

**Zeitschrift:** Bündner Monatsblatt : Zeitschrift für Bündner Geschichte, Landeskunde und Baukultur

**Herausgeber:** Verein für Bündner Kulturforschung

**Band:** - (1952)

**Heft:** 6

  

**Artikel:** Der Eniklibrief des Zehngerichtenbundes : ein Kapitel aus der Geschichte der erbrechtlichen Repräsentation oder des Eintrittsrechts

**Autor:** Liver, Peter

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-397586>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 02.02.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# BÜNDNER MONATSBLATT

ZEITSCHRIFT FÜR BÜNDNERISCHE  
GESCHICHTE, LANDES- UND VOLKSKUNDE

---

HERAUSGEGEBEN VON DR. RUD. O. TÖNJACHEN

Erscheint jeden Monat

---

## Der Eniklibrief des Zehngerichtenbundes

*Ein Kapitel aus der Geschichte der erbrechtlichen Repräsentation  
oder des Eintrittsrechts\**

Von Prof. Dr. Peter Liver, Bern

### *I. Einleitung*

#### 1. Das Erbrecht als Gegenstand des Statutar- rechts

Die Statuten, Landbücher, Gerichtssatzungen der alten Zeit, das heißt vom 14. bis ins 19. Jahrhundert, waren nicht systematische und umfassende, mit dem Ziel der Vollständigkeit angelegte gesetzgeberische Arbeiten wie die späteren Zivilgesetzbücher der Kantone und dann des Bundes. Mit diesen verglichen, waren sie nur Zusammenfassungen von Einzelsatzungen und von zusammenhängenden Satzungen über einzelne Rechtsgebiete, unter denen gerade das Erbrecht

---

\* Nach einem in der Historisch-antiquarischen Gesellschaft Graubünden in Chur am 11. März 1952 gehaltenen Vortrag.

hervortritt und den wichtigsten Platz einnimmt. Die erbrechtliche Sukzession bedurfte der bestimmten Regelung. Über sie konnte nicht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder danach entschieden werden, was dem Richter im einzelnen Fall als recht und billig erschien, wie in so vielen anderen Fragen, die heute im Gesetz geregelt sind, damals aber dem ungeschriebenen Recht überlassen waren. Wem der Nachlaß zufiel und wie er unter mehrere Erben zu teilen sei, mußte eindeutig und für das einzelne Rechtsgebiet einheitlich festgelegt sein. Kaum eine Frage hätte sonst zu so häufigen und so erbitterten Streitigkeiten Anlaß gegeben wie diese. Es ist auch heute noch so, daß die Gemütlichkeit aufhört, wenn es ans Teilen geht. Die satzungsmäßige Regelung der Intestaterbfolge gehörte zu den ältesten und am mühsamsten zustande gebrachten Teilen des privaten Statutarrechts und verband sich eng mit den sozialen Gegebenheiten einer Landesgegend und den durch sie bedingten Rechtsanschauungen. Deshalb haben noch die kantonalen Zivilgesetzbücher des 19. Jahrhunderts die stärkste Eigenart neben dem ehelichen Güterrecht und Grundpfandrecht im Erbrecht aufgewiesen. Die Einführung des fremden Erbrechts des französischen Code civil in den Kantonen St. Gallen (1805) und Thurgau (1839) ist eine Anomalie.<sup>1</sup>

Im Freistaat Gemeiner III Bünde hatte jede Gerichtsgemeinde ihre eigenen Kriminal- und Zivilstatuten. Im Gotteshausbund gab es überhaupt keine Bundesgesetzgebung. Der Obere oder Graue Bund dagegen hatte seine Bundesstatuten und sein Appellationsgericht. Auch in den Bundesstatuten steht das Erbrecht nach Umfang und Geschlossenheit der Regelung an erster Stelle. Im Zehngerichtenbund fehlte es nicht an Bestrebungen zu einheitlicher gesetzgeberischer Tätigkeit. Zum Erlaß von Bundesstatuten ist es zwar nicht gekommen. Man mußte sich auf die Spezialgesetzgebung beschränken. Deren weitaus wichtigste Aufgabe und Leistung ist wieder die einheitliche Erbrechtsordnung gewesen. Die beiden ältesten Gesetze sind im Jahre 1469 zustande gekommen. Das eine von ihnen ist der Eniklibrief, der das Eintrittsrecht der Enkel einführt. An Stelle des vor dem Großvater verstorbenen Vaters soll dessen Sohn, also der Enkel, gegenüber dem Großvater erbberechtigt sein. Das ist

---

<sup>1</sup> Huber Eugen, Recht und Rechtsverwirklichung, 1921, S. 332.

scheinbar eine Einzelfrage von untergeordneter Bedeutung. Aber die Antwort auf sie erwies sich als Ausdruck eines neuen Erbfolgeprinzips. Dieses Prinzip setzte sich, nachdem es mit dem Eintrittsrecht der Enkel einmal Fuß gefaßt hatte, schließlich durch, wenn auch nur Schritt um Schritt im Verlaufe einer langen Zeit, unter Überwindung des zähen Widerstandes, welchen ihm das alte Gewohnheitsrecht entgensetzte. Die historische Bedeutung des Enklibriefes liegt darin, daß er diese Entwicklung im Zehngerichtenbund eingeleitet hat. Und in dieser Entwicklung tritt uns ein Wesenszug des geschichtlichen Werdens neuen Rechtes überhaupt entgegen.

## 2. Das Eintrittsrecht als Konsequenz der Parentelenordnung

Nach dem Recht des Zivilgesetzbuches, wie schon nach dem bündnerischen Privatrecht von 1862 und dem ersten einheitlichen bündnerischen Erbrechtsgesetz, das am 1. Januar 1850 in Kraft getreten war, ist das Eintrittsrecht eine Selbstverständlichkeit und zwar nicht nur das Eintrittsrecht der Enkel, sondern das Eintrittsrecht eines jeden Nachkommen eines Parens (Elternteils), der vor dem Erblasser gestorben ist und Erbe gewesen wäre, wenn er den Erbfall erlebt hätte. Es ergibt sich aus der Parentelenordnung von selbst. Ohne das Eintrittsrecht ist die Parentelenordnung überhaupt nicht konsequent durchführbar. Unsere Erbfolgeordnung ist die konsequent durchgeführte Parentelenordnung. Die Parentelenordnung ist die natürliche Gliederung der Blutsverwandtschaft. Die erste Parentel umfaßt den Erblasser und seine Nachkommen. Hat der Erblasser Nachkommen, erben sie, also zunächst die Kinder, und wenn ein Kind vor dem Erblasser verstorben ist, an dessen Stelle seine Nachkommen, also die Enkel des Erblassers (Eintrittsrecht der Enkel). Sind alle Kinder vor dem Erblasser gestorben, erben deren Kinder und an Stelle eines dieser Kinder (Enkel des Erblassers), das auch vor dem Erblasser gestorben ist, dessen Nachkommen (Eintrittsrecht der Urkel), usw. Hat der Erblasser überhaupt keine ihn überlebenden Nachkommen, erben seine Eltern und wenn sie vor dem Erblasser gestorben sind, deren Nachkommen, also die Geschwister des Erblassers und an Stelle vorverstorbenen Geschwister deren Nachkom-

men, die Neffen und Nichten des Erblassers, usw. Die Eltern und ihre Nachkommen bilden die zweite, die elterliche Parentel. Ist kein Angehöriger dieser Parentel vorhanden, fällt der Nachlaß an die dritte, die großelterliche Parentel, welche die Großeltern und deren Nachkommen umfaßt, wobei an Stelle vorverstorbenen Großeltern deren Kinder (Onkel und Tanten des Erblassers) und an Stelle eines nicht mehr lebenden von ihnen seine Kinder (Geschwisterkinder des Erblassers) treten usw. ZGB Art. 457 Abs. 3 für die erste, Art. 458 Abs. 3 für die zweite und Art. 459 Abs. 3 für die dritte Parentel.

Für die Erbberechtigung kommt es somit immer darauf an, ob ein Blutsverwandter zu der Parentel gehört, an welche der Nachlaß fällt und nicht, in welchem Grade er mit dem Erblasser verwandt ist. Wenn der Erblasser einen Urenkel und einen Bruder hinterläßt, beerbt ihn der Urenkel allein, obwohl er mit ihm im dritten Grad verwandt ist und der Bruder (nach der römischen Komputation, welche das ZGB im Gegensatz zu der bei uns geläufigen kanonischen übernommen hat, Art. 20) im zweiten Grad.

Die Teilung des Nachlasses erfolgt nach Stämmen und nicht nach Köpfen. Wird der Erblasser von einem Sohn und drei Kindern eines vorverstorbenen anderen Sohnes beerbt, also drei Enkeln, erhält der Sohn die Hälfte und jeder der Enkel einen Sechstel des Nachlasses. Dies gilt in allen Parentelen für alle Grade. Es gilt auch, wenn alle Erben Enkel sind. Ist ein Enkel einziger Nachkomme des einen Sohnes und zehn Enkel die Nachkommen des anderen Sohnes, so erhält der eine Enkel die Hälfte und die anderen Enkel je einen Zwanzigstel des Nachlasses des Großvaters. Wenn alle Erben Neffen und Nichten oder Geschwisterkinder oder Geschwisterkindskinder der Erblassers sind, wird in gleicher Weise geteilt, nach Stämmen, nicht nach Köpfen.

Diese Erbfolgeordnung ist, weil sie sich aus der natürlichen Verwandtschaftsgliederung ergibt, das einfachste, mit der größten Sicherheit zu handhabende System. Dieses System schließt jede gesetzgeberische Willkür schlechthin aus. Ist es mit allen seinen Konsequenzen anerkannt, gibt es keine Frage mehr, die vom Gesetzgeber so oder anders gelöst, vom Richter so oder anders entschieden werden könnten. Prozesse darüber, ob ein Blutsverwandter Erbe sei und, wenn ja, mit welcher Quote er an dem den Blutsverwandten zufal-

lenden Nachlasse beteiligt sei, gibt es im ausschließlichen Geltungsbereich der gesetzlichen Erbfolge überhaupt nicht mehr. (Erbteilungsstreitigkeiten sind zwar sehr häufig, haben aber nie die hier genannte Frage zum Gegenstand.) Die konsequent durchgeführte Parentelenordnung mit unbeschränktem Eintrittsrecht ist eine absolut eindeutige und restlose Lösung eines der wichtigsten Probleme des privaten Rechtes, mit dem sich die Gesetzgebung während Jahrhunderten abgemüht hat, ohne zum Ziele zu kommen. Das zeigt sich sehr deutlich am bündnerischen Statutarrecht und insbesondere an der Entwicklung des Erbrechts des Zehngerichtenbundes, welche mit dem Eniklibrief von 1469 eingesetzt hat. Der Eniklibrief war ein erster Schritt auf dem Wege zum heutigen Recht. Schon diesen Schritt tat man nicht ohne Hemmungen. Man ließ ihm dann in den folgenden Jahrhunderten einen zweiten und dritten folgen. Aber man durchschritt den Weg nicht bis zum Ende, einmal deshalb nicht, weil man ihn nicht sah, dann aber weil man nicht loskam von den alten Vorstellungen über die Nähe der Verwandtschaft zum Erblasser und ihre entscheidende Bedeutung für die Berufung zum Erben; weil man sich nicht abfinden konnte mit der Stammesteilung, sondern unter Verwandten, die mit dem Erblasser gleich nahe verwandt waren, an der Kopfteilung festhielt; wohl auch weil man sich gegen eine starke Aufteilung der Liegenschaften sträubte; endlich weil man sich zur Preisgabe der Auffassung nicht entschließen konnte, daß das Erbe nicht steigen solle, also nicht den Aszendenten (Eltern, Großeltern) anfallen könne, sondern, wenn keine Kinder da waren, dahin zurückfallen solle, von wo es hergekommen (Rückfall). Nur sehr schwer konnte man sich in der Behandlung der halbbürtigen oder einbändigen Geschwister sowie der ehelichen Nachkommen der unehelichen Kinder zurechtfinden.

In der natürlichen Ordnung des Parentelensystems hätten diese uralten Erbgewohnheiten und namentlich die Vorstellungen über die Nähe eines jeden Blutsverwandten zum Erblasser nicht berücksichtigt werden können. Die bündnerischen Statutarrechte haben deshalb die Erbfolge nicht nach Parentelen, sondern nach Erbenklassen geordnet, wie sie im römischen Recht bestanden haben (Novelle 118 Justinians). Bei der Bildung dieser Erbenklassen konnten jene Besonderheiten zur Geltung kommen. Das Eintrittsrecht war

auch damit vereinbar und war im römischen Recht auch tatsächlich anerkannt, aber allerdings nicht unbeschränkt, sondern nur für die Enkel in der ersten Klasse (Deszendenten) und für die Kinder der Geschwister in der zweiten Klasse (Aszendenten und vollbürtige Geschwister) sowie für die Kinder von halbbürtigen Geschwistern in der dritten Klasse (halbbürtige Geschwister und Kinder halbbürtiger Geschwister). In der Bildung der Erbenklassen und in der verbreiteten Begrenzung des Eintrittsrechtes auf diese Fälle hat sich das bündnerische Statutarrecht zweifellos stark vom römischen Recht beeinflussen lassen. Zu einer eindeutigen und konsequenten Erbfolgeordnung ist es nie gekommen.<sup>2</sup>

Im Zehngerichtenbund hatten sich die Ratsboten und auch die Ehrsamten Räte und Gemeinden immer und immer wieder mit Erläuterungen des Erbrechtes und mit Erbstreitigkeiten zu befassen. Das Erbrecht ist eines der häufigsten Traktanden des Bundstages bis zum Untergang der Bünde.

Nach einer der letzten Erläuterungen, derjenigen vom Jahre 1723, ging es nicht lange, bis wieder verschiedene Ratsboten dem Bundeslandammann vorbrachten, daß das Erbrecht ziemlich dunkel und zweideutig und allzu kurz verfaßt sei; ob es nicht als notwendig erachtet werde, diesfalls einige Vorkehren zu treffen. Es entstünden große Zwistigkeiten, Mißverständnisse und Verbitterung zwischen den nächsten Verwandten (1731).

Die daraufhin eingesetzte Kommission ließ die Sache aber liegen, und eines ihrer Mitglieder, der Bundeslandammann Scandolera, erklärte 1734, die Sache sei schwer und möchte vielleicht durch Erläuterungen noch mehr verwirrt werden. Auch eine neue Kommission unter Bundeslandammann Salomon Sprecher war noch 1738 zu keinem

<sup>2</sup> «Geordnete Gesetzes-Sammlung und grundsätzliche Übersichten der Achtzehn Erbrechte des Eidgenössischen Standes Graubünden, nebst einem Entwurf zu einem allgemeinen Erbrechte für den ganzen Kanton», 1831, von Ulrich v. Mohr; «Das neue Erbrecht des Eidgenössischen Standes Graubünden», 1847, vom gleichen Verfasser, mit dem Gesetzestext in deutscher, italienischer und romanischer (sursilvanischer) Sprache, erläutert und durch Schemata veranschaulicht. H u b e r Eugen, Die schweiz. Erbrechte in ihrer Entwicklung seit der Ablösung des alten Bundes vom deutschen Reich, Diss. 1872; B ü h l e r Michael, Das bündnerische Erb- und eheliche Güterrecht nach seinen Quellen, Diss. Bern 1882; L a l i v e - A c a t o s Klio, Das gesetzliche Erbrecht Graubündens in seiner Entwicklung seit der Lex Romana Curiensis, Diss. Zürich 1931; C a j a c o b Julius, Die letztwilligen Verfügungen nach Graubündner Recht, Diss. 1909.

Schluß gekommen.<sup>3</sup> Im Grauen Bund stand es wohl nicht sehr viel besser, in den Gemeinden des Gotteshausbundes eher noch schlechter. Erst das kantonale Gesetz über die Intestaterbfolge vom 12. Juli 1843, in Kraft getreten am 1. Januar 1850, hat mit der konsequenten Durchführung der Parentelenordnung mit unbeschränktem Eintrittsrecht aus den Schwierigkeiten, Widersprüchen und Unsicherheiten des Statutarrechts herausgeführt.

## II. Der Inhalt des Eniklibriefes

Der Eniklibrief ist eine kleine Pergamenturkunde (14,5 × 25,8 cm).<sup>4</sup> Er enthält nur vier kurzgefaßte Bestimmungen:

1. Wenn ein Mann oder eine Frau eheliche Kinder hat und diese Kinder vor ihrem Vater oder ihrer Mutter sterben und ihrerseits eheliche Kinder haben, es seien deren eines oder mehrere, so viel es wären:

«so sollent dan dieselben kynd erpen an iro vater oder muter stat und alle für ain erben als vil ir vater oder mutter geerbt hette».

2. Wenn diese Kinder (also die Enkel des Erblassers) hernach ohne eheliche Nachkommen sterben,

«so sol dan dasselb gut wider vallen an den rechten stam, da dana es komen ist».

3. Hat der Erblasser ein außereheliches Kind hinterlassen, dieses seinerseits aber eheliche Kinder, so daß die Enkel also ehelich sind, aber einen außerehelich geborenen Vater oder eine außerehelich geborene Mutter haben, so sind sie von der Erbschaft gegenüber dem Großvater ausgeschlossen, «wan iro vater und muter hetten ouch nit mügen erpen».

4. Der Eniklibrief soll keine rückwirkende Kraft haben, sondern nur auf die Erbfälle Anwendung finden, in denen die Kinder und deren Kinder am Tage des Erlasses der neuen Satzung (21. Juni 1469)

<sup>3</sup> Gillardon P., Der Zehngerichtenbund, S. 238.

<sup>4</sup> Das Original befindet sich im Staatsarchiv. In den Regesten von Robbi ist es unter Nr. 340 verzeichnet. Abschriften enthalten die meisten Landbücher der Gerichtsgemeinden. In die beiden Ausgaben des Davoser Landbuches (1831 in der Sammlung sämtlicher Statutarrechte, 1912 Ausgabe M. Valär) ist der Brief nicht aufgenommen worden. Gedruckt ist er bei U. v. Mohr, a. a. O., ferner in der unvollständigen und fehlerhaften Sammlung «Bundesartikel des löbl. Zehen Gerichtenbundes» aus den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts und in den von R. Wagner und J. R. v. Salis in der ZSR herausgegebenen Rechtsquellen des Kantons Graubünden, S. A. II., S. 30 f.

noch am Leben sind. (Das ist zwar eine unrichtige Anwendung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung, vgl. ZGB SchlT Art. 15).

### *III. Erste Erläuterung 1579*

Sie erfolgte als authentische Interpretation von Art. 2 des Eniklibriefes und zwar, wie in den Malanser Statuten angegeben ist, auf dem Bundestag zu Chur am 5. Januar 1579 und lautet:

«namblich wz enichle in einer linien als geschwisterte mit und ohne leyberben abgend und noch mehr enichle oder enichle kinder das enichle guot sambt anderen erben,

wan aber nur ein enichle mehr und seiner geschwister als enichle kinder keine mehr vorhanden, so sol dasselbig guot widerumb hinder sich an die erben fallen, so vormals geerbt hettend inhalt des enichle briefs» (Rechtsquellen des Kantons Graubünden II, S. 31, Anm. 1).

Damit wird festgelegt, daß der Rückfall nicht in jedem Falle eintreten soll, in welchem ein Enkel, der auf Grund des Eintrittsrechtes geerbt hat, ohne Kinder stirbt, wie man aus dem Eniklibrief schließen könnte, sondern nur wenn überhaupt keine anderen Enkel und Nachkommen von solchen vorhanden sind. Sind neben dem verstorbenen Enkel noch andere Enkel oder Kinder von ihnen da, fällt das Enikligut ihnen zu. Erst wenn keine anderen Enkel oder Nachkommen von solchen vorhanden sind, so fällt das Enikligut zurück an die Kinder, mangels solcher an die Geschwister des Großvaters oder deren Nachkommen. Fehlen solche, fällt es an die großelterliche Parentel des Großvaters zurück, und zwar an die großväterliche oder großmütterliche, je nachdem ob es an den Großvater von der väterlichen oder von der mütterlichen Seite her gekommen ist: paterna paternis, materna maternis.

Darin liegt eine Abschwächung des Rückfallrechtes am Enikligut zugunsten der gesamten großelterlichen Deszendenz.

### *IV. Das Eintrittsrecht nach dem Erbfall vom 11. Mai 1633* (Rechtsquellen des Kantons Graubünden II, S. 38 ff.)

In der Einleitung wird gesagt, daß die Gemeinden ihre eigenen, voneinander verschiedenen Satzungen über den Erbfall hätten und

daß der Eniklibrief vielfach unbeachtet geblieben oder mißverstanden worden sei, woraus sich viele Streitigkeiten und Mißverständnisse ergeben hätten, denen man mit der neuen Ordnung wirksam vorbeugen zu können hoffe.

Im Art. 2 ist das Eintrittsrecht der Enkel klar und verständlich geregelt. Dabei wird betont, daß die Enkel nur erben, was ihr vorverstorbenen unmittelbarer Vorfahre geerbt hätte, wenn er den Erbfall erlebt hätte. Die Enkel nehmen an der Erbteilung nach Stämmen, nicht nach Köpfen teil. Dann liegen im Erbfall von 1633 bereits ganz wesentliche Erweiterungen des Eintrittsrechtes vor:

1. Auch die Kinder der Enkel, also die Urenkel, haben dieses Recht.

2. An die Stelle von vorverstorbenen Geschwistern treten deren Kinder und Enkel. Das ist das Eintrittsrecht der Neffen und Nichten, Großneffen und Großnichten.

Dieser Fall tritt ein, wenn der Erblasser keine Nachkommen hat, so daß der Nachlaß an die zweite Erbenklasse fällt (bestehend aus den Eltern und vollbürtigen Geschwistern des Erblassers), und ein Bruder oder eine Schwester des Erblassers vor diesem gestorben ist, aber Nachkommen hinterlassen hat.

3. Das Eintrittsrecht ist auch den Kindern eines vorverstorbenen Onkels und einer vorverstorbenen Tante des Erblassers zugestanden. Dieser Fall tritt ein, wenn der Erblasser keine Nachkommen, keine Eltern, keine Geschwister und Geschwisternachkommen hinterläßt. Erben sind dann die Geschwister der Eltern, eben Onkel und Tanten und an ihrer Stelle, wenn sie vorverstorben sind, ihre Kinder, die Geschwisterkindsvettern und -basen des Erblassers.

4. Bestätigt wird die Erläuterung von 1579.

5. Wenn alle Erben Kinder von Geschwistern des Erblassers sind, erben sie nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen.

6. Die Eltern beerben ein Kind zusammen mit dessen Geschwistern, Kindern und Enkeln von verstorbenen Geschwistern oder, wenn all diese fehlen, allein. Aber sie erben nicht zu Eigentum, sondern zu lebenslänglicher Nutznießung. Haben sie allein geerbt, tritt bei ihrem Tode der Rückfall ein, gleich wie hinsichtlich des Enikligutes, wenn alle Enkel ohne Nachkommen gestorben sind.

V. *Das Gutachten der Basler Juristenfakultät vom 20. Januar 1723*

Zwischen dem Altgeschworenen Christian Cardell in Malans und seiner Schwägerin Eva Niggli hatte sich ein Erbschaftsstreit erhoben, der den Bundestag wiederholt beschäftigt hat. Zweimal war die Sache vor den Bund gebracht und von diesem den Ehrsamem Gemeinden zur Abstimmung unterbreitet worden. Aber die Mehren waren, wie es in der Anschrift des Seewiser Kopialbuches heißt, «ziemlicher maaßen confus einkommen», so daß «die HH Rathsbotten hieraus kein conclusum abfassen» konnten und beschlossen, ein Rechtsgutachten der Juristischen Fakultät zu Basel einzuholen.

Dem Gutachten<sup>5</sup> lag folgender Tatbestand zugrunde: Der Erblasser, namens Fisli, hatte zwei Töchter, die Eva Niggli und die Frau des Christian Cardell, welche vor ihm gestorben war unter Hinterlassung eines Sohnes, des Klaus Cardell. An diesen fiel die Hälfte des Nachlasses als Enikligut, während Eva Niggli die andere Hälfte erbt. Klaus Cardell starb ohne Nachkommen. Auf das von ihm hinterlassene Enikligut erhoben zugleich Anspruch sein Vater zur Nutznießung und seine Tante Eva Niggli zu unbelastetem Eigentum.

Die Basler Professoren sahen den entscheidenden Punkt in der Frage, ob der Enkel seinen Großvater zu Eigentum oder bloß zur Nutznießung beerbt habe und kamen zum Ergebnis, daß der Enkel am Enikligut Eigentum erlange. Sie argumentierten wie folgt: Der Enkel trete an die Stelle des vorverstorbenen Elternteiles, und zwar mit gleichen Rechten wie dieser sie erlangt hätte; dieser aber hätte unbestrittenermaßen pleno iure dominii aquirieret. Das Gesetz beschränke das Recht am Enikligut lediglich durch den Rückfall. Der Rückfall schließe nicht das Eigentum aus, sondern nur Verfügungen von Todes wegen. Diese Beschränkung gehe weniger weit als die Beschränkungen des Fideicommissarius und des Ehemannes hinsichtlich des Dotalgutes der Frau. Es sei aber allgemein anerkannt, daß durch diese letzteren Beschränkungen das Eigentum keineswegs aufgehoben werde. Daß die Beschränkungen des Rechts am Enikligut

<sup>5</sup> Das Original soll sich nach Gillardon P., *Der Zehngerichtenbund*, S. 404 (Anm. 459) im Archiv Davos befinden. Es ist dort jedoch nicht mehr auffindbar. Abschriften liegen in den G. A. von Seewis und Grösch. Benutzt wurde die Abschrift im Seewiser Kopialbuch.

weniger weit gehen, zeige der Stadtrodel von Maienfeld, nach welchem der Enkel nicht nur das Gebrauchs- und Nutzungsrecht, sondern insofern auch das Verfügungsrecht habe, als das Enikligut für seine Schulden pro rata hafte.<sup>6</sup> Endlich sei die Auffassung, daß das Enikligut Eigengut des Enkels sei, auch der natürlichen Billigkeit und Gemeinen Rechten gemäß. Die gegenteilige Meinung wäre ein Abfall von den principiis iuris, der nicht zu vermuten sei, sondern abgelehnt werden müsse, da eine ausdrückliche gesetzliche Ausnahmebestimmung fehle. Der Schluß lautet: «Wann nun hieraus offenbar das Enikhlj Gut wahrhaftes Eigenes guth sensu proprio et ordinario . . . . ., so können wir anderst nicht urtheilen, als daß in vorgetragnem Casu dem Vatter der Usus fructuum des von dem Sohn Clausen hinderlassnen Enikhlj Guths gebühre».

Danach wäre die Nutzung des Enikliguts erst nach dem Ableben ihres Schwagers Christian Cardell der Eva Niggli zugefallen.

*VI. Die Erläuterung vom 28. Mai 1723*

(U. v. Mohr, Die achtzehn Erbrechte, S. 300 f.)

Ausdrücklich wird Bezug genommen auf den Prozeß zwischen dem Altgeschworenen Christian Cardell und Frau Eva Niglina mit seinen weitläufigen Auseinandersetzungen und Abstimmungen. Der schließlich zustandegekommene Entscheid soll zwar in seinen Essere und Vigor verbleiben, aber für die Zukunft ist erkannt und gemehret, das heißt mit Mehrheit der Gerichtsgemeinden durch Abstimmung entschieden:

Das Enikligut steht im Eigentum der Enkel. Diese haben daran das Verfügungsrecht wie über anderes Vermögen. Besitzen sie solches und anderes Gut nebeneinander, so partizipieren die beiden Vermögensmassen am Vorschlag und am Rückschlag verhältnismäßig. Gleichgestellt ist das Enikligut dem übrigen Vermögen des Enkels auch insofern, als an ihm beim Absterben des Enkels ohne Nachkommen die Eltern (das heißt der überlebende Elternteil) die Nutznießung haben.

Diese Satzung erst hat das Eigentum des Enkels am Enikligut im ganzen Gebiet des Zehngerichtenbundes zur Anerkennung gebracht,

<sup>6</sup> Stadtrodel 1505, Art. 104, in den Rechtsquellen II, S. 303.

mögen einzelne Gemeinden, wie Maienfeld, dem Bund hierin auch vorangegangen sein. Die Vorgeschichte der Erläuterung von 1723 zeigt aber, daß bis dahin immer noch die Auffassung vorgeherrscht hat, die Enkel seien zwar auf Grund des Eniklibriefes zur Erbschaft zugelassen, aber nicht als eigentliche Erben, sondern nur als Nutznießer. Selbst diese erbrechtliche Nutznießung scheint man nach der Einführung des Eintrittsrechtes noch lange als eine besondere Vergünstigung betrachtet zu haben. Aber mindestens seit der Ausdehnung des Eintrittsrechtes im Erbfall von 1633 war eine solche Auffassung mit dem Gesetz nicht mehr vereinbar. Den ersten Schritt zu einem neuen Recht hatte man mit dem Eniklibrief frühzeitig getan. Aber bis diese Neuerung auch dem Prinzip nach ins Volksbewußtsein aufgenommen wurde, brauchte es noch eine lange Zeit, mehr als zwei Jahrhunderte.

#### *VII. Das Eintrittsrecht in den beiden andern Bündeln*

Wenn, wie wir eben sagten, der Zehngerichtenbund den ersten Schritt frühzeitig getan hat, so sind ihm einzelne Gemeinden des Oberen oder Grauen Bundes doch noch vorangegangen. Im Gericht der Freien ob dem Flimserwald war das Eintrittsrecht der Enkel schon 1444 anerkannt.<sup>7</sup>

Im ältesten Flimser Gesetz über den Erbfall vom Jahre 1498 ist das Eintrittsrecht auch auf die Urenkel ausgedehnt und in der Seitenlinie den Kindern der Geschwister zuerkannt.<sup>8</sup> Die gleiche Regelung findet sich auch im Rüzünser Erbfall vom Jahre 1505<sup>9</sup>; vom Eintrittsrecht der Enkel heißt es da: «und also ist es gehalten, ee und dieser brief gemachet sy». Die älteste Redaktion der Oberbundsstatuten stammt aus dem Jahre 1528.<sup>10</sup> Auch darin steht das Erbrecht am Anfang, zunächst eine Satzung vom Jahre 1518, dann eine vom Jahre 1524. Sie enthalten das Eintrittsrecht der Enkel und als späteren Zusatz das der Urenkel sowie auch das der Kinder von Geschwistern des

<sup>7</sup> In den Rechtsquellen des Kantons Graubünden, hgg. von Wagner und Salis, I., S. 169 f., abgedruckte Urkunde.

<sup>8</sup> Ebenda I, S. 93 f.

<sup>9</sup> Ebenda II, S. 211.

<sup>10</sup> Ebenda I, S. 46 ff.

Erblässers. In der Statutenredaktion von 1713 ist dann ganz allgemein ausgesprochen, daß das Eintrittsrecht bis in den dritten Grad bestehe, also in der Seitenlinie auch den Enkeln von Geschwistern des Erblässers zustehe. In der 4. Erbenklasse dagegen findet es nicht mehr statt. Es ist also festzustellen, daß im Oberen Bund die Anfänge des Eintrittsrechtes der Enkel über den Eniklibrief zurückreichen und daß auch die Ausdehnung des Eintrittsrechtes auf die Nachkommen der Geschwister des Erblässers früher als im Zehngerichtenbund anerkannt ist, daß es dabei aber sein Bewenden hatte.

Aus dem Gotteshausbund liegen keine Satzungen aus dem 15. Jahrhundert vor. Das älteste vorhandene Statut ist der Churer Erbfall vom 19. Juli 1543<sup>11</sup> mit dem Eintrittsrecht der Enkel und der Kinder von Geschwistern des Erblässers. In den Statuten des 17. Jahrhunderts tritt uns dann das Eintrittsrecht vielfach in der gleichen Ausdehnung wie im Erbfall des Zehngerichtenbundes von 1633 entgegen, der überhaupt auffallende Übereinstimmungen mit den Churer Gesetzen über den Erbfall aus dem 17. Jahrhundert<sup>12</sup> zeigt. Mohr<sup>13</sup> führt aus, daß die Praxis in Chur, allerdings ohne sich auf eine eindeutige gesetzliche Bestimmung stützen zu können, das Eintrittsrecht auch in der 4. Erbenklasse ohne graduelle Beschränkung anerkannt habe.

Wenn man von allen Einzelheiten absieht und das Eintrittsrecht als neues erbrechtliches Institut ins Auge faßt, wird man das Gebiet der Drei Bünde als einheitliches Rechtsgebiet betrachten dürfen und sagen können, daß sich das Eintrittsrecht der Enkel hier vor der Mitte des 15. Jahrhunderts auszubreiten begann und nach kurzer Zeit, noch im 15. Jahrhundert, auch schon die Ausdehnung auf die Seitenlinie in einzelnen Gemeinden erfolgt ist.

Gemeinbündnerisches Recht ist der Grundsatz, daß die Eltern (und die Aszendenten überhaupt) kein eigentliches Erbrecht haben. Sie beerben ihre ohne Nachkommen verstorbenen Kinder nur zu lebenslänglicher Nutznießung. Eine Ausnahme machen die Statuten der V Dörfer und von Poschiavo. Auch die Regel, daß Kinder der

<sup>11</sup> Ebenda III, S. 7 f.

<sup>12</sup> Ebenda III, S. 11 ff.

<sup>13</sup> Achtzehn Erbrechte, S. 105.

Geschwister des Erblassers, wenn sie einzige Erben sind, nach Stämmen, nicht nach Köpfen teilen, gilt wie im Zehngerichtenbund auch im Oberen Bund und findet sich auch in den Statuten aus dem Gotteshausbund, wenn auch nicht in allen (in Chur z. B. gilt Stammesteilung). Nach einigen Statuten aus dem Gotteshausbund teilen, wenn die ganze Erbschaft an Enkel fällt, auch diese nach Köpfen, nicht nach Stämmen.

### VIII. Das Eintrittsrecht als Neuerung

Die Geschichte des Eintrittsrechtes der Enkel im Zehngerichtenbund, welche wir hier dargestellt haben, beweist überzeugend, daß mit dem Enklibrief eine Neuerung eingeführt worden ist, welche die alten Erbgewohnheiten nur langsam zu überwinden vermochte und erst nach Jahrhunderten mit allen Konsequenzen, welche sich daraus ergaben, Anerkennung fand und zum gesicherten Bestand des Rechtslebens wurde. Auch im Maienfelder Enklibrief, der Urkunde, mit welcher die Freiherren von Brandis der Stadt Maienfeld im Jahre 1489 das Eintrittsrecht der Enkel bestätigten, wird umständlich dargelegt, daß bisher die Enkel, die schon den Vater oder die Mutter verloren, auch noch das großelterliche Gut (das dem verstorbenen Elternteil zugefallen wäre, wenn ihm längeres Leben beschieden gewesen wäre) hätten verlieren müssen, weil die Geschwister des verstorbenen Vaters oder der verstorbenen Mutter es als die nächsten Erben an sich gezogen hätten. Durch die Bestätigung des Enklibriefes soll verhindert werden, daß die Enkel weiterhin in dieser Weise beiseitegeschoben werden.<sup>14</sup>

Auf die Malanser Statuten vom Jahre 1538<sup>15</sup> hat schon Andreas Heusler hingewiesen.<sup>16</sup> Da ist das Eintrittsrecht der Enkel und Urenkel sowie der Kinder von Geschwistern statuiert und gesagt, worin die Neuerung bestehe, welche mit dem Eintrittsrecht der Enkel und Urenkel herbeigeführt werde, und warum man sie zulasse:

«Item wir habend uns deß vereinbaret und wollend nun hinfüro in unserem gricht halten, daß alwegen nach der nechsten linien des

<sup>14</sup> Rechtsquellen II, S. 308 f.

<sup>15</sup> Rechtsquellen II, S. 321 f.

<sup>16</sup> Heusler Andreas, Institutionen des Deutschen Privatrechts II, S. 584.

bluts hinder sich und für sich geerbt solle werden, und aber diewil des vaters bruder dem vatter necher gefründ ist dan sin enichle und urenichle, und aber die enichle und urenichle vom rechten fließenden des vaters blut herkomend und des vaters bruder nit, darumb so wend auch wir, das sy vor im erben. . . »

Das Eintrittsrecht erscheint da als eine Ausnahme von dem Grundsatz, welcher die Erbfolge bis dahin ausschließlich beherrscht hatte und der lautete: Es erbt, wer dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist. Der Nächste im Blut, der Nächste am Gut. Daran soll weiterhin festgehalten werden, aber mit der neuen Bestimmung, daß die Nachkommen zweiten und dritten Grades (Enkel und Urenkel) den Seitenverwandten, auch den nächsten (den Geschwistern des Erblassers) vorgehen sollen, da in ihnen das Blut des Großvaters fließe, in dessen Geschwistern aber nicht. Die wiedergegebene Stelle geht vom Tatbestand aus, daß der Großvater einerseits Enkel und Urenkel hinterlasse, anderseits einen Bruder. Der Bruder sei ihm (nach dem bisherigen Recht) «necher gefründ», das heißt dem Grad nach näher verwandt als die Enkel und Urenkel und schließe diese deshalb vom Erbe aus. Das aber soll jetzt und fürderhin nicht mehr gelten, sondern die Enkel und Urenkel sollen den Bruder ausschließen, weil sie dem Großvater eigentlich doch auch dem Blute nach näher verwandt seien. Es ist offensichtlich, daß man am alten, von jeher anerkannten Grundsatz «Der Nächste im Blut, der Nächste am Gut» unbedingt festhalten und von ihm auch keine Ausnahme zulassen will, aber ihn, um Auswirkungen, die man als hart, unbillig, ungerecht empfindet, zu vermeiden, anders verstanden wissen will als er bisher und von jeher verstanden worden ist.

Die Stelle ist auch deshalb interessant, weil sie sagt, daß nach dem bisherigen Recht nicht nur die den Erbfall erlebenden Kinder die Nachkommen ihrer verstorbenen Geschwister vom Erbe ausschlossen, sondern daß auch der Bruder des Großvaters dessen Enkel und Urenkel ausgeschlossen habe, weil er dem Großvater «necher gefründ» sei als dessen eigene Nachkommen zweiten und dritten Grades. In dieser im alten Recht tief verwurzelten Auffassung hat Heusler den Grund für die Ablehnung des Eintrittsrechtes der Enkel im Mittelalter gesehen. Er versuchte sie aus den sittlichen Anschauungen, Lebensgewohnheiten und wirtschaftlichen Bedürfnissen der Zeit zu

erklären. Sie bedarf für uns der Erklärung, da sie uns ja völlig fremd anmutet, ist doch heute vielfach das Verhältnis der Großeltern zu den Enkeln inniger und zärtlicher als selbst zu den eigenen Kindern, geschweige denn zu den Geschwistern. In früheren Zeiten war es anders. Heusler erinnert an literarische Zeugnisse aus ältester Zeit, nach denen das Geschwisterband vor allen anderen Beziehungen der Blutsverwandtschaft als heilig galt. Er sucht dann die Zurücksetzung der Enkel aus der Hausgemeinschaft zu verstehen, in der sich im Mittelalter das Leben und die Arbeit mehrerer Brüder mit ihren Familien abspielten. Heusler gibt folgende Deutung:<sup>17</sup>

«Bei solchem Zusammenleben der Brüder in der Gemeinschaft gelangen Enkel und weitere Descendenten sehr schwer zu der Anerkennung einer würdigen Stellung im Hause; Kinder sind in einer ungleich günstigeren Lage: Der Vater lebt und wächst mit ihnen zusammen in einem Alter, da er noch frisch und geistig beweglich ist; mit den Großkindern, auch wenn sie auf seinem Hofe geboren werden und aufwachsen, assimiliert er sich nicht mehr; sie sitzen unten am Tische mit den Knechten und sind nicht viel höher geachtet als diese, und haben sie das Unglück, den Vater vor dem Großvater zu verlieren, so ist ihnen das Aufrücken in der Hausgemeinschaft verschlossen, der Großvater bleibt in seinem altgewohnten Kreise und in dem eingelebten Verkehr mit den Brüdern und hinterläßt diesen die Hufe. In solchen Zuständen sind die Brüder einander wirklich «necher gefründ» als die Enkel den Großeltern. . . Neue sittliche Anschauungen und wirtschaftliche Zustände müssen zuerst die Bahn brechen, bevor das Recht neue Sätze bildet. Aber diese Fragen, welche fast alle Seiten des altdeutschen Culturlebens berühren, sind noch so wenig untersucht, daß ich dermalen solche Vermutungen kaum weiter zu verfolgen wage.»

Das ist das Bild des noch in voller Manneskraft stehenden Großvaters, der ein Herrscher im eigenen Hause ist. Für ihn ist die Familie vor allem Arbeitsgemeinschaft, in der nur zählt, wer eine volle Arbeitskraft ist. Die anderen Familienglieder, die Enkel im besonderen, sind einstweilen noch mehr eine Last und haben auch nicht schon, wie die Alten, das Ihrige geleistet. Sie genießen deshalb beim Großvater geringe Wertschätzung.

<sup>17</sup> Daselbst, S. 580 f.

Ob dieses Bild richtig gezeichnet ist, dürfte nicht leicht zu beurteilen sein. Mir scheint es nicht ohne Lebenswahrheit zu sein. Es trifft jedenfalls einen Grundzug altbäuerlicher Denkweise und Lebensgewohnheit. Diese Einstellung ließ sich auch nicht verdrängen, nachdem die Beschränkungen der Erbberechtigung auf die Glieder der Hausgemeinschaft längst dahingefallen waren und auch aus der Hausgemeinschaft ausgeschiedene Kinder und Geschwister ihre Erbenstellung behielten. Aber der Ausschluß der Enkel innerhalb dieses weiteren Erbenkreises mußte mit der Zeit als ungerecht empfunden werden. Das immer stärker und allgemeiner werdende Bewußtsein dieser Ungerechtigkeit hat schließlich dazu geführt, daß man sich dem aus dem römischen Recht längst bekannten Eintrittsrecht der Enkel zuwandte. Aber gegenüber seiner konsequenten Durchführung verspürte man doch immer wieder starke Hemmungen und schwächte es im Zehngerichtenbund durch das Rückfallrecht ab. Dafür mag außer den schon erörterten Gründen namentlich auch die gerechtfertigte Abneigung gegen die Aufteilung der Liegenschaften unter zahlreichen Erben mit der Gefahr der Auflösung der Hausgemeinschaft und des Überganges von Teilen des Erbgutes in fremde Familien maßgebend gewesen sein.

Bei der Einführung des Eintrittsrechtes der Enkel hatte man sicher auch noch nicht das Bewußtsein, daß man im Begriffe war, zu einem neuen Prinzip in der Erbfolgeordnung überzugehen. Man wollte zunächst nur eine Sonderbestimmung gegen die Zurücksetzung der Enkel aufstellen und begründete dies mit Billigkeitserwägungen. Man sagte sich, daß durch einen Erbfall der Erbe nicht nur für sich selbst einen Vermögensvorteil erlange, sondern auch für seine Nachkommen, welche am Erbteil ihres Vaters oder ihrer Mutter auch teilhaben. Es sei deshalb nicht recht, daß den Nachkommen dieses Erbe entgehe, wenn sie das Unglück haben sollten, den Vater oder die Mutter vor dem Großvater zu verlieren.

Im Erbfall des Zehngerichtenbundes vom Jahre 1633 lautet die Begründung auch für das Eintrittsrecht der Kinder von Geschwistern so: «Weilen unbillich sich befunden, daß die brüeder und schwesterkinder nit allein ire eltern entraten und manglen, sondern auch durch dero tödtliches ableben der erbschaft so uf ire verstorbnen eltern (wan sy leben thetend) gefallen were... entgelten müßten, so...» Das ist

wörtlich übernommen aus den Gesetzen der Stadt Chur über den Erbfall nach der Redaktion von 1631. In diesem Statut findet sich diese Billigkeitserwägung auch schon in der sprichwortartigen Formulierung, in der sie auch heute gang und gäbe ist, und in der sie auch in den Statuten des Oberen Bundes nach der Redaktion von 1713 erscheint: «daß füröhin dergleichen kinder... wie billich ist, ihrer eltern tod nicht sollen zu entgelten haben».

*IX. Das Eintrittsrecht in der Rechtsgeschichte der Gebiete,  
welche zum fränkischen Reich gehört hatten*

Wenn wir feststellen, daß das Eintrittsrecht der Enkel sich in den rätschen Gemeinden und Bünden vor der Mitte des 15. Jahrhunderts durchzusetzen begann und seine erste Ausdehnung auf die Urenkel sowie auch auf die Kinder von Geschwistern auch noch ins 15. Jahrhundert fällt, erhebt sich die Frage, ob damit das rätsche Rechtsgebiet an der Entwicklung im engeren und weiteren Umkreise frühzeitig Anteil nehme, ihr vielleicht gar vorangegangen sei, oder ob es ihr nachhinke und weit hinterdrein gekommen sei. Man könnte geneigt sein, eher das letztere anzunehmen, ist doch die Meinung recht verbreitet, daß in unserem Lande das germanische private Recht des Mittelalters, wie in der Innerschweiz, sich ganz besonders lange, bis tief in die Neuzeit oder gar bis ins 19. Jahrhundert rein und unverändert erhalten habe. Eugen Huber sagt von unseren Satzungen:

«Sie geben mit merkwürdiger Treue den Charakter des Landes wieder. Diese engen, wilden Bergtäler, eines vom andern abgeschlossen, jedes für sich eine kleine Welt, konnten in ihrer Eigenart kein anderes Recht schaffen, als sie es, wie wir beobachteten, getan haben.»<sup>18</sup>

Dies ist eine gar zu romantische Vorstellung, ähnlich derjenigen, die auch heute noch in ganz Graubünden am liebsten einen Nationalpark sehen möchte. In der Geschichte des Erbrechtes, von der Eugen Huber ausgegangen ist, sind wohl einzelne Züge, wie etwa der Ausschluß der Aszendenten vom Erbrecht, die so gedeutet werden könnten. Im übrigen aber und im allgemeinen trifft dieses Urteil nicht zu, am wenigsten auf die Geschichte des Eintrittsrechtes.

<sup>18</sup> Die schweizerischen Erbrechte, 1872, S. 117.

Das Eintrittsrecht hat zwar in dem Zeitpunkt, da es bei uns in Erscheinung tritt, auch auf germanischem Boden bereits eine alte Vergangenheit, die fast tausend Jahre zurückreicht. Im Jahre 596 hat der merwingische König Childebert für den austrasischen Reichsteil durch ein viel genanntes Dekret angeordnet, daß die Kinder vorverstorbenen Söhne oder Töchter des Erblassers zusammen mit ihren Oheimen und Tanten erben sollen, also zusammen mit den noch lebenden Söhnen und Töchtern des Erblassers. Ausdrücklich ist gesagt, daß dies nicht auch für die Kinder von Geschwistern des Erblassers gelte.

Aber dieses sicher vom römischen Recht direkt oder indirekt beeinflusste Dekret hat keine allgemeine und keine dauernde Geltung erlangt. In der karolingischen Zeit, also viel später, begegnet uns in verschiedenen Formelsammlungen das Rechtsgeschäft, mit dem der Großvater anordnet, daß seine Enkel den Erbteil erhalten sollen, welcher ihrem vorverstorbenen Vater oder der vorverstorbenen Mutter zugefallen wäre. Die Begründung lautet: «dum et per lege cum ceteris filiis meis, avunculis vestris, in alode meo succedere minime potueratis».<sup>19</sup>

Daß diese Formeln, wie Heusler meint, den Rechtszustand vor dem Edikt Childeberts wiedergeben, ist viel unwahrscheinlicher, als daß dieses Edikt sich nicht durchgesetzt hat, weil es mit der Rechtsauffassung des Volkes nicht in Einklang zu bringen war.

Anerkannt ist das Eintrittsrecht der Enkel dagegen in den Volksrechten der Burgunder und der Westgoten und ist da, wie Stobbe wohl mit Recht bemerkt, auf römische Einflüsse zurückzuführen.<sup>20</sup> Ins langobardische Recht ist das Eintrittsrecht der Enkel durch König Grimoald durch Ergänzung des Edikts im Jahre 668 eingeführt worden, «quia inhumanum et impium nobis videtur, ut tali causa exhereditentur filii ab hereditate patris sui pro eo quod pater eorum in sinu avi mortuus est». So begründete es der König, «con nobile espressione».<sup>21</sup> Daß er dabei dem römischen Vorbild folgte, ist wahrscheinlich.<sup>22</sup> Die Ausdehnung des Eintrittsrechts auf die Kinder von

<sup>19</sup> Siehe z. B. Loersch-Schröder-Perels, Urkunden, Nr. 17 aus Zeumer, Formul. 250).

<sup>20</sup> Handbuch des Deutschen Privatrechts V., S. 87.

<sup>21</sup> Leicht Per Silverio, Storia del Diritto Italiano, Il Diritto Privato II (1943), S. 204.

<sup>22</sup> Daselbst.

Geschwistern dagegen scheint auch im langobardischen Rechtsgebiet erst viel später erfolgt und noch in den Statuten des hohen Mittelalters nicht allgemein anerkannt zu sein.<sup>23</sup> Das Prinzip der Beschränkung des Erbrechts auf die Glieder der Hausgemeinschaft, das Prinzip der *conlaboratio*, wie Leicht sich ausdrückt, hat sich auch hier lange und zähe behauptet.<sup>24</sup>

Daß das Eintrittsrecht der Enkel auch im nördlichen Deutschland, bei den Sachsen, schon (oder noch?) im Zeitalter der Begründung des Deutschen Reiches die Gemüter bewegt hat, zeigt die merkwürdige Erzählung Widukinds in den *Res gestae Saxonum*. Die Streitfrage sei unter Otto I. im Jahre 942 zu Stela durch Gottesurteil in gerichtlichem Zweikampf entschieden worden, und zwar zugunsten der Enkel, nämlich der Söhne von vorverstorbenen Söhnen.

In diesem Umfang (man beachte die Beschränkung auf Söhne vorverstorbenen Söhne) hat es Eike von Repgau in den *Sachsenspiegel* aufgenommen.<sup>25</sup> Aus dem *Sachsenspiegel* ist es auch in den *Schwabenspiegel* übernommen worden.<sup>26</sup> Aber es war hier nur ein aus dem *Sachsenspiegel* abgeschriebener Satz, der dem tatsächlich geübten Recht nicht entsprochen hat und dieses auch da, wo der *Schwabenspiegel* als subsidiäre Rechtsquelle galt, wie im südlichen Deutschland und in der alemannischen Schweiz, nicht zu beeinflussen vermochte.<sup>27</sup> Hier ist das Eintrittsrecht der Enkel erst viel später, später als in Rätien, durch die Gesetzgebung eingeführt und gegen das alte, in der Gewohnheit fest verwurzelte Recht durchgesetzt worden, das die Erbberechtigung nach der Nähe der Verwandtschaft zum Erblasser bestimmte und an der Teilung nach Köpfen gegenüber der Stammesteilung festhielt: «Der Nächste am Blut, der Erste zum Gut» und «Soviel Mundt, soviel Pfund».

Erst die Stadtrechtsreformationen und die Erlasse der Territorialfürsten haben dem Eintrittsrecht den Eingang in das Rechtsleben verschafft.

<sup>23</sup> Daselbst, S. 210.

<sup>24</sup> Daselbst, S. 205.

<sup>25</sup> Erstes Buch, Art. 5, § 1.

<sup>26</sup> LR VII (Ausgabe Wackernagel).

<sup>27</sup> Heusler, *Institutionen* II, S. 582; Kogler F., *Die Aufnahme des römischen Repräsentationsrechts in das Tiroler Landrecht*, Veröffentl. des Museum Ferdinandeum 12 (1932), S. 182 f.

Im Nürnberger Stadtrecht von 1484 steht die folgende Bestimmung:

«Wann aber nit kinder vorhanden, sonder allein Enigklin (das genau gleiche Wort wie im Zehngerichtenbund!) im leben weren, so erben die Enigklin als in gleichem Grad nach anzal der Personen in die Heupter als manig mund als manig pfund». <sup>28</sup> Also Eintrittsrecht, aber Teilung nach Köpfen, wenn nur Enkel erben.

Die gleiche Regelung hat das reformierte Freiburger Stadtrecht von 1520 getroffen. <sup>28a</sup>

In Württemberg ist das Eintrittsrecht der Enkel vom Grafen Ulrich V. 1477 eingeführt und die alte Gewohnheit, nach welcher die Enkel aus verstorbenen Kindern durch ihre Oheime und Tanten von der Erbschaft ausgeschlossen wurden, abgeschafft und weiter angeordnet worden, daß die Enkel mit ihren Oheimen und Tanten nach Stämmen erben sollten. Der Landesherr rechtfertigt dies damit, daß es nicht bloß den natürlichen, sondern auch den gesetzten Rechten gemäß sei. <sup>29</sup>

Für das Reich ist auf Grund eines Gutachtens des Reichskammergerichts 1498 durch den Reichsabschied von Freiburg das Eintrittsrecht der Enkel statuiert worden «laut gemeiner, geschribner keyserlicher Recht. . . . der Gewohnheit, so an etlichen Orten dawider sein möcht, unangesehen». Zahlreiche Stände protestierten aber dagegen, weil dies gegen den Sachsenspiegel (mit seinem beschränkten Eintrittsrecht) sei. <sup>30</sup> Auf die Kinder von Geschwistern ist das Eintrittsrecht erst 1521 durch den Reichsabschied von Worms ausgedehnt worden. Im Reichsabschied von Speier ist 1529 festgelegt worden, daß die Kinder von Geschwistern, wenn sie alleinige Erben wären, nicht

<sup>28</sup> Kohler Josef, Zwei Studien über das sog. Repräsentationsrecht in Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht, 1883, S. 406.

<sup>28a</sup> Kohler, a.a.O., S. 405; Stintzing R., Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I, S. 167.

<sup>29</sup> Wächter K. G., Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts I, 1839, S. 66. — Zwei Erlasse gegen den Ausschluß der Enkel entgegen dem Sachsenspiegel bei Kraut, Grundriß, 1886, § 147, S. 355, Nr. 110: Urk. Ludwigs des Baiern für Jerichow (an der Elbe) 1336 und Nr. 111: Privileg König Johanns für Breslau, 1339. Über das oberbayrische Landrechtsbuch Kaiser Ludwigs des Bayern vom Jahre 1346 vgl. Kogler, a.a.O., S. 182 f.

<sup>30</sup> Stobbe, V, S. 113.

nach Stämmen, sondern nach Köpfen zu teilen haben.<sup>31</sup> Auch dieser Reichsabschied begegnete aber mancherorts Widerständen.

In der Schweiz hat sich Basel dem Reichsrecht inbezug auf das Eintrittsrecht der Enkel durch Ratsbeschluß vom Jahre 1522 angeschlossen. Darin wird gesagt, daß nach bisher geübtem Brauch die Enkel neben ihren Oheimen und Tanten von der großväterlichen und großmütterlichen Erbschaft ausgeschlossen gewesen seien; dieser Brauch solle nun nach Erkenntnis beider Räte «tot und absin und furohin zu ewigen tagen gesetzt» sein: Daß Kindeskindern anstatt Ir Mutter oder Vatter, alß ob die Jnn Leben weren, Jnn den erbfallen so von Jren Großvatter und großmüttern vellig werden, zu erb gon glassen und kommen sollen». Die Begründung aber lautet:

«Damit sich aber ein stat Bassell dem göttlichen und geschribnen rechten, auch den ordnungen und sätzen des ruchs, auch aller umbligenden landen verglichen.»<sup>32</sup>

In den übrigen eidgenössischen Orten ist der gleiche Schritt auch ungefähr um die gleiche Zeit getan worden, vereinzelt etwas früher, teilweise aber auch erst später. In Bern erscheint das Eintrittsrecht der Enkel in der Gerichtssatzung von 1539, das der Kinder von Geschwistern erst in der Gerichtssatzung von 1614.<sup>33</sup> In einzelnen bernischen Ämtern und Vogteien begegnet uns das Eintrittsrecht der Enkel jedoch schon etwas früher. Seine Einführung wird von der bernischen Obrigkeit dem Amt Aarburg gestattet, und zwar, „wie auch vnser statt Bern recht und ordnung“, die nach einer Mitteilung Weltis (des Herausgebers bernischer Rechtsquellen) an Merz den Herausgeber der Aargauischen Rechtsquellen, in der Rechtsgewährung für das Amt Bipp 1511 in Erscheinung tritt.<sup>34</sup>

In der Stadt Zürich und in seinem Landgebiet setzt die Entwicklung zum neuen Recht erst in der Mitte des 16. Jahrhunderts ein. Bis dahin huldigten alle Rechte dem Grundsatz: Der Nächste am Blut, der Nächste am Gut. Auffallend ist, daß die ländlichen Rechte dem städtischen vorangehen: Das Knonauer Amt 1550, Andelfingen 1560.

<sup>31</sup> Stintzing R., Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I, S. 167, und Stobbe, V, a. a. O.

<sup>32</sup> Huber Eugen, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts IV, S. 571 und 597; derselbe, Die schweizerischen Erbrechte, S. 93.

<sup>33</sup> Rennefahrt H., Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte II, S. 222; Leuenberger J., Studien über bernische Rechtsgeschichte, S. 336 und 339.

<sup>34</sup> Aarg. RA 2. Teil, Bd. I, S. 39 f.

Erst 1581 hat die Stadt das Eintrittsrecht der Enkel eingeführt. Die Ausdehnung auf die Seitenlinie erfolgte erst 1707.<sup>35</sup>

In Luzern ist jedenfalls 1480 noch jedes Eintrittsrecht ausgeschlossen.<sup>36</sup> Erst 1535 erscheint es da.<sup>36</sup>

Überhaupt sind es auch unter den eidgenössischen Orten nicht die städtischen Orte, sondern die Länderrorte, in denen das Eintrittsrecht zuerst Eingang findet.<sup>37</sup> Am frühesten hat es wohl Aufnahme in das Glarner Landbuch gefunden, in welchem Jahr ist jedoch nicht feststellbar.<sup>38</sup> Im Appenzell hat die Landsgemeinde des Jahres 1501 den Enkeln das Eintrittsrecht gegeben, und zwar nach Stämmen, jedoch mit der Ausnahme, daß die Enkel, wenn sie alleinige Erben sind, nach Köpfen zu teilen haben.<sup>39</sup>

In Schwyz bildete ein bestimmtes historisches Ereignis den Anlaß für die Einführung unseres Instituts. In der Schlacht bei Novarra (1512) hatten viele Schwyzer ihr Leben lassen müssen. Die Landsgemeinde erließ deshalb 1514 die Satzung, daß die Kinder der Gefallenen ihre Großeltern erben sollen und daß das fürderhin für alle Kinder vorverstorbenen Eltern gelten solle.<sup>40</sup> Nidwalden und Obwalden schlossen sich an. In Obwalden sollte die Begünstigung nur Kindern eines Landsmannes gewährt sein, der mit dem Fähnlein ausgezogen und umgekommen.<sup>41</sup>

Die Ausdehnung auf die Kinder der Geschwister ließ lange auf sich warten: in Glarus bis 1630, in Basel bis 1631, in Zürich bis 1707, in Schwyz bis 1745, in Uri bis 1749.<sup>42</sup>

In Frankreich läßt sich die gleiche Auseinandersetzung um das Repräsentationsrecht und seine Aufnahme in die Coutumes des nördlichen Teiles des Landes, die ihre historischen Grundlagen im fränkischen Rechte hatten, verfolgen. Auch hier ist das Eintrittsrecht vor dem 15. Jahrhundert noch eine seltene Ausnahmerecheinung. Erst im 15. Jahrhundert macht seine Ausbreitung größere Fortschritte.

<sup>35</sup> Huber W. K., Das gesetzliche Erbrecht des Kantons Zürich in seiner Entw. vom 14. bis ins 19. Jahrhundert, Diss. Zürich 1929, S. 68 f.

<sup>36</sup> Huber Eugen, System und Geschichte IV, S. 570.

<sup>37</sup> Die gegenteilige Ansicht hat Eugen Huber (System und Geschichte IV, S. 572) vertreten.

<sup>38</sup> Blumer J. J., Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratie I, S. 511

<sup>39</sup> Daselbst, S. 514.

<sup>40</sup> Daselbst, S. 513; Eugen Huber IV, S. 53.

<sup>41</sup> Huber Eugen, System und Geschichte IV, S. 572.

<sup>42</sup> Huber Eugen, System und Geschichte IV, S. 597, 601.

Aber erst im 16. Jahrhundert setzt es sich allgemein durch, 1509 und 1510 in den Coutumes von Orléans und Paris. Aber einstweilen blieb es auf die Enkel und Urenkel beschränkt. Erst in der weiteren Entwicklung faßte es auch in der Seitenlinie, zugunsten der Kinder von Geschwistern, Fuß, in Anlehnung an das römische Recht, auf das man sich dabei berufen hat. Nur vereinzelt galt es auch «extra terminos juris», das heißt ohne die Beschränkungen des römischen Rechtes.<sup>43</sup>

Auffallende Sondererscheinungen, wie der Ausschluß der Aszendenten vom Erbrecht und das Rückfallsrecht, hat das bündnerische Rechtsgebiet mit den östlich angrenzenden Gebieten gemein, mit dem Tirol und Vorarlberg. Diese Tatsache könnte zu der Vermutung Anlaß geben, daß diese Gemeinsamkeit auch das Repräsentationsrecht umfasse, oder daß die bündnerischen Gemeinden und Bünde, welche als erste dieses Recht eingeführt haben, das Beispiel jener östlichen Nachbargebiete befolgt haben könnten. Aber diese Vermutung wäre grundlos. Im Tirol geht das Repräsentationsrecht auf die Landesordnung vom Jahre 1532 zurück. Noch die Landesordnung von 1526 kennt es nicht. Es verdankt seine Einführung den Bemühungen der Juristen und ist aus dem justinianischen Recht in freier Übersetzung des Novellentextes in die Landesordnung von 1532 herübergenommen worden. Vorher hat es im Tirol nirgends Geltung gehabt, mit Ausnahme der Gerichte Kufstein, Kitzbühel und Rattenberg, die vor der Vereinigung mit Tirol (1505) bayrisch waren und deshalb unter dem oberbayrischen Landrecht Kaiser Ludwigs von 1346 standen, das da als bayrische Buchsage in Geltung blieb; es hatte das Eintrittsrecht der Enkel eingeführt.<sup>44</sup>

Im Montafun erbten nach den 1601 bestätigten Statuten die Enkel neben den Geschwistern der Eltern bisher nicht, «sie seyen dann vonn ene und ana im siehtag oder auff dem grab zu erben aufgenommen worden; fortan aber sollen sie das Eintrittsrecht haben, auch wenn sie nicht in dieser Weise zu Erben aufgenommen seien.»<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Chénon E., *Histoire générale du Droit français* II, 1929, S. 231 ff.; Viollet P., *Histoire du Droit Civil français*, 2. Aufl., 1893, S. 832 ff.; Kohler J., a. a. O., S. 341 ff.

<sup>44</sup> Das ist das Ergebnis der Abhandlung von Ferdinand Kogler in den Veröffentlichungen des Museum Ferdinandeum, 12 (1932), S. 182 ff.: «Die Aufnahme des römischen Repräsentationsrechtes in das Tiroler Landrecht».

<sup>45</sup> Ficker Julius, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte* II (1895), S. 117.

### X. *Priorität der rätischen Gemeinden und Bünde*

Der Ausblick über die rätischen Grenzen nach Norden, Westen und Osten ließ uns gewahr werden, daß die ersten Gemeinden des Grauen Bundes und der Zehngerichtenbund nach allen diesen Richtungen hin im weiten Umkreis kein Vorbild für die Einführung des Eintrittsrechtes der Enkel und erst recht nicht für dessen Ausdehnung auf die Seitenlinie sehen konnten. Das Reich und alle Städte, Territorien und Länderorte, die sie sich hätten zum Vorbild nehmen können, haben den gleichen Weg erst später beschritten. In der Beschränkung auf die Enkel könnte das Eintrittsrecht möglicherweise in Glarus ungefähr gleichzeitig zur Anerkennung gelangt sein; aber in der Erweiterung auf die Kinder der Geschwister folgt Glarus erst 1630. Ein Einfluß des oberbayrischen Landrechts, nach dem auch nur die Enkel das Eintrittsrecht hatten, kommt kaum in Frage. Aber ein Vorbild lag selbstverständlich vor: das römische Recht. Es war mindestens den Juristen weltlichen und geistlichen Standes bekannt. Sie mußten mit ihm vertraut sein. In Deutschland, in Frankreich, im Tirol ist das Eintrittsrecht das Ergebnis der Auseinandersetzung zwischen dem römischen Recht, zu dessen Bestand es gehörte, und dem deutschen oder germanischen Recht, dem es fremd gewesen ist.<sup>46</sup>

Dem Gedanken, daß das römische Recht auch auf das bündnerische Statutarrecht seinen Einfluß ausgeübt habe, können sich auch die Autoren, welche sich mit unserem Recht eingehend befaßt haben und geneigt sind, diesen Einfluß gering einzuschätzen, nicht ganz verschließen.<sup>47</sup> P. C. v. Planta, der Verfasser des Entwurfes des bündnerischen Civilgesetzbuches, sagt in den Erläuterungen zum § 498 dieses Gesetzbuches, man erkenne aus den Statuten deutlich, daß manche Bestimmungen aus dem Kampf zwischen deutschem und römischem Recht hervorgegangen seien. Im Repräsentationsrecht sieht er ein römischrechtliches Institut und in seinen Beschränkungen den Widerstand der deutschrechtlichen Auffassungen, der in be-

<sup>46</sup> Stobbe, Handbuch V, S. 87, 95, 110, 113; Hübner R., Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl., S. 766 ff.; Heymann E., Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts, 1896, S. 16 ff., S. 21: «Das heute geltende Eintrittsrecht ist durchgehend römischen Ursprungs.»

<sup>47</sup> Huber Eugen, Die gesetzlichen Erbrechte, S. 112; Bühler M., Das bündnerische Erb- und eheliche Güterrecht, S. 41.

merkwürdiger Weise gerade in den Puschlaver Statuten, die sonst so sehr dem römischen Recht zuneigten, stärker in Erscheinung trete als etwa in den Statuten des Oberen Bundes. Besonders deutliche Zeugnisse deutschen Rechtes, meint Planta, seien die (scil. mehr vereinzelt) Bestimmungen, wonach Enkel, wenn sie allein erben, nach Köpfen und nicht nach Stämmen teilen, sowie die (scil. viel häufigeren, sogar die Regel bildenden) Bestimmungen, die dasselbe für die Kinder der Geschwister, sofern sie allein erben, vorschreiben.<sup>48</sup>

Nachdem dies schon von Ulrich v. Mohr betont worden war, weist auch P. C. v. Planta auf die offenbare und grundlegende Übereinstimmung der bündnerischen Statuten mit dem römischen Recht in der Bildung der Erbenklassen, namentlich der zweiten Erbenklasse, hin. Da sei die Einwirkung des römischen Rechtes unverkennbar. Wenn sich das bündnerische Recht hierin an das römische Vorbild gehalten hat, ist es sehr wahrscheinlich, daß dieses Vorbild auch bei der Einführung des Eintrittsrechtes und insbesondere bei dessen Ausdehnung auf die Kinder der Geschwister zur Geltung gekommen ist. Daß man dabei das römische Recht nicht als schlechthin richtige, unabänderliche Norm betrachtete, zeigt sich auch darin, daß verschiedene Erb- rechtordnungen, wie der Erbfall des Zehngerichtenbundes und namentlich das Churer Recht, in der Zulassung der Repräsentation weit über das römische Vorbild hinausgegangen sind.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Sie entsprechen dem deutschrechtlichen Grundsatz: Soviel Mund, soviel Pfund. Aber man brauchte sich mit ihnen in bezug auf die Kinder der Geschwister nicht in Widerspruch zu der römischrechtlichen Auffassung zu setzen, welche damals von hervorragenden Juristen vertreten worden ist. Ob in diesem Falle nach Stämmen oder nach Köpfen zu teilen sei, war schon unter den Glossatoren eine umstrittene Frage. Die Stammesteilung hatte Accursius vertreten, der Verfasser der *glossa ordinaria*; für die Teilung nach Köpfen war Azo eingetreten. Auf die Seite Azos stellte sich im 16. Jahrhundert der große französische Jurist Cujacius, dem das Parlament von Paris folgte, in Deutschland Ulrich Zasius (Zäsi), der seine Auffassung im Freiburger Stadtrecht von 1520 zur Geltung brachte und dessen Einfluß auch in der Reichsgesetzgebung festzustellen ist (Reichsabschied von Speier 1529). Stintzing R., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* I, S. 167; Kohler J., S. 403 ff.; Kogler, S. 185 f.

<sup>49</sup> Ficker, a. a. O., S. 116. Ficker versuchte darzutun, daß sich das Eintrittsrecht auf germanischer Grundlage, ganz unabhängig vom römischen Recht entwickelt habe (a. a. O., S. 186). Über die Tatsache, daß das Eintrittsrecht im 15. und 16. Jahrhundert als neues Recht eingeführt worden ist, sieht er hinweg und scheint anzunehmen, daß es, obwohl dem germanischen Recht ursprünglich fremd (a. a. O., S. 110), seine Wurzeln in den Volksrechten der germanischen Stämme habe und durch das ganze Mittelalter hindurch seine Kontinuität bewahrt habe. Diese nur aus Voreingenommenheit erklärliche Ansicht beeinträchtigt den Wert der Ausführungen Fickers über das Eintrittsrecht, die im übrigen höchst umfassend und eindringlich sind.

Überhaupt möchte ich nicht sagen, daß es der Kampf des römischen mit dem deutschen Recht gewesen, aus dem das Eintrittsrecht hervorgegangen sei. Es war vielmehr der Kampf zwischen altem Recht und neuem Recht. Das alte Recht hatte seine Überzeugungskraft verloren. Mit der Veränderung der Lebensgewohnheiten und der sozialen Gemeinschaften und auch mit der Entwicklung zu größerer geistiger und politischer Selbständigkeit bildeten sich neue sittliche Anschauungen, denen das alte Recht nicht mehr entsprach. Weil man das alte Recht als ungerecht empfand, suchte man nach einem neuen und fand es im römischen Recht.

## A N H A N G

### *Das Erbrecht der Aszendenten*

Wie wir feststellen konnten, ist es gemeinbündnerisches Recht, daß den Eltern und Großeltern das Erbe nur zur Nutznießung anfallen kann. Die Stellung von Erben im eigentlichen Sinne haben sie nicht. Eine Ausnahme machen nur die Statuten von Poschiavo und der V Dörfer, in denen die Aszendenten die Stellung vollgültiger Erben haben, was Eugen Huber auf den Einfluß des römischen Rechtes zurückführen zu müssen glaubt.<sup>50</sup> Der durch die Nutznießung gemilderte Ausschluß der Aszendenten vom Erbrecht ist eine umso auffallendere Erscheinung, als er in der alamannischen Schweiz und in Süddeutschland nirgends zu finden ist. Dagegen bildet Graubünden mit Bezug auf dieses Institut ein einheitliches Rechtsgebiet mit den östlich angrenzenden Gebieten, mit dem Tirol und dem Vorarlberg. Darauf hat schon Eugen Huber in seiner Dissertation hingewiesen und bemerkt, daß die Aszendenten ursprünglich überhaupt nicht, auch nicht zur Nutznießung, geerbet haben dürften.<sup>51</sup>

Seither ist dieses Sonderrecht von Alexander Gál zum Gegenstand einer eingehenden und umfassenden Untersuchung gemacht worden.<sup>52</sup> Es findet sich danach in folgenden Quellen: in den fran-

<sup>50</sup> Huber Eugen, Die gesetzlichen Erbrechte, S. 112.

<sup>51</sup> Huber Eugen, ebenda.

<sup>52</sup> Gál Alexander, Der Ausschluß der Aszendenten von der Erbenfolge und das Fallrecht, 1904 (Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, hgg. von Otto Gierke, Heft 72).

zösischen Coutumes, in englisch-normannischen und flandrischen Rechten, in den Rechten von Luxemburg, Brabant, Limburg, Geldern, Holland, Spanien und Livland, dann völlig getrennt von dieser westlichen Gruppe in den deutschösterreichischen Erbrechtsordnungen. Alle diese Rechte sind beherrscht von dem Grundsatz des Nichtsteigens der Erbschaft, verbunden mit dem Fallrecht, nach welchem Liegenschaften an den Stamm zurückfallen, von dem sie hergekommen sind, wenn der Erblasser keine Nachkommen hat. Das Nichtsteigen der Erbschaft findet seinen Ausdruck im Sprichwort:

«Das Gut rinnt wie das Blut!»

«Les propres ne remontent pas.»

«Das Erbe soll hinab- und nicht hinaufsteigen.»

Konnte das Erbe nicht hinabsteigen, weil keine Nachkommen da waren, sollte der Rückfall eintreten:

«Erbgut geht wieder den Weg, daher es gekommen.»

«Paterna paternis, materna maternis.»

Im Tirol und im Vorarlberg erfuhr dann der Ausschluß der Aszendenten vom Erbrecht die Milderung, daß die Aszendenten zur Nutznießung erbten. Daraus ist zu schließen, daß die gleiche Regelung in unseren Statuten ebenfalls als eine Abschwächung des ursprünglichen Grundsatzes anzusehen ist, aus dem sich eine Benachteiligung der Aszendenten ergeben hatte, die man namentlich gegenüber den Eltern als unbillig empfand.

Ein schönes Zeugnis dafür haben wir in den Münstertaler Statuten vom Jahre 1427.<sup>53</sup> Da heißt es:

«Jtem ain erbschaft daz soll für sich gan und nit hinder sich bis an das dritte glid und nit ferer, und was über das dritte glid ufgieng, so soll es dan wider um an die nächsten erben fallen, und wider won es geschicht oft, daz ainer ferer fründ erbt und ain nächster der mus es manglen, daz es unpillichen ist, aber es ist von alter herkumen, daz wir nun ze mal nit verändern mügent; aber doch so wellent wir unser sin und maynig melden und öffnen, was uns in dem pillich und müglichen tewchtet, won das nunzermal nicht geschechen mag, so geschicht es flicht ain ander mal.

Jtem und wellent es uslegen also, daz uns es billich tewchtet, daß

<sup>53</sup> Abgedruckt bei Foffa, Das bündnerische Münstertal, 1864, S. 95 ff.

der vatter und mutter ire Kinder erben mügen vor aller ieklichen des gutz, das von iren halb her berüert, und iren enichlein ouch, alz ist es sach, daz der enichlein enkain gewistriget hat, hat er aber gewistriget, so erbent denn ains das andere und ouch daz die vättren all gleich mögent erben, ainer als der ander, hinder sich als für sich und für sich als hinder sich, und daz einer möge seins bruders sun als wol erben als ain gewistriget kind das ander, und daz were unsere mainung, sinn und rat.»

In dieser Auseinandersetzung des Redaktors oder Schreibers der Münstertaler Statuten, mag dieser seine eigene oder die in der Gerichtsgemeinde zum Ausdruck gekommene Auffassung wiedergeben, tritt uns der Kampf zwischen altem und neuem Recht entgegen. Das alte Recht wird nicht mehr verstanden,<sup>54</sup> vermag nicht mehr zu überzeugen. Man ist zur Erkenntnis gekommen, daß es ungerecht sei, «daz es unphillichen ist, aber es ist von alter herkommen...», weshalb man sich mit ihm vorderhand noch abfindet, aber seiner Änderung entgegensieht. Die Macht des Herkommens war aber so stark, daß man auch später den alten Grundsatz nicht aufhob, sondern der Billigkeit dadurch Genüge zu tun versuchte, daß man seine Auswirkungen milderte, indem man den Eltern die Nutznießung zuerkannte und den Rückfall erst nach ihrem Ableben eintreten ließ. Die gleiche Stellung hat man mit dem Eniklibrief den Enkeln eingeräumt, als ihr Ausschluß vom Erbe durch die Geschwister ihres verstorbenen Eltern sich mit dem Rechtsempfinden einer neuen Zeit nicht mehr vertrug. So wuchs neues Recht aus dem alten heraus, ohne dieses zu beseitigen.

---

<sup>54</sup> Auch in der Wissenschaft ist man sich darüber nicht einig geworden, wie es zu verstehen sei. Da heißt es etwa, man habe die Erbgüter jungen Händen zuführen wollen, nicht den Vorfahren, die bereits eine gesicherte Existenz haben. Siehe z. B. H ü b n e r, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl., S. 768. Die französischen Rechtshistoriker vertreten meistens die Auffassung, daß eine Übertragung aus dem Lehensrecht vorliege, aus welchem diese Regel allerdings leicht zu verstehen wäre. Lehengut kann vom Belehnten nach dessen Tode nicht seinen Vorfahren zufallen, feudum non ascendit. Vgl. Ch é n o n E., Histoire générale du droit français II, S. 236. Gál ist zum Ergebnis gekommen, daß der Ausschluß der Aszendenten von der Erbfolge die Folge des Fallrechts gewesen sei. Dieses sei in der Zeit nach den Volksrechten eingeführt worden, um zu verhindern, daß Erbgut zersplittert und der Familie entfremdet werde.