderer Gestalt nit Pürg zu werden als „auf das, was an dem Hauptschuldner abgehet, daß solches an ime Pürgen zugehen und durch ihne sol erstattet werden“*“, haftet er subsidiär wie nach römischem Recht (III 26 § 7).

Deutschrechtlich ist auch der von Rechts wegen eintretende Regressanspruch des Bürgen gegen den Prinzipal (III 26 § 8)⁴⁵⁸. Nach römischem Recht kann der Bürge vom Gläubiger die Abtretung der Forderung verlangen oder einen Rückgriffsanspruch aus dem jeweiligen Innenverhältnis geltend machen⁴⁵⁹.

Auch bei der Bürgschaft beschränkt Polizeirecht die Abschlussfreiheit:

„Nachdem sich aus täglicher Erfahrung vilfeltig befindet, daß sowoll hohe als nidere Standts Personen in disem unserm Landt und Erzherzogthumb durch Pürgschafften vilfeltig zum höchsten Nachtl und Schaden eingeführt werden, so ordnen und sezen wir, daß under gemainen Underthonen, so mit ihren Gründten und Güttern unserer Landtständt ainem als erster Instanz undterworffen, khain Pürgschafft gültig sein soll, es werde dann solche Pürgschafft zuvor bei der ordenlichen Obrighkaidt angemeldt.“ (III 26 § 13)⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht 3, S. 771; Wesener, Bürgschaftsrecht, S. 678 - 681; zum gemeinen Recht: Coing, Europäisches Privatrecht, S. 383 - 384.

⁴⁵⁸ Vgl. Wesener, Bürgschaftsrecht, S. 684; Gierke, Deutsches Privatrecht 3, S. 784.

⁴⁵⁹ Käser, Römisches Privatrecht II, S. 332.

⁴⁶⁰ Vergleichbare Bestimmungen sind in den zeitgenössischen Polizeiordnungen verbreitet (Schmelzeisen, Polizeiordnungen, S. 514 - 515).

Das gemeine Recht ist bei der Beendigung der Bürgschaft maßgeblich: Ist die Bürgschaft befristet, kann der Bürge den Prinzipal nach Fristablauf zur Zahlung anmahnen, bei weiterem Verzug kann der Bürge Klage erheben: „... sondern auch auf den Fall lenger Verzugs bei seiner des Schuldners Obrighkeit ihne mit Clag fürwenden und begern möge „daß er ine der Pürgschafft entledige und schadlos halte“, welches auch ein jede Obrighkeit zu verschaffen und zu verfiengen schuldig.“ (III 26 § 14)⁴⁶¹. Diese Regelung gilt auch bei einer unbefristeten Bürgschaft im Falle der Säumigkeit des Prinzipals (III 26 § 15)⁴⁶². Die Bürgschaft erlischt ferner, wenn Gläubiger und Schuldner ohne die Zustimmung des Bürgen einen neuen Zahlungstermin vereinbaren, der außerhalb der Befristung liegt (III 26 § 12)⁴⁶³.

Das *Senatus Consultum Velleianum* erklärt die seitens einer Frau vorgenommene Übernahme einer fremden Verbindlichkeiten (Interzession) für unwirksam⁴⁶⁴. Die Landtafel regelt vor allem den Fall der Bürgschaft:

„Jedoch haben die 'geschribne' khayserlichen Rechten [ex *Senatus Consulto Velleiano*] den Frauen und Weibsbildern ihrer Bledighkeit und weiblichen Schwachheit halben die sondere Gnadt und Freyhait geben, -1 daß, ob sie sich gleich für ihre Ehemänner oder auch jemandt andern zur Pürgschafft bewegen lassen, daß doch solches uncrefftig und ungiltig sein solle, -2 bei welcher Freyhait und Guetthat der Rechten sie auch bishero in disem Landt gelassen und nochfürohin billich verbleiben sollen.“ (III 26 § 3).

Die Begründung der „velleianischen Freiheiten“ mit der „Bledighkeit“ der Frauen und der „weiblichen Schwachheit“ folgt der römischen Tradition (III 26 § 3)⁴⁶⁵. Auch die Ausnahmen vom *Senatus*

⁴⁶¹ Diese Regelung findet sich auch bei Walther, der sich diesbezüglich auf das gemeine Recht beruft. Walther nennt folgende Gesetzes- und Literaturbelege: c. 3 X De fideiuss. 3, 22 (in der Ausgabe des Abbas Panorm 1513, fol. 92, nu. 11); c. 6 X De dolo, 2, 14; Dig. 4, 8, 23 (von Max Rintelen mit einem Fragezeichen versehen), (Walther, Traktat XI, c. 6, n.B).

⁴⁶² Walther beruft sich hier auf: c. 5 X de fideiuss. 3, 22 (Walther, Traktat XI, c. 5, n. A).

⁴⁶³ Walther beruft sich auch hier auf *Lectura Abbatis Syculi* ..., daneben auf die „*communis opinio*“ (Walther, Traktat XI, C. 6, n.A).

⁴⁶⁴ Kunkel/Honsell, Römisches Recht, S. 292.

⁴⁶⁵ Vgl. Lehner, *Senatus Consultum Velleianum*, S. 278.

Consultum Velleianum entsprechen dem justinianischen Recht (III 26 § 4), ebenso die Sanktion im Fall der Missachtung des Interzessionsverbots, die „*exceptio senatus consulti Velleiani*“ (II 30 § 21), eine von der Frau zu erhebende Einrede⁴⁶⁶. Das *Senatus Consultum Velleianum* ist abdingbar, allerdings muss die Frau über ihre Rechte belehrt werden: „... so hat doch solche Verzeichung und Renunciation nit statt, sie sey dann zuvor solcher ierer Freyhaiten und Rechten gnuegsamb verstendigt und erindert worden.“ (III 42 § 2). Diese Form des Verzichts ist eine eigenständige Entwicklung des österreichischen Rechts⁴⁶⁷. Die Verbürgung selbst erfordert entgegen dem justinianischen Recht keine besondere Form (III 26 § 4)⁴⁶⁸.

12. Schenkung (III 31)

Ein beträchtlicher Teil dieses Titels wurde übernommen aus dem Kurpfälzer Landrecht. Insgesamt entsprechen die Vorschriften zur Schenkung im Großen und Ganzen dem gemeinen Recht: Die Definition der Schenkung und des Schenkungsversprechens (III 31 § 1), das Widerrufsrecht des durch die Schenkung benachteiligten Gläubigers (III 31 § 4), die Einrede des Notbedarfs gegen die Erfüllung des Schenkungsversprechens (III 31 § 5), der Widerruf wegen Nichterfüllung einer Auflage (III 31 § 7) und wegen Undanks (III 31 § 8) sowie der Ausschluss der Verzugshaftung und der Gewährleistung (III 31 § 10) stimmen überein mit dem römischen Recht⁴⁶⁹. Der Unterhaltsanspruch des verarmten Schenkers gegen den Beschenkten entspricht dem älteren gemeinen Recht (III 31 § 5) - dem römischen Recht ist

⁴⁶⁶ Vgl. Lehner, *Senatus Consultum Velleianum*, S. 273, 280.

⁴⁶⁷ Lehner, *Senatus Consultum Velleianum*, S. 281.

⁴⁶⁸ Vgl. Lehner, *Senatus Consultum Velleianum*, S. 280.

⁴⁶⁹ Vgl. zu § 1: Käser, *Römisches Privatrecht* II, S. 288 - 289; zu § 4: Kunkel/Honsell, *Römisches Recht*, S. 376; zu § 5: Gierke, *Deutsches Privatrecht* 3, S. 426; zu den §§ 7, 8: Coing, *Europäisches Privatrecht*, S.486; zu § 10: Windscheid, *Pandekten U*, § 366, Ziff. 4; Gierke, a.a.O., S. 425.

dieser Anspruch unbekannt⁴⁷⁰. Das Widerrufsrecht des Schenkers, dem ein Kind oder Enkel geboren wird (III 31 § 9), stimmt überein mit einer verbreiteten gemeinrechtlichen Ansicht⁴⁷¹.

Die Registrierungspflicht für bedeutende Schenkungen ist in modifizierter Form rezipiert⁴⁷²: „*Wo nambhaffte ligende Güetter, sonderlich under den Underthanen, geschenckht wurden, soll solche Schanckhung nit Crafft haben, sie seye dan zuvor (wie vom Verkauff ligender Güetter vermeldt) bei dem Gericht und Obrighait, darunder sie gelegen, angemeldet und insinuiert.*“ (III 31 § 6).

Die Landtafel verlangt die Registrierung von Schenkungen „*namhafter*“ Liegenschaften. Die Regelung des römischen Rechts ist präziser: Schenkungen ab einem Wert von 500 „*solidi*“ müssen registriert werden. Im gemeinen Recht wird die umlaufende Goldmünze dem „*solidus*“ gleichgesetzt⁴⁷³. Die Schenkung zwischen Ehegatten ist entgegen dem gemeinen Recht zulässig⁴⁷⁴:

„*Und obwol in den geschribnen Rechten die Schanckhungen, so zwischen Eheleithen fürübergehen, verboten, -1 jedoch weil sie in disem Landt von uralten Zeiten her alweg zuelässig und crefftig gehalten worden, soll es auch hinfüro darbei verbleiben.*“ (III 31 § 3).

13. Schenkung von Todes wegen (III 32)

Die Landtafel folgt hier weitgehend dem *Ius commune*⁴⁷⁵. Sie sieht allerdings reduzierte Formerfordernisse vor:

„*Dergestalt und wie nun die legata von Landtsgebrauch wegen zum wenigsten mit zwayer oder dreyer Khundtschafft oder Ferttigung*

⁴⁷⁰ Gierke, Deutsches Privatrecht 3, S. 426.

⁴⁷¹ Windscheid, Pandekten II, § 367, Ziff. 4, insbesondere Fn. 22.

⁴⁷² Im alten deutschen Recht ist keine Form vorgeschrieben (Gierke, Deutsches Privatrecht 3, S. 422).

⁴⁷³ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 485.

⁴⁷⁴ Dazu Kunkel/Honsell, Römisches Recht, S. 347-348 (mit weiterführenden Literaturangaben).

⁴⁷⁵ vgl. Windscheid, Pandekten II, § 369; Coing, Europäisches Privatrecht, S. 582 - 584; Käser, Römisches Privatrecht II, S. 397 - 398.

(da des testatoris aigen Handtschrift und Fertigung nit erscheint) müessen bewisen werden, also auch die donationes causa mortis.“ (III 32 § 3).

Nach justinianischem Recht muss die Schenkung von Todes wegen vor fünf Zeugen errichtet werden⁴⁷⁶. In gewisser Hinsicht folgt diese Abweichung jedoch dem römischen Recht: Wie das justinianische Recht überträgt die Landtafel die Form des Legats auf die Schenkung von Todes wegen (III 32 § 3)⁴⁷⁷.

14. Vergleich (III 33)

Die Bestimmungen zum Vergleich wurden zum überwiegenden Teil übernommen aus dem Püdler'schen Landtafelentwurf für Österreich unter der Enns⁴⁷⁸. Sie entsprechen im Wesentlichen dem gemeinen Recht: Der Vergleich erstreckt sich auf die gegenwärtigen und bekannten Forderungen (III 33 §§ 26, 27). Er kann durch eine Konventionalstrafe bestärkt werden (III 33 §§ 21 - 25) und ist aus den allgemeinen Gründen unwirksam (III 33 § 17). Der Vergleich wird im beiderseitigen Einvernehmen aufgehoben (III 33 § 19). Wird er nur von einer Partei eingehalten, kann die andere zurücktreten oder die Erfüllung verlangen (III 33 § 20)⁴⁷⁹.

Die Vorschriften zur Befugnis, einen Vergleich einzugehen, und zur Unzulässigkeit bestimmter Vergleichsgegenstände sind teils gemeinrechtlich, teils partikularrechtlich: Schließt ein Anwalt für seinen Mandanten einen Vergleich, benötigt er dazu eine Spezialvollmacht (III 33 § 6); dies entspricht dem gemeinen Recht⁴⁸⁰. Auch die Vertre-

⁴⁷⁶ Kunkel/Honsell, Römisches Recht, S. 505.

⁴⁷⁷ Vgl. Kunkel/Honsell, Römisches Recht, S. 505.

⁴⁷⁸ Siehe oben unter „Der Püdler'sche Landtafel-Entwurf für Österreich unter der Enns von 1573“, S. 26.

⁴⁷⁹ Zur Übereinstimmung mit dem *Ius commune*: zu § 17: Windscheid, Pandekten II, § 414; Oertmann, Vergleich, S. 269-272; zu den §§ 19, 20: Coing, Europäisches Privatrecht, S. 404; zu den §§ 21 - 25: Oertmann, Vergleich, S. 170 - 171; zu den §§ 26, 27: Glück's Kommentar, Band 5, S. 98.

⁴⁸⁰ Vgl. Oertmann, Vergleich, S. 98.

tungsmacht des Vormundes folgt dem *Ius commune*⁴⁸¹: Sie umfasst die Befugnis zum Abschluss eines Vergleichs (III 33 § 4); sind allerdings Liegenschaften betroffen, ist das „Vorwissen“ der Obrigkeit erforderlich (III 33 § 5). Bei Vergleichen der Eltern als Vertreter ihrer unmündigen Kinder differenziert die Landtafel⁴⁸²: Die Eltern können bezüglich „*freylediger und eigenthumblicher Haab und Güetter ... wie andere tutores, mit Vorwissen der Obrighait transigirn*“ (III 33 § 7). Sonderregeln gelten für die vom verstorbenen Elternteil herrührenden Güter, an denen der überlebende Elternteil ein Nutzungsrecht besitzt (III 33 § 8), und für die Güter, welche das Kind von dritter Seite erhalten hat (III 33 § 9). Hier erfordern Vergleiche „*sovil das Aigenthumb betrifft*“ das „*Zuziechen der Khinder nechsten Befreundten, dahero die Güeter, rüehren oder obrigkhaitlichen Beystandts und Ratification*“ (III 33 § 8). Die Einwilligung der Verwandten ist eine Eigentümlichkeit des österreichischen Rechts⁴⁸³. Partikularrechtlich ist auch das Erfordernis der landesfürstlichen Zustimmung bei Vergleichen, die das Eigentum an Kirchenvermögen betreffen⁴⁸⁴. Der Vergleich in Strafsachen ist „*dem Landsbrauch nach*“ unstatthaft (III 33 § 14); er ist es auch nach gemeinem Recht⁴⁸⁵.

15. Delikt

Die Landtafel regelt zwei Delikte: die Gewalt gegen Personen oder Sachen (III 45) und die Beleidigung (III 46).

Der Deliktsanspruch wegen Beleidigung folgt den Regeln der „*actio iniuriam*“. Tatbestandsmäßig ist die Missachtung einer Person

⁴⁸¹ Vgl. Glück's Commentar, Band 5, S. 40 - 41.

⁴⁸² Im gemeinen Recht war dieser Gegenstand seit jeher umstritten (Oertmann, Vergleich, S. 141-143).

⁴⁸³ Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht IV, S. 563; Zur Familienbindung des Vermögens: siehe oben unter „Landesbrauch“, S. 46.

⁴⁸⁴ Siehe oben unter „Kauf“, S. 120.

⁴⁸⁵ Vgl. Glück's Commentar, Band 5, S. 61 - 62.

durch Wort, Schrift oder Tat (III 46 § 1)⁴⁸⁶. Dem Verletzten stehen zwei Wege offen:

„*Es mögen aber die Iniuri auf zweierlei Weis geclagt werden, nemblich criminaliter oder [peinlich, oder aber] civiliter [und bürgerlich].*“ (III 46 § 8)⁴⁸⁷. Im ersten Fall spricht der Richter eine öffentliche Strafe aus und verpflichtet den Täter zum Widerruf der ehrverletzenden Äußerung (III 46 § 9). Im zweiten Fall erhält der Verletzte selbst eine Buße. Er schätzt zunächst deren Höhe, der Richter mindert diese gegebenenfalls (III 46 § 10)⁴⁸⁸. Ob der Kläger neben der Buße den Widerruf verlangen kann, lässt die Landtafel offen. Nach gemeinem Recht ist dies möglich⁴⁸⁹.

Der Deliktsanspruch wegen Gewalt gegen eine Person oder Sache ist durch das *Ius commune* nicht gedeckt. Das rezipierte römische Deliktsrecht weist keinen derart weiten Tatbestand auf, sondern eine Reihe besonderer, genau abgegrenzter Tatbestände, etwa Diebstahl, Raub und Betrug⁴⁹⁰. Das römische Recht kennt indes einen weiten Injurienbegriff: „*Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit.*“ (Inst. 4, 4 pr.)⁴⁹¹. Über diesen weiten Injurienbegriff gelangte das spätmittelalterliche sächsische Recht zu einer allgemeinen privatrechtlichen Deliktsklage, die bei jedem privaten Unrecht statthaft war⁴⁹². Auch im Fall des Gewalt-Delikts der Landtafel besteht eine Verbindung zur Injurie. Die Landtafel definiert in III 45 § 1 die Gewalt:

„*Gwalt oder Gwalthat ist ein jede aigenwillige Handlung, damit eines andern Leib oder Haab und Zuegehörung ohne Recht und gerichtliche Behebnus oder Mitl angegriffen und benachtailt würdt.*“

⁴⁸⁶ Vgl. Coing, Europäisches Privatrecht, S. 513; Inst. 4, 4, 1.

⁴⁸⁷ Vgl. Coing, Europäisches Privatrecht, S. 512; Inst. 4, 4, 10.

⁴⁸⁸ Das gemeine Recht war von den festen Bußtaxen des römischen Rechts abgewichen (Coing, Europäisches Privatrecht, S. 504); vgl. auch Kaufmann, Schadensersatzrecht, S. 102-103.

⁴⁸⁹ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 515.

⁴⁹⁰ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 503 - 504, 508, 516.

⁴⁹¹ „Mit 'Unrecht (iniuria)' wird im allgemeinen alles bezeichnet, was nicht rechtmäßig geschieht.“ (Institutionen-Übersetzung).

⁴⁹² Zur spätmittelalterlichen Rezeption der „*actio iniuriam*“: Kaufmann, Schadensersatzrecht, insbesondere S. 107 - 110, 137.

In III 46 § 1 folgt die Definition der Injurie, der zunächst genannte weite Injurienbegriff umfasst auch die „Gewalt“:

„Obwol alles, was einem ohne und wider Recht an seinem Leib und Guet unbillich zuegefiert würdt, ein Iniuri khann genennt und gehaißen werden, -1 so ist doch aigentlich dis für ein Iniuri zu halten, wann -2 einer an seinem wolhergebrachten Namen, Standt und gueten Leinmueth von einem andern mündlich oder schriftlich angetastet, verkhleinert und geschmächet oder -3 auch mit Schlegeln angriffen und verschimpft würdt, -4 dessen er sich bei ehrlichen Leithen Schemen mueß.“

Außerdem bezeichnet die Landtafel bei dem Gewalt-Delikt den Kläger als Beleidigten:

„Derowegen unser Landtshaubtman und Landträth in der Erkhandtnus nit allein auf den billichen Abtrag der belaidigten Partei aestimierten Gewalt,...“ (III 45 § 18).

Schließlich wird die Höhe der Buße im Prinzip auf die gleiche Weise wie bei der Injurie bestimmt:

„Und dieweil einem jeden Vergwalttigten bevorstehet, ... rechtlich zu clagen und sein dardurch erlittene Unbilligkhait selbst zu aestimern und den Abtrag zu begeren, -1 so soll der Richter alle Umbstendt fleißig betrachten und -2 denselbigen nach die Mäßigung und Erkhandtnus richten -3 und -sonderlichen in nachfolgenden Fällen - dieselbige höher als sonst in gemeinen Eingriffen taxiern und scherpfen.“ (III 45 § 5). Anders als bei der Injurie normiert die Landtafel allerdings eine Reihe schwerer Fälle, bei denen der Richter eine höhere Buße verhängen soll, etwa die Gewalt gegen die Obrigkeit (III 45 § 6), die gegen Verwandte (III 45 § 9), und die, welche den Verletzten um seine Gesundheit bringt (III 45 § 12).

Ein weiteres qualifiziertes Delikt ist die landfriedensbrüchige Gewalt: *„Vorderist wann es mit gewaffneter und gewerter Handt, mit Aufbott, Khlockhenstreich, mit Tättigkhait, da man die Wehren braucht und sich Schedigung, Mordt und Todtschlag darunter zuetragen, vollbracht, -1 und wo also ein Landtfridsbruch mit dem Gwalt mitlaufft, in denselben Fällen allen ist der Gwalt straffmäßiger als sonst.“ (III 45 § 17).*

Der Deliktsanspruch dient der Wahrung des Friedens. Diesem öffentlichen Interesse entspricht eine öffentliche Strafe, die neben der Privatstrafe ausgesprochen wird:

„Derowegen unser Landtshaubtman und Landträth in der Erkhandtnus nit allein auf den billichen Abtrag der belaidigten Partei aestimierten Gewalt, -1 sondern auf die Peen und Straff, darein die Gwaltüeber gegen uns als Herrn und Landtsfürsten gefallen, sechen, -2 dieselben gleicherweis aussprechen oder -3 uns aufs wenigist vorbehalten sollen, 'damit hernach unser Fiscal darumb, wie sichs gebürt, clagen möge.'“ (III 45 § 18).

Dieses Nebeneinander von Privatstrafe und öffentlicher Strafe ist eine Besonderheit. Im Allgemeinen verloren die Privatdelikte seit dem Spätmittelalter an Bedeutung: Das private Strafverfahren wurde durch ein öffentliches ersetzt, die Geldbuße an den Geschädigten durch Schadensersatz⁴⁹³.

VI. TESTAMENTARISCHES ERBRECHT

Das Gewohnheitsrecht hat sich vielfach behauptet, vor allem bei den Formen des Testaments, bei der Testamentserrichtung und der Erbeinsetzung. Das gemeine Recht brachte neue Testamentsformen und neue Institute: Substitution, Universal-Fideikommiss und Kodizill; aber auch die gemeinrechtlichen Regeln zu Pflichtteil und Vermächtnis, zum Widerruf des Testaments und zur Auslegung letztwilliger Verfügungen setzten sich fast vollständig durch. Aus dem Kurpfälzer Landrecht wurden nur wenige Vorschriften übernommen.

⁴⁹³ Dazu Kaufmann, Schadensersatzrecht, S. 94 - 95; Coing, Europäisches Privatrecht, S. 504-505.

1. Testierfähigkeit (IV 3)

Jeder kann testieren, dem dies nicht ausdrücklich verboten ist (IV 3 § 1). Der Grundsatz der Testierfreiheit entspricht dem gemeinen Recht⁴⁹⁴. Die Testierverbote sind teils gemeinrechtlich, teils partikularrechtlich, laut der Landtafel beruhen sie auf „*Recht und Landtsgebrauch*“ (IV 3 § 5). Generell enthalten die Partikularrechte hier zahlreiche Sonderregeln⁴⁹⁵.

Die Landtafel hat nahezu sämtliche Testierverbote des justinianischen Rechts übernommen⁴⁹⁶: Nicht testierfähig sind Minderjährige bis zu einem bestimmten Alter (IV 3 § 6), Geistesranke (IV 3 § 8), entmündigte Verschwender (IV 3 § 12) und Taubstumme, die ihren Willen auch nicht schriftlich ausdrücken können (IV 3 §§ 13, 14). Die für die Testierfähigkeit geltenden Altersgrenzen sind allerdings partikularrechtlich: Nach gemeinem Recht können Mädchen ab 12 Jahren, Jungen ab 14 testieren⁴⁹⁷ - nach der Landtafel liegt die Altersgrenze für Mädchen bei 16 Jahren, für Jungen nach der VLT bei 18 Jahren und nach der CLT bei 20 Jahren (IV 3 § 6). Jüngere Personen können testieren, wenn die Obrigkeit es ihnen erlaubt (IV 3 § 6), oder wenn sie bereits verheiratet sind (IV 3 § 7). Das Testierverbot der Hauskinder ist nicht rezipiert: „*Und wiewoll vermig der geschribnen Rechten den Khindern, so noch in ieres Vattern Gewalt, Haus und Cost sein, ungeacht sie ier Vogtbarkhait erraicht, die Aufrichtung irer lezten Willen verboten, so ist inen doch dem Landtsgebrauch nach solches von ieren berait angefallenen Güettern 'nach Erreichung des obgesezten bestimbten Alters' frey erlaubt, also, daß sie solch ihr Haab und Güetter ires Gefallens, wie sie Verlust, unverhindert ierer Eltern verschaffen mögen*“ (IV 3 § 20).

⁴⁹⁴ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 565 - 566.

⁴⁹⁵ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 566.

⁴⁹⁶ Vgl. Käser, Römisches Privatrecht II, S. 347; Käser, Römisches Privatrecht I, S. 575. Nicht übernommen wurden die Testierverbote der Sklaven und Freigelassenen.

⁴⁹⁷ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 565.

Die Landtafel gebraucht das Testierverbot auch als Strafsanktion; dies entspricht dem römischen wie dem kanonischen Recht⁴⁹⁸. Die Testierfähigkeit verliert, wer in der Acht und Bann des Reiches ist (IV 3 § 15). Bei besonders schweren Verbrechen wird die Testierfähigkeit bloß eingeschränkt:

*„Zum achten, welche criminis laesae maiestatis, Landtsverräthe-
rei oder solcher Erzlasten halben, dardurch von Recht wegen nit al-
lein Leib und Leben, sondern auch zumal Haab und Güetter ver-
worcht werden, mit richterlicher Erkhandtnus überwunden und erclert
worden, die khönnen in praeiudicium ierer nechsten Bluetserben (auf
welche die, crafft deren khainer an Gueth und Bluet zugleich soll ge-
strafft werden, fürnemblich gegrundet) weiter nit testiern.“* (IV 3
§ 16). An sich ist mit der Verurteilung auch das Eigentum verwirkt -
doch den „Landtsfreyhaiten“ nach ist dies unzulässig. Der Verurteilte
verliert nur das Recht, andere als seine nächsten Verwandten im Tes-
tament zu begünstigen. Das Vermögen bleibt der (Adels-)Familie also
erhalten.

2. Testamentsformen (IV 4 -10)

Maßgeblich ist der Landesbrauch, auf den die Landtafel sich mehrfach beruft⁴⁹⁹, und den sie treffend charakterisiert⁵⁰⁰: *„Ob nun
woll (inmaßen hieoben angezaigt) dem Landtsgebrauch nach ohnedas
die testamenta mit wenigem Zeugen und Solenniteten, als sonsten in
Rechten versechen, giltig sein,...“* (IV 8 § 2).

Die Testamentsformen weichen erheblich ab vom gemeinen
Recht: Die Zeugenanzahl ist geringer, und das Testament muss nicht in
einem einheitlichen, ununterbrochenen Akt errichtet werden. Außer-
dem berücksichtigt die Landtafel ständische Gesichtspunkte.

⁴⁹⁸ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 566; Käser, Römisches Privatrecht II, S. 347.

⁴⁹⁹ Die Landtafel beruft sich auf den Landesbrauch in den IV 4 § 1, IV 5 § 1, IV 8 § 2, IV 19
§ 11, IV 30 § 20.

⁵⁰⁰ Vgl. Wesener, Erbrecht, S. 129.

Die Testamentsformen der Landtafel sind „fürnemblich zwayerlei“: das schriftliche und das mündliche Testament (IV 2 § 2). Diese Einteilung entspricht dem Landesbrauch⁵⁰¹. Neben diesen Testamentsformen regelt die Landtafel eine Reihe weiterer, von denen mehrere aus dem gemeinen Recht rezipiert wurden.

a) *Schriftliches Testament (IV 4)*⁵⁰²

Die Landtafel folgt hier dem heimischen Gewohnheitsrecht. Sie stellt geringere Anforderungen als das römische Recht, begnügt sich mit abwesenden Zeugen und berücksichtigt Ständerecht.

Die Landtafel gestattet das zeugenlose eigenhändige Testament:

„Wann [ainer] 'jemandt' sein Testament und lezten Willen von Anfang bis zu Endt mit aigner Hundt durchaus schreibt und mit seinem Tauf- und Zuenamen unterschreibt (also daß darinen khain frembde Schrift eingemischt würdt) und dan verrer solch mit seinem Insigl oder Pedtschafft, es sei inwendig oder auswendig, verfertigt, so ist solches Testament vermig uralten Landtgebrauchs für crefftig und zierlich zu halten, -I ungeacht eines andern erbettnen Nebenzeugen oder Mittfertigers Sigl, Pedtschafft oder Unterschrift nit darbei zu fünden.“ (IV 4 § 1).

Nach römischem Recht erfordert die Errichtung eines schriftlichen Privattestaments grundsätzlich sieben Zeugen⁵⁰³. Das kanonische Recht begnügte sich mit der Anwesenheit des Pfarrers und zweier oder dreier Zeugen bei der Testamentserrichtung⁵⁰⁴. Inwieweit die kanonische Testamentsform galt, war gemeinrechtlich umstritten⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ Wesener, Erbrecht, S. 129.

⁵⁰² Dazu Wesener, Erbrecht, S. 129-139; zu den partikularrechtlichen Abweichungen im Geltungsbereich des *Ius commune*: Coing, Europäisches Privatrecht, S. 571-573.

⁵⁰³ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 568-569, 571.

⁵⁰⁴ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 571.

⁵⁰⁵ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 571.

Die Landtafel unterscheidet drei Arten des zumindest teilweise fremdhändigen Testaments; diese Einteilung entspricht dem österreichischen Landesbrauch⁵⁰⁶:

1. Der Erblasser unterschreibt und versieht das Testament mit Siegel oder Petschaft. Er benötigt dazu zwei Zeugen mit Siegel oder vier mit Petschaft (IV 4 § 2);
2. Der Erblasser unterschreibt nur: Nach der VLT sind drei Zeugen mit Siegel oder fünf mit Petschaft erforderlich, nach der CLT zwei mit Siegel oder drei mit Petschaft (IV 4 § 3);
3. Der Erblasser unterschreibt nicht und versieht das Testament auch nicht mit Siegel oder Petschaft: Die VLT fordert vier Zeugen mit Siegel oder sieben mit Petschaft, die CLT verlangt drei Zeugen mit Siegel oder fünf mit Petschaft (IV 4 § 4).

Je geringer der eigenhändige Anteil des Testaments ist, desto mehr Zeugen sind erforderlich. Dabei wiegt ein Zeuge mit einem Siegel mehr als ein Zeuge mit einem Petschaft; das ist Ständerecht: Ein Siegel konnte nur ein „*Siegelmäßiger*“ führen, ein Petschaft jedermann⁵⁰⁷.

Die Anwesenheit der Testamentszeugen bei der Testamentserrichtung ist nicht unbedingt erforderlich:

„Wann demnach (wie oben gemeldet) einer ein schriftliches Testament thuet und dasselb mit seiner aigen Handtschrifft und Pettschafft verfertigt, so ist nit vonnöthen, daß er die Zeugen persönlich umb Fertigung erbitte oder daß er inen das Testament zu fertigen selbst fürtrage, -1 sondern er mag solch sein Testament, wie das mit seiner Handtschrifft und Insignl oder Pettschafft verfertigt (es sei dasselb offen oder verschlossen), den Zeug-Siglern durch jemandts andern zuerschicken und sie durch verfertigte Pettzetln ersuechen, solches Testament neben ime zu fertigen.“ (IV 4 § 5).

⁵⁰⁶ Wesener, Erbrecht, S. 131.

⁵⁰⁷ Wesener, Erbrecht, S. 131.

Der Testator kann den Zeugen das Testament zusenden, und sie durch sogenannte „*Petzeti*“ auffordern, die Urkunde mit ihrem Siegel oder Petschaft zu versehen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Testator das Testament eigenhändig unterschrieben und mit seinem Siegel oder Petschaft versehen hat. Der in Österreich bis in das 18. Jahrhundert verbreitete „*Petzell*“ (Bittzettel) ist ein Schreiben, in dem jemand ersucht wird, an einem bestimmten Rechtsakt als Zeuge mitzuwirken⁵⁰⁸. Diese Art der Testamentserrichtung entspricht dem österreichischen Landesbrauch⁵⁰⁹. Das *Ius commune* dagegen verlangt die Errichtung des Testaments in einem einheitlichen, ununterbrochenen Akt („*unitas actus*“)⁵¹⁰.

Die Testamentszeugen versehen die Testamentsurkunde mit ihrem Siegel oder Petschaft (IV 4 §§ 2 - 4); auch dies stimmt überein mit dem österreichischen Landesbrauch und widerspricht dem römischen Recht, welches die Unterschrift der Zeugen fordert⁵¹¹.

b) Mündliches Testament (IV 5)⁵¹²

Die Landtafel stützt das mündliche Testament auf den „*Landsgebrauch*“ (IV 5 § 1). Tatsächlich vereinigt es römisch- und deutschrechtliche Elemente in sich⁵¹³. Die Errichtung ist römischrechtlich⁵¹⁴: „... *nemblich daß der Geschäftiger drei oder mehr erliche Männer und unverwierfliche Zeugen für sich erfordere und inen seinen letzten Willen und Mainung lauter und clärlich anzeige mit Bith, daß sie dessen ingedenckh bleiben und hierüber inskhunfftig Zeugschafft geben wollen.*“ (IV 5 § 1). Anders als nach römischem Recht sind allerdings

⁵⁰⁸ Wesener, Erbrecht, S. 136 -137.

⁵⁰⁹ Wesener, Erbrecht, S. 135.

⁵¹⁰ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 569; Wesener, Erbrecht, S. 137 -138.

⁵¹¹ Wesener, Erbrecht, S. 137.

⁵¹² Hierzu Wesener, Erbrecht, S. 139 -142.

⁵¹³ Wesener, Erbrecht, S. 142.

⁵¹⁴ Wesener, Erbrecht, S. 139 -140,142.

keine sieben Zeugen erforderlich⁵¹⁵.

Die Verkündung des letzten Willens vor der Obrigkeit ist deutsch-rechtlich⁵¹⁶:

„Wo dann nachmallen ermelte Zeugen für die ordentliche Obrighkheit gestellet und ainhellig solch des Geschäftigers letzten Willen und Mainung bei geschwornen Aydt zu Gott dem Allmechtigen aussagen und bestettigen, so ist solches für ein gnuegsamb nuncupativum testamentum zu halten und darauf zu erkennen.“ (IV 5 § 2).

Diese öffentliche Erklärung nach dem Todesfall geht wohl darauf zurück, dass im Mittelalter der Testator selbst vor der Obrigkeit erscheinen musste⁵¹⁷.

c) Öffentliches Testament (IV 6)⁵¹⁸

Das öffentliche Testament ist eine Testamentsform sowohl des spätmittelalterlichen deutschen Rechts als auch des gemeinen Rechts⁵¹⁹. Es wird folgendermaßen errichtet: Der Testator erscheint mit ein oder zwei Zeugen vor der Obrigkeit, verkündet dort seinen letzten Willen und lässt diesen von der Obrigkeit aufzeichnen (IV 6 § 1). Der Testator kann das Testament aber auch vor einer obrigkeitlichen Deputation errichten (IV 6 §§ 4 - 6); diese Form der Errichtung ist im römischen Recht nicht vorgesehen, war in der gemeinrechtlichen Praxis jedoch anerkannt⁵²⁰. Schließlich kann der abwesende Testator öffentlich testieren; dies ist eine Eigentümlichkeit des österreichischen Rechts:

⁵¹⁵ Vgl. Wesener, Erbrecht, S. 139.

⁵¹⁶ Wesener, Erbrecht, S. 142.

⁵¹⁷ Wesener, Erbrecht, S. 142.

⁵¹⁸ Dazu Wesener, Erbrecht, S. 147 - 148.

⁵¹⁹ Vgl. Wesener, Erbrecht, S. 142; Mitteis/Lieberich, Deutsches Privatrecht, S. 174; Coing, Europäisches Privatrecht, S. 569.

⁵²⁰ Glück's Kommentar, Band 34, S. 188 - 189.

„So aber einer seinen letzten Willen und Testament ohne der Obrigkeit Ersuechung - es sei mit oder ohne Beysein darzue erbettener Zeugen - zu Haus auf das Papier bringen und verfassen läßt und -1 umb mehr er Becreffigung willen auf der Obrigkhait Ferttigung stellet, -2 sofern dan der Testierer selbst schreiben und lesen khan, mag er die Obrigkhait solch ierer Ferttigung halber durch ordentliche, von ihm unterschribne und verfertigte Petzetl deswegen ersuechen.“ (IV 6 § 7).

d) „*testamentum ad pias causas*“ (IV 7)⁵²¹

Das Testament zu Gunsten kirchlicher oder sozialer Zwecke folgt kanonischem Sonderrecht⁵²². Die allgemeinen Formerfordernisse gelten hier nicht (IV 7 § 1). Das Testament ist bereits mit der Unterschrift des Testators wirksam, gleich ob es von eigener oder von fremder Hand geschrieben wurde (IV 7 § 2). Wird allerdings die Urheberschaft des Erblassers bestritten, sind zum Beweis der Authentizität zwei Zeugen erforderlich (IV 7 § 3); dies entspricht der unter den älteren Kanonisten und Zivilisten überwiegenden Auslegung der Dekretale X 3.26.11⁵²³. Bei mündlichen Testamenten sind generell zwei Zeugen erforderlich (IV 7 § 4).

e) *Nottestament* (IV 8)⁵²⁴

Das sogenannte „*testamentum tempore pestis conditum*“ wurde in modifizierter Form rezipiert. Nach römischem Recht ist dies ein Testament, das an einem Ort errichtet wird, wo eine ansteckende Krankheit herrscht⁵²⁵. Wegen der Ansteckungsgefahr ist die gleichzeitige

⁵²¹ Hierzu Wesener, Erbrecht, S. 146.

⁵²² Dazu Coing, Europäisches Privatrecht, S. 593 - 595.

⁵²³ (Liber Extra, cap. 11 de testam. (3. 26)); vgl. Koeppen, Erbrecht, S. 458 - 459, Fn. 5.

⁵²⁴ Dazu Wesener, Erbrecht, S. 144 - 145.

⁵²⁵ Käser, Römisches Privatrecht II, S. 345, Fn. 31; Koeppen, Erbrecht, S. 452.

Anwesenheit der Zeugen bei der Testamentserrichtung nicht erforderlich⁵²⁶. Die Zeugenanzahl ist nach römischem Recht nicht reduziert⁵²⁷. Erst die Postglossatoren versuchten die Zulässigkeit einer geringeren Zeugenanzahl zu begründen, indem sie die Vorschriften über das Soldatentestament analog anwandten⁵²⁸.

Die Landtafel erweitert den Anwendungsbereich des Nottestaments, sie gestattet es „in Sterbensleiffen - wo pestis, das Ungerisch Fieber oder dergleichen gefährliche tödtliche [Erb-]Kranckheiten starckh regieren - oder wann jemandt sonsten an Enden und Orthen, da wenig Leith sein, mit unversehner Kranckhhait überfallen würdet und derentwegen weder mit den Zeugen noch anderer Notturfft auskhomen khan“ (IV 8 § 1). Auch der Umfang der Formerleichterung ist durch das römische Recht nicht gedeckt, wird jedoch auf das gemeine Recht gestützt: „so haben die algemeine Rechten demselben sondere Freihaiten gegeben und zuegelassen, daß in solchen Notfällen weniger Zeugen und Requisiten als sonsten, da ainer ein zierlich Testament außer solcher Notfall aufrichtet, erfordert werden.“ (IV 8 § 1). Die ohnehin geringen Formerfordernisse der Landtafel werden im Notfall weiter reduziert: Wirksam sind auch das schriftliche Verzeichnis ohne Unterschrift und Fertigung und der mündlich vor zwei Zeugen erklärte letzte Wille (IV 8 § 2). An sich erfordert das mündliche Testament drei Zeugen und das schriftliche Testament die Unterschrift des Erblassers und dessen Siegel oder Petschaft.

f) Aszendententestament und „divisio inter liberos“ (IV 9)⁵²⁹

Das Aszendententestament, das „*testamentum parentum inter liberos*“, ist ein Testament, das nur für die Nachkommen des Erblassers Rechtswirkungen entfaltet⁵³⁰. Die „*divisio inter liberos*“ ist die Erb-

⁵²⁶ Wesener, Erbrecht, S. 144.

⁵²⁷ Käser, Römisches Privatrecht II, S. 345, Fn. 31; Koeppen, Erbrecht, S. 452.

⁵²⁸ Wesener, Erbrecht, S. 144.

⁵²⁹ Dazu Wesener, Erbrecht, S. 145.

⁵³⁰ Vgl. Koeppen, Erbrecht, S. 448.

teilung unter den Nachkommen, die Zuweisung der einzelnen Vermögensstücke⁵³¹. Bei beiden Instituten folgt die Landtafel im Wesentlichen dem *Ius commune*.

Das „*testamentum parentum inter liberos*“ kann mündlich oder schriftlich errichtet werden (IV 9 § 1). Die mündliche Form erfordert zwei Zeugen (IV 9 § 2); dies entspricht der 1512 erlassenen Reichsnotariatsordnung⁵³². Die schriftliche Form stimmt weitgehend überein mit dem justinianischen Recht⁵³³: Der Erblasser muss das Testament zumindest teilweise selbst schreiben, es unterschreiben und datieren, und er muss die wesentlichen Angaben in Worten ausdrücken, nicht bloß in Ziffern (IV 9 §§ 5 - 7).

In materieller Hinsicht gestattet die Landtafel auch Anordnungen zu Gunsten von Nicht-Abkömmlingen, wenn auch in geringem Umfang:

„Und zwar gelten auch dergleichen befreidte Testament der Eltern allein sofern, -1 daß darin die maiste Verlassung nit auffrembde und andere Personen, sonder auf die Khinder, Enenckhl und derselben absteigente Erben gericht,...“ (IV 9 § 8).

Dies widerspricht dem justinianischen Recht⁵³⁴.

Bei der „*divisio inter liberos*“ beruft die Landtafel sich auf das römische Recht⁵³⁵:

„Es mögen aber auch die Eltern - vermig der khayserlichen Rechten und darin inen gegebenen Freyhaiten - auch außerhalb obbemelten testamentlichen Form bei iren Lebzeiten ein Thaillung irer Güetter under iren Khindern fürnehmen und jedem sein sonder Fortion oder Theil verordnen....“ (IV 9 § 13). Die schriftliche Form setzt die Unterschrift der Eltern voraus (IV 9 § 14); dies entspricht dem justiniani-

⁵³¹ Vgl. Koeppen, Erbrecht, S. 451.

⁵³² Wesener, Erbrecht, S. 145.

⁵³³ Käser, Römisches Privatrecht II, S. 346, insbesondere Fn. 41; Wesener, Erbrecht, S. 145.

⁵³⁴ Vgl. Käser, Römisches Privatrecht II, S. 346; Koeppen, Erbrecht, S. 448.

⁵³⁵ Dazu Koeppen, Erbrecht, S. 451, 452; Käser, Römisches Privatrecht II, S. 346, insbesondere Fn. 42, 43.

schen Recht⁵³⁶. Die mündliche Form erfordert zwei Zeugen (IV 9 § 13).

g) Gemeinschaftliches Testament (IV 10)⁵³⁷

Das gemeinschaftliche Testament ist mittelalterlichen Ursprungs⁵³⁸. Das gemeine Recht anerkannte es⁵³⁹. Dieses Testament ist nur zwischen Ehegatten zulässig (IV 10 § 1); diese Beschränkung ist in den deutschen Stadt- und Landrechten verbreitet⁵⁴⁰. Rechtlich gesehen liegen zwei Testamente vor, die durch einen gemeinsamen Errichtungsakt verbunden sind (IV 10 § 6); dies stimmt überein mit dem *Ius commune*⁵⁴¹. Die Testamente sind nach gemeinen Recht frei widerruflich, das Wissen des Ehegatten ist nicht erforderlich⁵⁴². Die Landtafel dagegen gestattet den Widerruf nur mit Wissen des Ehegatten (IV 10 § 6).

h) Testament der Bauern und Untertanen (IV 14 §§ 8, 9)⁵⁴³

Die Besonderheit dieses Testaments liegt in der Mitwirkung der Obrigkeit, die wohl der Kontrolle des Liegenschaftsverkehrs dient: „Ob auch woll den Paurn und Underthonen ires Willens zu testiern freisteet, so sollen jedoch derselbigen Testament, welche sie über iere ligende Güetter ohne der Obrigkhait, darunder sie seß- und wonhafft, Wissen allein mit schlechten Paurn Pedtschafft oder Zeugen Mitfertigung aufrichten, anderer Gstalt nit 'statt haben' dann zu unversechnem Nodtfall, da man wegen Abwesenhait oder übereillender Gottes-

⁵³⁶ Vgl. Käser, Römisches Privatrecht, S. 346, Fn. 43.

⁵³⁷ Dazu Wesener, Erbrecht, S. 148 -151.

⁵³⁸ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 560, 585.

⁵³⁹ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 585 - 586.

⁵⁴⁰ Wesener, Erbrecht, S. 149.

⁵⁴¹ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 586; Koeppen, Erbrecht, S. 553.

⁵⁴² Coing, Europäisches Privatrecht, S. 586.

⁵⁴³ Dazu Wesener, Erbrecht, S. 142 -143.

gewalt zu der Obrighkheit nit khomen oder mehr bedächtige Vertagung nit haben khann.“ (IV 14 § 8).

Dieses Testament hat nichts gemein mit dem „*testamentum ruri conditum*“ des justinianischen Rechts, das auf dem (dünn besiedelten) Land die Testamentserrichtung erleichtert, und nur fünf statt der üblichen sieben Zeugen verlangt⁵⁴⁴.

3. Testamentszeugen (IV 11)⁵⁴⁵

Die Landtafel regelt, wer als Testamentszeuge auftreten kann; sie folgt dabei im Großen und Ganzen dem gemeinen Recht. Testamentszeuge kann jeder sein, der nach den allgemeinen Regeln als Zeuge zugelassen ist, und nicht ausdrücklich als Testamentszeuge ausgeschlossen ist (IV 11 § 1).

Ausgeschlossen sind Frauen (IV 11 § 2) und die Personen, die weder testierfähig sind noch als Erbe eingesetzt werden können (IV 11 § 5); insoweit entspricht die Landtafel dem römischen Recht⁵⁴⁶. Auch wer als Erbe eingesetzt wird oder mit einem eingesetzten Erben nahe verwandt ist, kann nicht als Zeuge auftreten (IV 11 § 3); nach römischem Recht sind die Erben und die in ihrer väterlichen Gewalt stehenden Personen als Testamentszeugen ausgeschlossen⁵⁴⁷.

Vermächtnisnehmer können nur dann als Zeugen fungieren, wenn der Wert des Vermächtnisses den vierten Teil des Nachlasses nicht übersteigt (IV 11 § 4). Die Landtafel begründet dies:

„Dann weil dem Landtsgebrauch nach in den Testamenten nit so vil Zeugen als sonsten in Rechten erfordert werden, so sollen auch

⁵⁴⁴ Wesener, Erbrecht, S. 142.

⁵⁴⁵ Dazu Wesener, Erbrecht, S. 151 - 153.

⁵⁴⁶ Zum Ausschluss der Frauen: Koeppen, Erbrecht, S. 437, insbesondere Fn. 5; zum Ausschluss der Testier- und Erbeinsetzungsunfähigen: Glück's Kommentar, Band 34, S. 310.

⁵⁴⁷ Koeppen, Erbrecht, S. 437 - 438.

sovil weniger verdächtige Zeugen statt haben.“ (IV 11 § 4)⁵⁴⁸. Diese Beschränkung entstammt dem österreichischen Landesbrauch⁵⁴⁹.

4. Erbeinsetzung (IV 13)

a) Allgemeines

Nach gemeinem Recht erfordert jedes Testament die Ernennung eines Erben⁵⁵⁰.

Die Landtafel übernimmt zwar diesen Grundsatz, hält jedoch nicht daran fest. Sie verlangt zunächst, dass „in alweg“ ein Erbe eingesetzt wird:

„Demnach von wegen der Erben die Testament fürnemblich erfunden und derhalb vermüg der Rechten die Einsezung der Erben das fürnembist und wesentlich Stuckh und Hauptgrundt eines jeden Testament ist -1 und dahero vonnöthen, daß in demselben ein Gewisser benennt und eingesetzt werde, ... -3 also ist nit gmuegsamb, daß obgesettermäßen die rechte Anzall ehrlicher, unverwürfflicher Gezeugen und Ferttiger verhanden und gebraucht seyen, -4 sondern es ist auch in alweg vonnöthen, daß ein gewisser Erb im Testament benennt und eingesetzt werde. -5 Außer dessen ist sowol der Zeugen als testatoris Ferttigung, Fürsorg und Aussag vergebens.“ (IV 13 § 1). Doch dem Landesbrauch folgend gestattet die Landtafel eine Ausnahme:

⁵⁴⁸ Hans-Wolfgang Strätz nimmt an, dass die Begründung sich auf den vorangehenden IV 11 § 3 bezieht, welcher die Erben und bestimmte ihnen nahestehende Personen als Testamentszeugen ausschließt (Landtafel, Fn. zu IV 11 § 4). Dagegen spricht jedoch Folgendes: Die zitierte Begründung wurde übernommen aus einem der Walther'schen Traktate (Tr. XIV, c.8,1). Und dort ist der Bezug eindeutig: Walther begründet die beschränkte Eignung von Vermächtnisnehmern als Testamentszeugen. Es ist anzunehmen, dass der Bezug in der Landtafel der gleiche ist, dass sich die Begründung also auf IV 11 § 4 bezieht.

⁵⁴⁹ Wesener, Erbrecht, S. 152.

⁵⁵⁰ Coing, Europäisches Privatrecht, S. 575.

„Dergestalt dan auch von herkhommenen Landtgebrauch wegen -1 wann gleich in einem Testament khein gewisse Person zu einem Erben benennt, sondern alles allein hin und wider verlegiert und verschafft, -2 jedoch wann allein ein gewisser executor, Volziecher und Ausrichter darin verordnet und gesetzt -3 und den Notterben ihre legitima (-4 oder, da khain Notterb verhanden, den nechst Befreundten ab intestato etwas legirt) darin zu befinden, -5 so solle ein solch Testament nit für uncrefftig gehalten, sondern seines Inhalts volzogen werden.“ (IV 13 § 4).

Dieses Testament entspricht dem deutschen Testament des Mittelalters⁵⁵¹: Es besteht aus einer Reihe von Verfügungen über einzelne Vermögensgegenstände und setzt keinen Erben voraus.

b) Die Form der Erbeinsetzung

Die Landtafel regelt zwei Formen der Erbeinsetzung; die eine ist gemeinrechtlich, die andere ist deutschrechtlichen Ursprungs. Der Testator kann zum einen eine namentlich genannte Person ausdrücklich als Erben einsetzen (IV 13 § 2); dies entspricht dem gemeinen Recht⁵⁵². Der Testator kann zum anderen ein „Hauptgeschäft“ errichten: „Fürs ander geschieht die Institution auf solche Mainung, daß der testator im Testament die sonderbare Geschafft und Legata 'nach'einander [nach]gesetzt und ordnet, -1 nachmallen erst ein Generalclausul darzue sezt; -2 als „Was über mein obsteendt Geschafft verbleibt, es sey ligent oder farendt, wie das Namen haben mag, nichts davon ausgenommen, das alles verschaff, ordne und lasse ich N. und N.“ -3 Dann obgleich darbei nit angehengt würdt, „als meinem instituierten Erben“ oder dergleichen, so würdt doch solches Geschafft für ein Erbsazung gehalten, -4 sonderlich wann der testator solchem Hauptgeschäft (wie gemeiniglich geschieht) die Abzallung der Schulden oder Ausrichtung seines letzten Willens auflegt.“ (IV 13 § 3).

⁵⁵¹ Vgl. Wesener, Erbrecht, S. 121.

⁵⁵² Wesener, Erbrecht, S. 121 (mit weiteren Belegen).

Hier überwiegt der deutschrechtliche Einfluss⁵⁵³: Die Vermächtnisse über einzelne Vermögensgegenstände stehen im Vordergrund. Der Einfluss des gemeinen Rechts beschränkt sich darauf, dass die Verfügung über den Rest als Erbeinsetzung aufgefasst wird⁵⁵⁴. Der Unterschied zu den übrigen Verfügungen ist an sich gering.

c) Erbeinsetzungsfähigkeit

Jeder kann als Erbe eingesetzt werden, den die Landtafel nicht ausdrücklich als solchen ausschließt (IV 13 § 5). Aus dieser abschließender Regelung folgt die Nichtanwendbarkeit einer Reihe römisch-rechtlicher Bestimmungen⁵⁵⁵. Aber auch die in der Landtafel enthaltenen Fälle der Erbeinsetzungsunfähigkeit folgen nur zum Teil dem römischen Recht.

Ausgeschlossen sind:

1. die des Landes Verwiesenen (IV 13 § 6),
2. die zu lebenslänglicher Gefängnisstrafe Verurteilten (IV 13 § 7),
3. die zum Tode Verurteilten (IV 13 § 8),
4. die unehelichen Kinder als testamentarische Erben ihrer Eltern (IV 13 § 9); allerdings können die bloß „natürlichen“ Eltern einen Enkel als Erben einsetzen, falls sie keine ehelichen Kinder haben (IV 13 § 10).

Die Erbeinsetzungsunfähigkeit der des Landes Verwiesenen und der zum Tode Verurteilten folgt dem römischen Recht⁵⁵⁶.

⁵⁵³ vgl. Wesener, Erbrecht, S. 121.

⁵⁵⁴ Wesener, Erbrecht, S. 121.

⁵⁵⁵ Zu diesen im jüngeren gemeinen Recht desuet gewordenen Rechtssätzen: Windscheid, Pandekten III, § 535, Fn. 9.

⁵⁵⁶ Zu IV 13 § 6 vgl. Glück's Kommentar, Band 39, S. 244; zu IV 13 § 8 vgl. Glück's Kommentar, Band 39, S. 243.