

# Die Gewere,

als Grundlage

des ältern deutschen Sachenrechts,

dargestellt

von

Dr. Wilhelm Eduard Albrecht,

außerord. Professor zu Königsberg.

---

Königsberg 1828.

Im Verlage der Gebrüder Bornträger.

## V o r r e d e .

Wenn man einerseits wohl mit Recht behaupten kann, daß der Germanist im Allgemeinen auf das Verschiedene und Mannichfaltige, welches sich in den deutsch-rechtlichen Bestandtheilen unserer Partikularrechte zeigt, verhältnißmäßig weniger seine Aufmerksamkeit richten müsse, als auf das, was ihnen gemeinsam ist, worin sie einander ähnlich sind; so müßte er andererseits bey der Vergleichung des fremden und einheimischen Rechtes gerade die entgegengesetzte Methode befolgen und, selbst bey den unläugbarsten Analogieen beyder im Einzelnen, gegen die Uebereinstimmung in den Fundamenten und Principien ein gewisses Mißtrauen hegen. Am weitesten entfernten sich von dieser Ansicht die Juristen des 16ten und 17ten Jahrhunderts <sup>1)</sup> und, was eben deshalb unter ihren Händen aus den einheimischen Instituten wurde, ist bekannt. Je mehr man in der

---

1) Vergl. Eichhorn, Einleitung in das d. Privatr. §. 42, §. 28, Note c, §. 40, Note e.

neuern Zeit sich bemühte, das deutsche Recht auf den Standpunkt einer selbständigen Disciplin zu erheben und auf dem Wege tieferer historischer Forschung es in seiner Eigenthümlichkeit aufzufassen, desto mehr mußte die Methode, alles Einheimische den Instituten und Grundsätzen des fremden Rechtes möglichst anzupassen, einer entgegengesetzten weichen. Gerade im Sachenrechte aber hat man sich, wie es scheint, bisher weniger, als nöthig, von der ältern Ansicht losgemacht. Zwar übersieht Oberbairreiter man weniger, als früher, die Existenz einzelner eigenthümlicher Institute und Grundsätze des einheimischen Rechtes, aber offenbar geht man stillschweigend von der Voraussetzung aus, daß in der ganzen Anlage des Sachenrechts, in den Grundansichten über Eigenthum, eine bestimmte Anzahl dinglicher Rechte, Besitz, das deutsche Recht mit dem römischen vollkommen übereinstimme. Der Verfasser glaubt im Gegentheil sich davon überzeugt zu haben, daß man schon bey dem ersten Eintritt in das deutsche Sachenrecht auf einen durchaus eigenthümlichen Begriff, nämlich den der *Gewere*, stößt, der nicht etwa bloß eine einzelne Parttheil desselben bildet, sondern in der That der Schlüssel zu dem Ganzen zu nennen ist. Hält man ihn bey der Betrachtung des Sachenrechts fest, so finden einestheils manche Eigenthümlichkeiten desselben in ihm ihre Begründung, während sie sonst als rein zufällige Abweichungen von dem römischen Rechte erscheinen, andern-

cheils zeigt sich, daß die Uebereinstimmung beider Rechte häufig mit viel größerm Rechte eine bloß zufällige Ansehung zu nennen sey, die, wenn man bey ihr stehen bleibt, nur dazu dienen kann, den wahren Gesichtspunkt, aus welchem die Erscheinungen des deutschen Rechts zu betrachten sind, zu verdunkeln. Es würde vergebens schon hier von dem Wesen der Gewere zu sprechen und den eigenthümlichen Charakter, welchen sie dem deutschen Sachenrechte ausdrückt, zu schildern, da dieses nur durch die Untersuchung selbst deutlich werden kann; wohl aber bedarf es einiger Worte über Plan und Anlage der Schrift. Sie hat zwey Fragen zum Gegenstande: was ist Gewere, und wem kommt sie zu? Ein allgemeiner Theil wird die erste Frage vollständig beantworten und die allgemeinen Regeln, nach welchen sich die zweite entscheidet, zusammenstellen; der besondere Theil hat den Zweck, den ersten dadurch zu ergänzen, daß er die Gültigkeit, oder Modificationen, jener allgemeinen Regeln und daneben auch die, im Vorhergehenden entwickelte Bedeutung der Gewere bey einzelnen Instituten des Sachenrechts nachweist und bestätigt. Es ergibt sich hieraus, daß das Ganze eine Skizze des gesammten Sachenrechts, aus dem Gesichtspunkte der Gewere betrachtet <sup>2)</sup>, enthalten wird. Der Zeitraum in

2) An einigen Stellen ist allerdings diese Grenze nicht streng gehalten, vielmehr ein Institut auch in solchen Beziehungen betrachtet worden, die nicht die Gewere betreffen (vergl. insbesondere §. 7,

der Geschichte des deutschen Rechtes, den die Abhandlung umfaßt, ist der des spätern Mittelalters, so daß, mit einigen wenigen Ausnahmen, wo ein Rückblick auf eine frühere Zeit nothwendig schien, nur diejenige Reihe von Quellen benutzt worden ist, an deren Spitze die Rechtsbücher stehen <sup>2b)</sup>.

Königsberg, im April 1827.

---

15, 16). Allein, wo dieses geschehen ist, schien es dem Verf. nothwendig, bey einem Institute, dessen Bedeutung nur höchst unvollständig aus der Beantwortung der Fragen, die zunächst auf unsern Gegenstand Bezug haben, erkannt werden konnte, den Kreis der Untersuchung zu erweitern, zumal da er dabey auf die Arbeiten Anderer, als Ergänzung seiner eigenen, nicht verweisen konnte.

2b) Wenn im Folgenden bisweilen vom Mittelalter ohne weitern Zusatz gesprochen ist, so wird darunter der hier bezeichnete Zeitraum verstanden.

---

# Inhalt.

---

## Allgemeiner Theil.

- §. 1. Uebersicht der Bedeutungen der Worte Gewere, geweren.
- §. 2. Gewere in der Bedeutung von Besitz und Haus und Hof.
- §. 3. Rechte, die mit der Gewere, d. h. dem Besitze, verbunden sind.
- §. 4. Gewere, als Bezeichnung des Verhältnisses desjenigen, der nicht besitzt, aber eine dingliche Klage hat — juristische Gewere.
- §. 5. Erster Fall der juristischen Gewere. Juristische Gewere dessen, der wider seinen Willen und, ohne durch ein Urtheil des Richters gezwungen zu seyn, seinen Besitz verliert.
- §. 6. Zweiter Fall. Juristische Gewere an ererbten Sachen.
- §. 7. Dritter Fall. Juristische Gewere, die sich auf gerichtliche Zuerkennung der Sache gründet.
- §. 8. Vierter Fall. Juristische Gewere an Immobilien, die sich auf die gerichtliche Auflassung gründet.
- §. 9. Uebersicht der Wirkungen der juristischen Gewere.
- §. 10. Die juristische Gewere, als einziger Grund einer dinglichen Klage (Anfang) in Bezug auf fahrende Habe.
- §. 11. Modificationen der vorstehenden Grundsätze über den Anfang.
- §. 12. Die juristische Gewere, als einziger Grund einer dinglichen Klage in Bezug auf Immobilien.
- §. 13. Rechte Gewere an Immobilien.
- §. 14. Rechte in Bezug auf fahrende Habe, welche der rechten Gewere an Immobilien analog sind.

Besonderer Theil.

Erstes Kapitel.

Gewere im Gebiete des Landrechts.

- §. 15. Pfandrecht an fahrender Habe.
- §. 16. Ältere Sägung an Immobilien.
- §. 17. Neuere Sägung an Immobilien.
- §. 18. Rentekauf.
- §. 19. Erbvertrag über Immobilien.
- §. 20. Erbvertrag über fahrende Habe.
- §. 21. Erbvertrag über ein ganzes, aus Immobilien und Mobilien bestehendes Vermögen.
- §. 22. Gewere zu Selbstgehind.
- §. 23. Gewere zu treuer Hand.
- §. 24. Gewere zu rechter Vormundschaft.

Zweites Kapitel.

Gewere im Gebiete des Lehens und Hofrechts.

- §. 25. Gewere zu Lehenrecht.
- §. 26. Gewere zu Hofrecht.

---

## Ullgemeiner Theil.

---

### §. 1.

#### Uebersicht der Bedeutungen der Worte Gewere, geweren.

So mannichfaltig auch die Bedeutungen sind, in welchen das Hauptwort Gewere (Gewehre, Were) und das Zeitwort geweren vorkommen, so weisen doch alle auf eine gemeinsame Grundidee zurück, nämlich auf die des Schutzes, der Vertheidigung, Sicherung. Indem nun diese Idee theils im faktischen, theils im juristischen Sinne aufgefaßt wurde, zerfielen die Bedeutungen jener Worte in zwey Hauptklassen. Diejenigen, die zur ersten Klasse gehören, sind juristisch von keinem Interesse. Hieher gehört z. B. wehren für vertheidigen gegen äußere Gewalt durch Anwendung der physischen Kraft (Wachter Glossar. 1873), ferner Wehre für Waffe (Sächs. Landr. III, 56. — Freiberg. Stat. bey Schott Beitr. z. d. d. R. III, 237). In der zweiten Klasse läßt sich zuvörderst eine Mehrzahl von Bedeutungen absondern, in denen der gemeinsame Begriff der Sicherung im rechtlichen Sinne unmittelbar klar seyn dürfte. Dahin gehört die Phrase: jemanden eine Sache geweren, oder ihm die Gewehre<sup>3)</sup> versprechen, d. h. ihm die Vertheidigung der Sache gegen die Ansprüche Dritter zusagen<sup>4)</sup> (Haltaus

---

3) In dieser Bedeutung und in der von Besitz wird Gewere durch das Wort warandia (guarandia) gegeben.

4) Die Verpflichtung des Autors nach deutschem Rechte war gerade darauf gerichtet, daß er im Prozesse die Rolle des Beklagten, statt des Besitzers, übernahm, während im römischen Rechte seine Verpflichtung nur auf Schadenserlag wegen erfolgter Eviktion ging, der Beistand im Prozesse ein Recht desselben war. Die

glossar. 702 — 704, 708) und Gewere (warandus, warendator), als Bezeichnung des Autors (Haltaus 707). Dahin gehdrt ferner Were für den Bürgen (Pufendorf obs. j. un. IV. app. p. 283. — Gruppen antiq. Hannov. 235) und für Bürgschaft, Caution, z. B. die Gewehr der Klage (Haltaus 701 u. folg.). Eben dahin gehdrt geweren in der Bedeutung von beweisen, versichern, z. B. geweren auf den Heiligen (Haltaus 707). Auch der Gebrauch des Wortes weren für „baare Zahlung leisten“ (Bair. Landr. bey Heumann opusc. 147, 153) läßt sich ohne Zwang aus dem Begriff der Sicherstellung erklären. Endlich gehdrt hierher die Redensart: weren auf eine Sache, deren Sinn ist, daß die Sache zum Pfande dient, nur mit dem Unterscheide, daß weren hier bald in passiver Bedeutung (gesichert seyn) gebraucht wird, wie z. B. in folgender Stelle: verdienter hauszins weret vor allem gelde auf den pfanden im hause (Bair. Landr. a. a. O. 156), bald in reciproker (sich sichern), wie z. B. in folgenden Stellen: ein jeglich man, der in ein leuthaus geht und da spielt, dals auf den nieman weren soll, wan als teur er an hat und auf kein sein gut, das er daheim hat (Augsb. Stat. 398 i bey Walch Beitr. IV, 394) — dals man auf kainen solmer gewere, wan als vil er gewant an hab, daz man uf kaines mannes kint ertheil sol weren oder lihen<sup>5)</sup>, e ez zu aigen hus kommt (Nordling. Stat. bey Senkenberg visio. div. app. VI, c. 21, 22<sup>6)</sup>).

Außer diesen Bedeutungen hat das Wort Gewere vornemlich noch drey<sup>7)</sup>, deren Zusammenhang mit der Grundidee desselben nicht so, wie bey jenen, auf den ersten Blick klar seyn dürfte; in der ersten entspricht es dem Bes-

---

neuer Sprache gebraucht indes zur Bezeichnung des römischen Begriffs von Eviktionsleistung den Ausdruck, der nur auf das ältere deutsche Recht paßte (Gewährleistung).

- 5) Wäre in allen Fällen, wo der Ausdruck auf eine Sache weren vorkommt, ein Darlehn gemeint, so könnte man auch hier das Wort weren für „zahlen“ nehmen.
- 6) Wehrgeld, woran man durch das Wort Gewere erinnert wird, würde man vergebens sich bemühen, damit in Verbindung zu setzen, weil es das zusammengezogene Widrigeld (Gegengeld, Vergeltung) ist (Kogge Gerichtswesen 6).
- 7) Zwey andre stehen mit diesen in so genauer Verbindung, daß sie in der Classification der Bedeutungen keine besondre Stelle verdienen. Vergl. Note 12, 47b.

griffe des Besitzes, in der zweiten bezeichnet es das Verhältnis desjenigen zu einer Sache, der nicht besitzt, aber eine dingliche Klage hat, die dritte endlich ist die von Haus und Hof oder dem Inbegriff von Immobilien, die jemand besitzt. Die ersten beyden Bedeutungen bilden den eigentlichen Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung, die dritte interessirt uns nur wegen gewisser Beziehungen, in denen sie zu jenen steht. Der Gang der Untersuchung in dem allgemeinen Theile wird der seyn, daß wir zuvörderst die Gewere in der ersten Bedeutung ins Auge fassen, wo zugleich das Wenige, was über die dritte Bedeutung zu sagen ist, eingeschaltet werden wird, und alsdann zu der zweiten uns wenden.

## §. 2.

### Gewere in der Bedeutung von Besitz und von Haus und Hof.

Es sind hier zuerst die Bedeutungen selbst zu constatiren, alsdann zu erklären, d. h. es ist anzugeben, wie sie mit der Grundidee des Wortes in Verbindung zu setzen seyn möchten, und endlich (§. 3.) sollen die Rechte, welche mit dem Besitze verbunden sind, charakterisirt werden.

A) Unter Besitz wird hier jeder verstanden, der, welche Eigenschaften er auch sonst haben mag, mit dem faktischen Innehaben der Sache verbunden ist; alle Fälle, wo Personen, von welchen wir heutzutage sagen würden, sie besäßen durch einen Andern, eine Gewere zugeschrieben wird, verweise ich dahin, wo von der Gewere in der zweiten Bedeutung gesprochen werden wird (§. 4.). Daß nun Gewere den Besitz in jenem Sinne bezeichnet, scheint zwar schon daraus zur Genüge hervorzugehen, daß nicht bloß dem Besitzer in eigenem Namen, sondern auch dem, der das Eigenthum eines Andern anerkennt, z. B. dem Commodatar, Depositar<sup>8)</sup>, dem Pächter<sup>9)</sup>, dem bloßen

8) Sächs. Landr. II, 60: wenn ein man einem andern einigerley sarende habe leihet, versetzt, oder auf was art aus seinen geweren lest und verkauft sie der, welcher sie in geweren hat.

9) Richtig d. Landr. II, 17: item als du fragest, du habest gut in deinen lediglichen (Note 26) geweren, das habest du vermeygeret und habest es in nutz. B. d. Fahr übersetzt richtig: quod possideas praedium tamquam conductor, wie sich aus

Verwalter<sup>10)</sup>, die Gewere zugeschrieben wird, daß nicht blos der auf eine justa causa sich gründende, sondern auch der ganz unrechtmäßige Besitz Gewere heißt<sup>11)</sup>, daß von Sachen, an denen die Frau während der Ehe kein irgend wirksames Recht, die sie aber unter ihrem Verschluß hat, gesagt wird, sie seyn in ihrer Gewere<sup>12)</sup>. Dennoch erregen einige Stellen Zweifel, nach welchen gerade nur demjenigen, in dessen Namen ein Anderer besitzt, die Gewere zugeschrieben wird. Hieher gehört:

1) eine Stelle des Sächs. Lehnr., welche recht absichtlich eine Definition der Gewere geben zu wollen scheint, und diese paßt nur auf das Verhältniß des Gutsherrn, der einen Hinterlassen hat.

Art. 14.: ein gut mac manches herren sin also, daz es einer von dem andern habe, doch muz eines die gewere sin; wer ez so in nuzze und in gelde hat und die zins daruz nimmt, der hat die gewere und deme sal man darab antworten, ob dar jemand uffo missethut.

Allein wie wenig erschöpfend diese Definition der Gewere sey, sieht man schon daraus, daß sie den Lehnsherrn und die obern Vasallen davon ausschließt, während ausdrückliche Zeugnisse desselben Rechtsbuchs auch diesen eine Gewere zu-

den folgenden Worten ergibt: und es sey dir geantwortet (tradirt) für benempte pfennige.

10) Sächs. Lehnr. 66: nieman en mac sine herrn gut mit der gewere entwuren, des ammechtman her ist, ob er ez ime zu len seget, wend im sin herr al sin gut in sine gewere bevoelen hat. (Vergl. Not. 806 d).

11) Sächs. Landr. II, 24: man sol niemand aus seinen geweren weisen, und were er auch mit unrecht darein kommen. — Ebendas. II, 25.

12) Reichsbild 28: zu der gerade gehören alle kleidung und geschnitten tuch, das die frauen pflegen zu tragen und in iren geweren zu haben. Glosse zu d. A.: ihr sollt wissen, alle die hantwerk, was die solches geräthes haben, das zu der täglichen nahrung gehöret, das gehöret alles zu dem erbe; hätte aber die frau von solchem was in irer beschlossenen gewere, da niemand den schlüssel dazu trägt, denn sie allein, das behält sie billig. Selbst, wenn man das Wort Gewere in dieser Stelle nicht in der Bedeutung von Besitz, sondern als Bezeichnung des verschlossenen Verhältnisses nehmen wollte, so würde doch eben diese Zweideutigkeit des Wortes darauf hinweisen, daß auch der Besitz, welcher lediglich auf dem faktischen Innehaben beruht, den Namen Gewere verdienen.

schreiben (vergl. Note 24) und davon, daß auch dem zinspflichtigen Hinterlassen die Gewere zukomme, dient die Stelle mehr zum Beweise, als zur Widerlegung. Denn die Klage wegen Besitzstörung, welche sie auf die Gewere gründet, wird anderwärts dem Pächter und Miether, wie überhaupt jedem, der die Detention hat, gegeben<sup>13)</sup>. Unmöglich kann daher die Stelle des Sächs. Lehnrechts den Hinterlassen von der Gewere und von der Klage wegen Verletzung des Besizes ausschließen. Um aber zu erklären, woher sie nur die Klage des Gutsherrn erwähnt, die des Hinterlassen gänzlich verschweigt, könnte man den angezogenen Artikel des Richtsteigs benutzen, welcher beiden Klagen ein selbstständiges Gebiet anweist, so daß die abgesonderte Erwähnung der einen nichts Auffallendes hat. Indem nämlich dieser Artikel von dem allgemeinen Grundsatz ausgeht: kurtz, wes der schade ist, dem geburt die klage, deutet er die Unterscheidung an, daß, wenn der durch einen Andern verübte Schade die Substanz des Gutes betrifft, der Vermiether, im entgegengesetzten Falle der Miether klage<sup>14)</sup>. Wahrscheinlicher aber ist es mir, daß der Verfasser des Sächs. Lehnrechts sich den Fall dachte, wo der Vasall nicht das ganze Gut, sondern nur einzelne Parzellen an Hinterlassen ausgethan hatte, wo also seine Revenüen theils in unmittelbarer Benutzung (wer ez in nutz hat), theils in Zinsen (und in gelde hat) bestanden, er mithin, als Detentor, jene Klage anstellte<sup>15)</sup>.

13) In der (Note 9) citirten Stelle des Richtsteigs wird folgende Frage behandelt: eine Besitzstörung ist vorgenommen worden, es fragt sich, wem von folgenden drey Personen die Klage zustehe, ob dem Pächter, „der die Sache in lediglichen Geweren hat,“ oder dem Verpächter, „der benempte pfennige empfängt“ und zugleich das dominium utile des Gutes hat, oder endlich dem dominus directus? Der Verfasser entscheidet so: was man auf dem gute frevelt, das sol man dem bessern, der es in lediglichen geweren hat. — Jüt. Lomb. II, 30, 32: egen hus wird bey demjenigen, der um herwerk (Note 17) klagen will, als Bedingung vorausgesetzt. In Bezug darauf heißt es im letztgenannten Art.: dat hus, dat ein man gehüret hefft, dat wert alldewyle he de hure darvon giff vor syn egen hus geachtet. — Braunsch. Stat. IV, 32. (Leibnitz script. rer. Brunsvic. III, 443).

14) Die Glosse z. Sächs. Landr. II, 57. stimmt damit überein.

15) In dieser Erklärung bestärkt mich die Vergleichung zweyer andern Stellen, welche offenbar denselben Fall, wie der Art. des Sächs. Lehnr., im Auge haben, die Gewere des Vasallen aber unverkenn-

2) Einen andern Zweifel könnte man aus dem Jütischen Fowbuche hernehmen. Während dieses nämlich dem *Wiether*<sup>16)</sup> und dem *Landbo* oder *Landsten* die Klage, von der so eben die Rede war (Klage um *Herwerk*<sup>17)</sup>, zugestehet<sup>18)</sup>, spricht es dieselbe dem *Bryden* ab<sup>19)</sup>. Der *Landbo* und der *Bryde* gehören, wie allgemein angenommen wird (Kunde d. *Privatr.* §. 524 d, §. 523 q), zu den *Hintersassen*; wir müßten also erwarten, daß dem letztern so gut, wie dem erstern, die *Gewere* und jene Klage zukomme. Der Grund, woher dieses nicht der Fall ist, scheint mir folgender. Zwischen dem *Bryden* und dem *Landsten* bestand wahrscheinlich der charakteristische Unterschied, daß der letztere einer selbständigen *Wirthschaft*, mit Ausschließung des *Bonden*, vorstand, dieser dagegen auf dem *Gute* neben dem *Bonden*, wie das *Gesetzbuch* sich ausdrückt, mit ihm in *Gemeinschaft* saß<sup>20)</sup>, daher für *Bryde* auch der Ausdruck *Felligsbryde* gebraucht wird (II, 67.); *Fellig* aber ist *Gemeinschaft* (*Glossar.* zu d. *Jüt. Fowb.* in d. *Ausg.* v. *Eichensberger*). Deshalb war er nicht selbst *Hauswirth*, wie es oben vom *Landsten* hieß, sondern *Hausgenosse* des *Bonden*, daher mit dem *Gaste*<sup>21)</sup>, dem *Gesinde* und der *Dienerschaft* in einer

---

bar als eine mit dem faktischen Besitz verbundene darstellen. *Sächs. Landr.* II, 57: und were wol ein gut mancher manne also, das es einer von dem andern habe, was man auf dem guto missethut, das sol man bessern dem, der es in lediglichen geweren hat und anders niemand. — *Schwäb. Landr.* 337. stimmt damit überein. (Ueber den Ausdruck ledigliche gewere s. *Note 28*).

16) Vergl. *Note 13*.

17) *Herwerk*, eben das, was anderwärts *Heimsuchung* (*Haltaus* 868) heißt, bedeutet jede *Gewaltthätigkeit*, die an dem *Hause* und *Hofe* jemandes und an den *Sachen* und *Personen*, die sich in demselben befinden, verübt wird (*Bruch* des *Hausfriedens*). Vergl. *Jüt. Fowb.* II, 29, 30, 39.

18) *Jüt. Fowb.* II, 33: de landbo, i. e. lanste is sülvest hufshonde edder huswerth und an em kann man ock herwerk begahn.

19) *Jüt. Fowb.* a. a. D.: alles, wat men verwerket an dem huse, dar de bryde innenwonet, darover klaget de bonde. wat överst dem bryden an sinem lyve und leten, item siner frouwen unde kindern geschüt, dat mach de bryde sülvest mit recht urdeelen und nicht syn hufshonde.

20) *Jüt. Fowb.* II, 71.

21) *Jüt. Fowb.* II, 39: brikt jemannt enes andern hus up und niut daruth sines gastes peerdt edder andere kante, so mach

**Kategorie:** (II, 30. §. 2. II, 77.); daher auch in öffentlichen Verhältnissen die Person des Bruden sich gleichsam in der Person des Hauswirths verlor und die Zahl der eigentlichen Staatsbürger nicht vergrößerte<sup>22)</sup>, ganz anders der Landbo<sup>23)</sup>. Aus diesem Allem erklärt sich leicht, woher der Brude die Klage wegen Herwerk an dem Gute dem Bonden überlassen mußte.

Wiewohl das Wort Gewere an und für sich den Besitz, welcher die faktische Detention in sich enthält, bezeichnet, so erklärt sich doch daraus, daß man sich desselben Wortes auch zur Bezeichnung ganz entgegengesetzter Verhältnisse bediente (§. 4.), woher man, um Mißverständnisse zu verhüten, zu dem Worte Gewere, wo es im ersten Sinne genommen werden sollte, bisweilen gewisse Beywörter hinzusetzte. Hieraus entstanden vornehmlich folgende drey technische Ausdrücke: hebbende Gewere, gemeine Gewere, ledigliche Gewere.

1) Für den Ausdruck hebbende Gewere ist die Vergleichung folgender Stellen entscheidend:

Nichtsteig d. Lehn. 16: vraget ock de man (Basall), sint he dat gut in geweren hefft und boret dat up (hat den Genuß davon), effte he daromme der were tugings nicht neger sy? so vint men, he ne sy, wente allene (obgleich) hebbs he de hebbende gewere, daromme is de herre des lenesgewere de vordere nicht (?)<sup>24)</sup>

Daß hebbende Gewere lediglich das, was der Besitz des Basallen mit jedem andern gemein hat (die Detention)

de werd des huses wegen des, dat syn hus gebroken is, herwerk klagen, de gast klaget roff up datjene, dat he misset; vergl. hie mit Note 19.

22) Jüt. Löwb. III, 14: welcher man, de wonet up sinem egen lande unde nimmt andere manne in sine gemenschop tho sick, de deit so vele uthboth (Aufgebot) also he vorhön gedan hefft.

23) III, 11: alle landbo, de schöllen uthboth und landwere holden (vergl. III, 13).

24) Der Schluß der Stelle, worin das Wort vordere wahrscheinlich corrumpt ist, wird im Sächs. Lehn. deutlicher also ausgedrückt: al hat der man das gut in siner gewere mit der nutz, darumbe ist sine herrn die lenesgewere desto verer (ferner) nicht (Kap. 40), und an einer andern Stelle: welch herr ein gut liet sinem manne, darmete ist im die gewere nicht gevernet (Kap. 7).

bezeichnet, geht aus einer andern Stelle des Richtsteigs hervor:

eine lenesgewere<sup>25)</sup>, dat is, dat eyn gut dy vorlenet sy, motestu tugen mit sessen des herrn mannen, sunder eyne hebbende gewere, dat is, dat du de nutt darut borest, mit sessen bederven mannen, we se sin.

2) Der Beweis für den Ausdruck gemeine Gewere schließt sich an die letztgenannte Stelle des Richtsteigs an, indem das Sächs. Lehnrecht an einer Stelle, wo es denselben Satz ausspricht, gemeine Gewere statt hebbende Gewere sagt:

Sächs. Lehnr. 40: lehensgewere en mac niemand gezug sin, ane der von dem herrn belehnt ist, gemeiner gewere ist gezug jeglich unbescholten man an sijne recht. Vergl. Schwab. Lehnr. 72.

3) Daß endlich der Ausdruck ledigliche Gewere die von uns behauptete Bedeutung habe, ergibt sich, wie mich dünkt, aus eben den Stellen, welche Eichhorn<sup>26)</sup> zum Belege einer ganz abweichenden Ansicht benutzte, nämlich der, daß jener Ausdruck den Besitz des („vollkommenen oder unvollkommenen“) Eigenthümers bezeichne. Das Sächs. Landrecht verordnet, derjenige, dem jemand ein Gut zu Lehen offerirt, müsse es Jahr und Tag „in seinen lediglichen Geweren“ behalten, bevor er den Dfferenten damit investirt<sup>27)</sup>. Das Schwab. Landrecht sagt, daß, wenn an einem Gute gefrevelt wird, an welchem Mehrere durch Belehnung und Aftersbelehnung interessirt sind, die Klage dem untersten Aftersvasallen, dem, „der es mit der Nutz in lediglichen Geweren hat,“ zustehe<sup>28)</sup>. Wenn es nun durchaus unrichtig wäre,

25) Das Wort lenesgewere hat, wie man sieht, in den beyden Stellen einen sehr verschiedenen Sinn, indem es in der ersten auf das dominium directum, in der zweiten auf das dominium utile bezogen wird. Vergl. Note 828.

26) St. u. R. G. §. 355. Not. e.

27) Sächs. Landr. I, 34: welcher man sein eigen einem herrn aufgibt und das wider von jm zu lehen empfehet, dem herrn hilft die gabe nicht (Note 244.), er behalte denn das gut in seinen lediglichen geweren jar und tag.

28) Schwab. Landr. 337: der an einem lehen frävelt, merk also: ist das eyn mann eyn gut von dem andern hat, wer auf

zu behaupten, daß der Lehnherr nach der Infrudation, oder der Vasall nach der Afterbelehrung, die Gewere zu Eigenthum oder zu Lehnrecht (dom. utile) einbüßt<sup>29)</sup>, so kann mit der „lediglichen“ Gewere, die, nach der ersten Stelle, der Lehnherr binnen Jahr und Tag behalten soll, oder, nach der zweiten, der unterste Aftervasall vor den, über ihm stehenden, Vasallen und Lehnsherrn voraus hat, wohl nichts anderes, als das faktische Innehaben der Sache bezeichnet werden. Hierzu kommt, daß auch dem bloßen Pächter und Miether die „ledigliche“ Gewere zugeschrieben wird<sup>29 a)</sup>. Was das Wort „lediglich“ betrifft, so drückt es, wie ich glaube, dieselbe Idee aus, welche den, in den Glossarien aufgeführten, zahlreichen Bedeutungen der Worte „ledig, lediglich, ledigkeit“ zum Grunde liegt, nämlich die Idee der Freiheit von Beschränkungen. Die Eigengewere des Lehnherrn ist beschränkt durch die Gewere des Vasallen, die Lehensgewere des Vasallen durch die des Afterlehnsmanneß.

Die Frage, zu der wir uns nunmehr wenden, wie das Wort Gewere zu der Bedeutung von Besitz kam, oder, mit andern Worten, auf welche Weise sich diese Bedeutung an die Grundidee des Wortes knüpfte, beantwortet sich der Verf. folgendermaßen. Von den beiden Seiten des Besitzes, der innern (gegen die Sache selbst gefehrten), wonach er die Fähigkeit, über sie zu schalten und zu walten ist, und der äußern, welcher in der Fähigkeit besteht, die Sache der willkührlichen Einwirkung jedes Dritten zu entziehen, ist nur die letztere diejenige, auf welcher der Besitz, als solcher, nicht bloß Faktum, sondern auch Recht ist, welches sich zeigt in der Befugniß<sup>30)</sup> des Besitzers, die Einwirkung anderer auf die Sache von dem Ausgange

---

dem gut frävellt, das er mit der nutz in lediglichen geweren hat, dem soll man besprn. — Vergl. Sächs. Landr. II, 57, (Note 15).

29) Vergl. Note 24, 328.

29 a) Richtst. d. Landr. II, 17. (Note 13).

30) Alle übrigen Rechte, die mit dem Besitze verbunden sind, weisen auf diese Befugniß zurück. Die Klage auf Restitution, welche dem Besitzer zusteht, sobald er nicht nach Urtheil und Recht, oder freiwillig den Besitz einbüßt (§. 3), ist nur das Mittel, die Verletzung jener Befugniß gut zu machen; das in dem folg. §. Pro. 2 erwähnte Recht, welches eine Erweiterung des Besitzes über die natürlichen Grenzen seines Begriffes bewirkt, ist in seinen einzelnen Wirkungen ebenfalls nur Anwendung jener Befugniß.

eines Processes, in welchem er die Rechte des Beklagten genießt, abhängig zu machen, und jeden factischen Angriff durch Selbsthülfe zu hintertreiben. Diese äußere Seite des Besizes, in ihrer juristischen Bedeutung, war es nun, die das deutsche Recht bey dem Begriffe des Besizes aufnahm, auf die sich die Bezeichnung desselben mit dem Worte Gewere gründete. Der Besizer erschien ihm nämlich in Folge jener Rechte, im Prozesse den Beklagten zu machen und die Selbsthülfe anzuwenden, als Schützer und Vertheidiger der Sache gegen gerichtliche und außergerichtliche Angriffe<sup>30 b)</sup>. Daß dem wirklich so sey, dafür sprechen die Ausdrücke: „die Sache vertreten, verantworten, verstehen,“ welche die Thätigkeit des Beklagten im Prozesse bezeichnen<sup>31)</sup>, dafür die nothwendig anzunehmende Verwandtschaft<sup>31 a)</sup> zwischen Gewere, in der Bedeutung von

30b) Im voraus ist hier zu bemerken, daß diese Idee der Vertretung, Vertheidigung der Sache gar nicht bloß das Interesse hat, daß sie den Namen, welchen der Besiz in dem deutschen Rechte führt, erklärt, sondern sie ist es, die uns auf den wahren Begriff der Gewere führen wird, eines Verhältnisses, welchem der Besiz als eine (nicht die einzige) Form, in der es erscheint, untergeordnet ist. Vergl. §. 4.

31) Ueber verantworten s. Note 62 a. — Den Beweis in Betreff der Worte: vertreten, verstehen, liefern offenbar auch solche Stellen, wo von demjenigen, der statt des Besizers die Rolle des Beklagten übernimmt, gesagt wird, er vertrete das Gut (nicht den Besizer): Sächs. Lehnr. 14: unterwindet sich des gutes der oberste herr, der man, der ez in geweren hat, der sol seinen herrn mit urteilen manen, daz her das gut verste und des obersten herrn ansprache ablege. — Sächs. Landr. III, 5: ... sol man jenen (den Autor) vorladen, das gut zu vertreten. — Bair. Landr. (Heumann 103): wer dem andern sein gut zu kaufen gibt, des sol der sein gewere sein und im es vertreten.

31a) Der Grund, woher diese beyden Bedeutungen des Wortes in eine engere Verwandtschaft zu setzen sind, als die, welche überhaupt zwischen allen Bedeutungen obwaltet, liegt darin, daß warandia nur für jene beyden gebraucht wird (vergl. auch Note 128). Wenn nun Gewere in der zweiten dieser Bedeutungen ganz gewiß die Vertretung der Sache im Prozesse bezeichnet (s. d. vorhergeh. Note), so muß dieselbe Idee auch der ersten zum Grunde liegen. Daher läßt sich auch die Bedeutung von Besiz in die Redensart, welche die Verpflichtung des Autors ausdrückt, nämlich: „jemanden die Sache (gegen jeden dritten) geweren,“ hineinbringen, ohne daß ihr Sinn geändert wird, weil sie alsdann den Satz ausdrückt: machen, daß jemand den Besiz gegen jeden Dritten behalte.

Besitz, und Gewere, als Gegenstand der Verpflichtung des Autors (Note 4) <sup>32)</sup>.

Wir sehen hier die Gewere mit einem zweiten Begriffe von der umfassendsten Bedeutung im deutschen Rechte, nämlich dem der Vogtey (Vormundschaft), in der beyden gemeinsamen Idee des Schutzes, der Vertretung, sich vereinigen. Allein, abgesehen von den immer nur seltenen Beyspielen, wo das eine Wort für das andere gesetzt wird <sup>32 a)</sup>, hat jedes sein selbständiges Gebiet. Vogtey nämlich ist die Vertretung von Personen in Betreff ihrer Rechte, Gewere die Vertheidigung von Sachen, oder eigener Rechte dessen, der die Gewere hat. Wie ferner mit der Gewere eine Gewalt über die Sache verbunden ist, so gründet sich in der Vogtey zugleich eine Gewalt über die ihr unterworfenen Personen. Diese Abgrenzung beyder analoger Begriffe wird zwar im Allgemeinen jedem einleuchten, jedoch verdienen einige Beyspiele besonders hervorgehoben zu werden. Das Verhältniß des Vormundes zum Mündel, des Vaters zum Kinde einerseits und andererseits das des Herrn zum Unfreien sind einander darin ähnlich, daß beyde den Charakter eines Schutzes und Vertretungsverhältnisses haben, aber das erste wird immer Vogtey, niemals Gewere, das zweite dagegen, wo genau gesprochen wird, Gewere genannt (Note 355). Woher? Der freie Mündel und Haussohn haben alle Rechte eines Freien, nur die Ausübung, namentlich auch die gerichtliche Verfolgung derselben, haben in ihrem

32) Merkwürdig ist es auch, daß an einigen Stellen der Ausdruck: „einer Sache weldich seyn,“ d. h. die Gewere an der Sache haben (Note 347), mit dem: „Vormund der Sache seyn,“ als gleichbedeutend angesehen wird; freilich aber sind es Stellen, die mit jenen Worten das bezeichnen, was mit der Gewere verbunden ist, die freye Verfügung über die Sache (als Faktum mit jeder, als Recht mit der Gewere zu Eigenthum). Stad. Stat. I, 18. (Pufendorf. obs. j. un. I, app. p. 173): so woren man is, he si seec ofte sunt, de sin erve unde goet delen ofte vergeven wel, dhes he vormunt is unde weldich is ... is blift stede. Vergl. Hamb. Stat. v. J. 1270, I, 12.

32 a) Als Beyspiel davon, daß Vogtey statt Gewere gesetzt wird, läßt sich die, Note 31 angeführte Stelle betrachten, ferner Sächs. Landr. I, 35, wenn Vogtey daselbst, nach Eichhorn's Erklärung (St. u. R. G. §. 297. Note k) das *dominium directum*, d. h. die Gewere zu Eigenthum (§. 14. a. E.) bedeutet; am häufigsten wird Vogtey, statt Gewere, als Bezeichnung des Verhältnisses des Herrn zum Unfreien, gebraucht.

**Namen der Vormund und der Vater.** Der Unfreie dagegen entbehrt in den Augen des Staats aller Rechte und der Herr, der für ihn auftritt, wird selbst als der Berechtigte und Verpflichtete angesehen (§. 26). Ein anderes Beispiel: das Verhältniß, in dem das unverheirathete Weib zu ihrem nächsten männlichen Verwandten, und dasjenige, worin die Frau zum Ehemanne steht, werden beyde Vormundschaft genannt; allein niemals wird dem Verwandten an dem Vermögen des Weibes eine Gewere zugeschrieben, weil er, wie der Vormund des Minderjährigen, nur die Rechte des Weibes wahrnimmt; dagegen wird dem Ehemanne ausdrücklich eine Gewere (zu rechter Vormundschaft) an dem Vermögen der Frau gegeben (§. 24), weil er selbständige Rechte daran hat. — Uebrigens kann man wohl sagen, daß, wie die Gewere die Grundlage des Sachenrechts, so die Vogtey die Grundlage des Personenrechts ist. Das ganze Familienrecht beruht auf der Vogtey des Vaters, des Ehemannes, des Vormundes, und in der Gestaltung der Standesverhältnisse spielt die landesherrliche Vogtey insofern eine wichtige Rolle, als darauf hauptsächlich die eigenthümliche Stellung der gemeinen Freien, im Gegensatze des Ritterstandes, beruhte (Eichhorn, Einleit. §. 54, 2, §. 246, 2).

B) Was die Bedeutung des Wortes Gewere betrifft, nach welcher es so viel als Haus und Hof jemandes bezeichnet, so bedarf es, um sich davon zu überzeugen, nur eines Blickes in die Glossarien (s. z. B. Haltaus 706), oder in irgend eine der vorhandenen Quellen. Statt aller andern hebe ich folgende Stellen heraus:

Stad. Stat. VI, 2 (Pufendorf 1, app. 200): so we then anderen vorebeden let eno ... anderwarve .. unde druddewarve unde kumt he nicht, so scal men ome en thinc leggen vor the were unde rechten ome ut, also stadtrecht is, nämlich: panden ut der were, wie es in den Verden. Stat. 50 (Pufendorf 1, app. 95) heißt. — Vergl. Pufendorf a. a. O. obs. 52. — Salsfeld. Stat. 151 (Walch Beitr. I, 50): der richter sol den schuldigen mit der hant furen uz dem hofe unde sal den kleger furen in die were. — Schles. Landr. <sup>33</sup>) II, 2, 11 (Böhme diplomat. Beitr.): mietet

---

<sup>33</sup>) Ich behalte diese gewöhnliche Benennung bey, obgleich sie das Rechtsbuch wohl nicht verdient (Schweikart, über die in Ost- und West-Preußen geltenden Rechte, als Zusätze zu dem Aussage in d. Jahrb. der Preuß. Gesetzgebung §. 46. S. 137).

eine frau ein haus, so sol ir man umb denselben zins antworten, ap her mit ir in derselben gewere gewonet hat. — Vergl. noch Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. I, 22.

Eben diesen Sinn scheint unser Wort in der Redensart: Kinder in der Were<sup>34)</sup>, d. h. Kinder in der väterlichen Gewalt (Kunde deutsches Privatr. §. 608 b) zu haben. Ferner liegt dieselbe Bedeutung dem Sprachgebrauch zum Grunde, nach welchem hie und da das Bauergut die Were des Bauern (Kindlinger Gesch. der Herrsch. Bolmestein 1. §. 2. Note g) und der Bauer selbst Wehrfester heißt, so wie denn auch die ansässigen von den nicht ansässigen (einsläufigen) Hörigen durch die Ausdrücke gewerte und ungewerte Leute (Kindlinger Gesch. der Hörigkeit Urk. 39 a. und Münster. Beitr. 1. Urk. 66) unterschieden werden. — Um die Bedeutung des Wortes Gewere, von der hier die Rede ist, zu erklären, dürfte es hinreichen, daran zu erinnern, daß bey dem vorzüglichen Gewichte, welches die ältere Zeit auf unbewegliches Besizthum legte, es nicht auffallend seyn kann, wenn jenes vorzugsweise als Gegenstand der Gewere betrachtet und nach einer oft vorkommenden Vertauschung der Namen für das Objekt eines Rechtes und das Recht selbst<sup>35)</sup>, vorzugsweise Gewere genannt wurde<sup>36)</sup>, ja! wenn man bedenkt, daß man an fahrender Habe, die ein Anderer mit unserm Willen als Commodatar u. s. w. besaß, nicht die Gewere hatte (§. 10), so kann man, abgesehen von außerordentlichen Fällen, wo man in der Gewere eines Andern etwas besaß, sagen, die Grundstücke, die jemand in der Gewere hatte, bildeten das ganze Gebiet seiner Gewere<sup>37)</sup>.

34) In Rücksicht der deutschen väterlichen Gewalt ein sehr bezeichnender Ausdruck, weil diese durch separata oeconomia erlöscht.

35) So gebrauchen wir Eigenthum, wo die Sache gemeint ist (z. B. ich stehe in meinem Eigenthum) und umgekehrt, eben so bezeichnet Lehen theils die Sache, theils das Recht an derselben (Eichhorn Einleit. §. 190).

36) Die gleiche Erscheinung in der lateinischen Sprache, daß possessio sowohl den Besiz als ein Grundstück bezeichnet, erklärt sich auf andere Weise (Cavigny Besiz 4te Aufl. S. 153).

37) Möser (Osnabrück. Gesch. I, 13, 34, 42) scheint geneigt, die Erklärung unseres Wortes in der hier angegebenen Bedeutung von der Verpflichtung zur Landesvertheidigung (Wehre, in der ersten, §. 1, erwähnten Bedeutung) herzunehmen, welche, nach seiner

## §. 3.

Rechte, die mit der Gewere, d. h. dem faktischen Besitze, verbunden sind.

Von den juristischen Wirkungen, welche an jeden Besitz geknüpft sind<sup>38)</sup>, heben wir hier zwey hervor<sup>38a)</sup>, unter denen die eine dem Besitze von fahrender Habe und Immobilien gemeinsam, die andere dem Besitze der letztern eigenthümlich ist.

I. Die Gewere, als solche, genießt den Schutz des Richters; d. h. 1) jeder Besitzer, der das Recht eines Andern nicht anerkennen will, braucht ihm nur nach Urtheil und Recht zu weichen, ein Satz, der, wie ein Grundgesetz, durch alle Rechtsquellen hindurch geht<sup>39)</sup>, 2) hat er wegen

---

Meinung, ursprünglich auf den Grundstücken haftete. Diese Ansicht ist aber zu verwerfen, weil zur Zeit des Karolingischen Heerbannes der Kriegsdienst auf der Person des Freyen haftete (Cap. a. 807. c. 2: ille vero, qui sic pauper inventus fuerit, tamen . . . quinque sextum praeparare faciant), und das deutsche Recht zwar in vielen Beziehungen eine Tendenz verräth, persönliche Rechte und Verpflichtungen allmählig in dingliche zu verwandeln, nicht aber umgekehrt.

38) Der Beweis, daß ein Recht der Gewere, als solcher, zukomme, wird sehr erschwert durch die Unbestimmtheit, mit der sich die Quellen meistens über das Verhältniß dessen, von welchem sie ein Recht prädiciren, zur Sache ausdrücken. Es ist unvermeidlich, auf Stellen zu verweisen, von denen man, nicht ohne Schein, behaupten könnte, sie sprächen nur vom Eigenthümer, oder nur vom Besitzer in eigenem Namen, nicht von jedem Besitzer überhaupt. Indes hoffe ich, daß die ganze Anlage des Sachenrechtes, wie sie sich allmählig im Laufe der Untersuchung ergeben wird, das, was dem Beweise einzelner Punkte an Schärfe abgeht, ergänzen werde.

38a) Eine dritte, das Recht der Selbstvertheidigung bedarf keiner Erörterung, ein viertes, in der folg. Note erwähntes, Recht kann aus dem dort angegebenen Grunde hier nicht dargestellt werden.

39) Schles. Landr. I, 39, 8: wer erbe oder fahrende habe hat in gewere mit rechte oder mit unrecht (Sächs. Landr. II, 24: und were er auch mit unrecht darein gekommen), do en sal nymand uswissen, man breche es in em danne mit rechte und mit rechter klage. — Sächs. Landr. a. a. D., II, 70, III, 89. — Sächs. Lehn. 41. — Schwäb. Lehn. 72. §. 3. — Die Erörterung der Rechte, welche der Besitzer, als Beklagter, im Proceße genießt, muß hier übergangen werden, weil sie nur im Zusammenhange mit der ganzen Lehre vom Beweise gegeben werden kann

unrechtmäßigen Verlustes seiner Gewere eine Klage<sup>40)</sup>. Wenn man die Existenz dieser Klage schon deswegen annehmen berechtigt ist, weil sie, als Mittel, das in den obigen (Note 39) Stellen enthaltene Verbot zu realisiren, nothwendig war, so fehlt es auch nicht an ausdrücklichen Zeugnissen dafür<sup>41)</sup>. Ist aber auch das Daseyn dieser Klage gewiß, so ist es doch ungleich zweifelhafter, welches ihre Bedingungen sind und zu welcher Gattung von Klagen sie gehört?

a) Alle obigen Stellen setzen nur zwey Fälle der Entwerung einander gegenüber, die gewaltsame Dejektion und die Emission in Folge einer Klage und eines darauf ergangenen Urtheils („Entwerung mit rechte“). Daß die letztere die Arten des rechtmäßigen Verlustes der Gewere nicht erschöpfe, ist von selbst klar, da die freiwillige Entäußerung unmöglich darunter fehlen kann<sup>42)</sup>. Ist aber auch die erstere nur ein Beispiel einer umfassenderen Gattung von Fällen, welche dann, im Gegensatz der (Note 42) angeführten Stelle so zu

und diese zu weit von dem Zwecke der vorliegenden Abhandlung entfernen würde. Der Verf., der eben jene Lehre an einem andern Orte mit einiger Vollständigkeit zu entwickeln gesucht hat, wagt es den Leser auf diesen Versuch zu verweisen. S. die Note 46 angef. Diff. überhaupt und insbesondere §. 45.

40) Von der Klage, die dem Inhaber einer lediglihen Gewere wegen Störung des Besißes zukommt, ist schon oben gesprochen worden.

41) Baitr. Landr. (Heumann 106.): wer den andern anspricht er hab in seines eygens oder lehens entwert mit gewalt on recht, des laugen sol man nemen mit seynem eide, er mach es denn war mit zweien, die das schweren mit im, das er sey entwert on recht, so sol in das gericht wider setzin in sein gewer und sol da sitzen mit gewere als lang das ist, das er in entwert hat, hat er (der Beklagte) dann hienach hintz ime icht zu sprechen umb das gut, so sol umb geschehen, was recht ist. Die letzten Worte zeigen, daß zum Zweck der Klage wegen „Entwerung on recht,“ auf das Recht des Klägers an der Sache nichts ankomme. — Diese Stelle hätte übrigens Wittermaier benutzen können bey seinem Versuche, das remedium spoliü aus dem germanischen Rechte herzuleiten. (Gemeiner Proceß in Vergl. mit dem preuß. Ater Beitrag. S. 197.)

42) Das Sächs. Landr. II, 24. setzt diese ausdrücklich mit unter die Kategorie der Entwerung mit Recht. ein jedlich mag seines gutes wol mit recht anig werden oder los, ob ers verkauft, versetzt, oder obs im verteilt wird . . oder zu welcher weis er es absteht unbezwungen, so ist er der gewere los mit rechte. Vergl. Schwäb. Landr. 315. Schles. Landr. I, 26, 1.

bezeichnen wäre: Entwerung wider den Willen des bisherigen Inhabers, so daß auch der zufällige Verlust der Gewere jene Klage auf Rückgabe begründete? Ich glaube, diese Frage bejahen zu müssen. Ein vollständigerer Beweis für den Fall des zufälligen Verlustes läßt sich erst in einem andern Zusammenhange geben (§. 10); eine Bemerkung jedoch, der man, wie ich hoffe, nicht den Vorwurf der Spitzfindigkeit machen wird, kann schon hier ihre Stelle finden. Wenn nämlich die (Note 42) angeführte Stelle recht absichtlich uns belehren will, wie man die Gewere mit Recht verliere, so folgt doch wohl, daß jeder Verlust, den der Inhaber wider Willen erleidet, also auch der zufällige, eine Entwerung ohne Recht genannt werden müsse und gerade so, wie die Entwerung mit Gewalt, die Klage auf Restitution erzeuge.

b) In Betreff des Falles der gewaltsamen Dejektion erfahren wir, daß die Klage theils auf Restitution der Sache, theils auf eine Strafe gerichtet war<sup>43)</sup>. Allein, wenn auch der zufällige Verlust des Besitzes die Klage erzeugt, so ergibt sich schon hieraus, daß der zweite Gegenstand nicht nothwendig und immer mit dem ersten verbunden ist, daß folglich beyde als Ausfluß zweyer Klagen anzusehen sind, von denen die eine, als Pönalklage, auf die unrechtlche Handlung des Gegners, die andere auf die Gewere, als solche, sich gründet. Dieses zeigt sich noch deutlicher darin, daß die letztere Klage nicht bloß eine persönliche, sondern gegen jeden dritten Besitzer der Sache gerichtet ist. Zum Beweise dieser Behauptung diene hier vorläufig (vergl. §. 4, 10, 11) nur Folgendes. Nach deutschem Rechte prästirt der Erbe solche Fakta des Verstorbenen, wie die Dejektion eines Andern aus seinem Besitze in keiner Hinsicht<sup>44)</sup>,

43) Sächf. Landr. III, 43: was sich ein man mit unrechter gewalt unterwindet, das im dann wider mit recht abgewunnen wird, er muß es mit buße und gewette lassen. — III, 47: wer dem andern ichts des seinen nimpt mit gewalt, oder one seine wissenschaft, das sol er ime widergeben mit buße. — Schwäb. Landr. 401.

44) Sächf. Landr. I, 6: wer das erbe nimt, der sol zu recht die schult gelten . . dieberey noch raub . . ist er nicht pflichtig zu gelten, d. h. weder die Strafe noch die Entschädigung, die der Verstorbene als Surrogat einer unmöglich gewordenen Restitution der Sache hätte geben müssen. Vergl. folg. Note.

also schon er war als Dritter anzusehen, und wenn daher, nach ausdrücklichen Zeugnissen <sup>45)</sup>, die Klage gegen ihn ging, weil er die Sache besaß, so muß sie als eine in rem actio betrachtet werden.

Was die Pönalklage betrifft, so bemerken wir, daß sie bald nur eine Buße, bald die Strafe des Friedensbruchs <sup>46)</sup> zur Folge hat <sup>47)</sup>. Dieser Unterschied gründete sich erstlich

45) Sächs. Landr. III, 31. was ein man dem anderen nimt, da mus man seinen erben vor antworten, ob jener stirbt; stirbt aber der, auf den die klage geht, seine erben antworten dafür nicht, sie haben denn das gut unter jnen, darumb jener beklagt ward.

46) Bekannt ist die Eintheilung der Delikte (Ungerichte. Sächs. Landr. II, 3.) in größere (Friedebruch) und kleinere (Frevel?) Vergl. Eichhorns St. u. R. G. §. 74. §. 384. Pufendorf, jurisd. germ. P. II. S. II. C. 1. §. 1 sq. Der Name Friedebruch rechtfertigt sich hinlänglich aus den Duellen (S. u. A. Haltungs u. d. W. Friedbrecherwunde S. 519) und selbst die in d. folg. Noten angef. Stellen werden dazu einen Beitrag liefern. Die Grenze zwischen beyden Arten von Delikten ist für das Mittelalter formell so zu bestimmen, daß die Friedebrüche an Hals und Hand gehen, die Frevel dagegen die Verbrechen zu Haut und Haar und alle, die mit einer Buße gefühnt werden, begreifen (Pufendorf a. a. D. §. 33 folg. u. C. 2. §. 8. vergl. noch des Verf. diss.: doctr. de probationibus sec. jus germ. med. aevi adumbratio §. 21). Nächstdem zeichnen sich die Friedebrüche vor den kleinern Ungerichtsfällen dadurch aus, daß sie der hohen Gerichtsbarkeit (Blutbann) vorbehalten sind (Eichhorns St. u. R. G. §. 302. 303 d), daß nur sie zur Fehde und zum Kampfgericht, eiser in das gerichtliche Verfahren hinübergetragenen Fehde, berechtigten (Eichhorn a. a. D. §. 384 c), daß der Beklagte sich in Rücke sichts derselben mit einer größern Anzahl von Consecramenten reinigen muß (s. d. angef. Dissertation §. 54, 55), und daß endlich nur gegen den Friedebrecher mit der Verfestung und Acht verfahren werden kann. (ebendas. §. 22. Note 31).

47) Schles. Landr. I, 36. 6. unterwindet sich einer gutes ane gerichtes... das ist fredebrech. Ebendas. II, 2 5. wil en man pfenden in der gewere sinés eigens und wil man im das weren.., so schrei er das gerüchte und volge deme mit rechter klage und mag im volgen in das haus oder in ein ander haus, wenne her von widerstendunge keinen hausfreden nicht gehaben mag, wen her den hausfreden (des Insherrn) selbir gebrochin hat. Daß der Hinterfasse, welcher dem Gutsherrn den Eintritt in das Grundstück ver sagt, wie derjenige anzusehen sey, der einen Andern aus seiner Gewere gewaltsam verdrängt, wird sich unten ergeben (Note 152). Ebendas. 10. entwerret einer den andern von der gewere des hauszinses... so sol man ihn ver vesten umb den fredebrech, und her mag keinen hausfreden haben.

auf die Regeln über den gemeinen Frieden (Eichhorn's St. u. R. G. §. 408. Note m), nach welchen gewisse Verbrechen überhaupt und ohne Rücksicht auf besondere Umstände, wegen des größern Werths des verletzten Rechtes (Mord, Verrath), in dem Sinne des Schwäb. Landr. 116. §. 22, und, was uns hier insbesondre interessirt, der große Diebstahl und Raub (Sächs. Landr. II, 13. Schwäb. Landr. a. a. D. §. 2. §. 3. §. 17. Kap. 221 u. 86); zweitens auf die Regeln von den besondern Frieden. Diese besondere Frieden, theils gebotene, theils vertragmäßige (gelobte, geschworene) waren in Hinsicht der Personen, die dadurch gebunden wurden; von äußerst verschiedenem Umfange. 1) Bald bezogen sie sich auf Jedermann im ganzen Reiche und zwar so, daß gewisse Sachen, z. B. das Haus des Einzelnen (Hausfriede), die Kirchen, die Pflüge, Mühlen u. s. w. (Sächs. Landr. II, 65. Schles. Landr. V, 32.) oder gewisse Personen, z. B. die „wehrofen“ geistlichen Leute, Frauen u. s. w. (Sächs. Landr. a. a. D. und III, 2., Schles. Landr. a. a. D.), oder endlich gewisse Zeiten, wohin der bekannte Gottesfriede gehört (Eichhorn, St. u. R. G. §. 323 e) einen besondern Frieden genossen. 2) Bald beschränkten sie sich auf einzelne Theile des Reiches, wie die vielen vertragmäßigen Frieden, welche einzelne Städte und Landesherren im Mittelalter schlossen (Eichhorn a. a. D. §. 401). 3) Bald endlich auf einzelne Personen (s. z. B. Sächs. Landr. III, 36). Dahin gehört der Friede, welchen der Richter demjenigen, der eine Sache erstritten oder durch gerichtliche Auflassung erworben hatte, „wirkte“, zum Schutz vor fernern Ansprüchen des Gegners, oder der bisher Berechtigten. Die Wirkungen dieser besondern Frieden bestanden vorzüglich darin, daß sie theils die Fehde, welcher der gemeine Friede noch Raum gab, verboten und zum Verbrechen machten, theils darin, daß sie Delikte, die, nach dem gemeinen Frieden beurtheilt, bloße Frevel waren, zu Friedensbrüchen erhoben, oder wenigstens einer härteren Strafe unterwarfen. Ueber die erste Wirkung vergl. l. Frision add. sapient. tit. 1. §. 1. l. Saxon. tit. 3. §. 4. Eichhorn a. a. D. §. 40. Note m. Ueber die letztre belehren uns folgende Stellen, die zugleich über den oben bemerkten Unterschied in Betreff der Pönalklage des Besitzers Aufschluß geben werden.

Schwäb. Landr. 97. §. 2: unterwindet er sich des gutis an gericht und ist ein fried bey den zeiten geschworen, so ist er ein friedbrecher und es geht im an die hant. §. 3. ist aber keyn fried

geschworen, so büßs er mit pfennigen nach guter gewonheit. —

Schles. Landr. I, 36, 6: unterwindet sich einer eines gutis ane gerichte, das im vor gericht verteilt ist, das ist fredebroch, umb das, das darobir frede geworcht is. —

Schwáb. Landr. 128: unterwindet sich eyn man des gutis ane gerichte, ob er darauf icht nymbt, das sol man über in richten, als über den landrauber, nymbt er daraus nicht, so hat er doch gefrävelt.. und ist, das eine gewere geantwort wirt mit gerichte, wer die bricht, dem geet es an die hant, ob er auch darauf nit nymt. —

Sächf. Landr. III, 20: mit eeren (ackern) und pflügen mag niemand seinen leib verwirken noch seinen gesund, es sey denn das das land im vor gericht verteilet und auch darüber friede gewirkt sey. —

Schwáb. Landr. 116. §. 16: 'der in mülen (und [§. 18] in kirchen) icht stilt, das 5 schill. wert ist, den sol man radbrechen. Jeder andre Diebstahl von gleichem Werthe wird zu Haut und Haar bestraft (ebendas. §. 3). §. 17: oder stilt er (in Mühlen), das 3 pfen. wert ist, man sol in zu haut und zu haar slahen (sonst erfolgte in gleichem Falle nur eine Buße).

II. An die Gewere von Immobilien ist folgendes merkwürdige Recht geknüpft: in ihr ist zugleich die Gewere an aller fahrenden Habe enthalten, die sich in dem Umkreis der Immobilien befindet.<sup>47 b)</sup>

47 b) Wenn man von der Ansicht, zu welcher die Wichtigkeit der Gewere überhaupt im Sachenrechte berechtigt, ausgeht, daß der Grundsatz, man habe durch die Gewere am Grundstücke zugleich die an den darauf befindlichen Mobilien, auf die juristische Behandlung der letztern einen entscheidenden Einfluß hatte, so scheint es nicht zu gewagt, daraus den Gebrauch des Wortes Wehre zur Bezeichnung mobiler Pertinenzstücke eines Grundstückes — Hofwehre — zu erklären. Eine Urk. (bey Niedlinger Münkr. Beitr. II. No. 5, S. 35) drückt sich sehr merkwürdig so aus: ut saepedictus locus cum omni integritate illius selbove, quae ad ipsam pertinet, et, quod jam in ea possessum (was in der Gewere daran schon mit begriffen ist), cum omni investitura (Wete, s. Note 125) mobilium rerum.... — Vergl. auch Meichelbek, hist. Frising. I, p. 222.

d. h. der Inhaber der erstern hat das Recht<sup>48)</sup>, sich in Bezug auf die fahrende Habe so zu benehmen, als habe er sie in seiner Gewere; die Gewere dessen, der sie wirklich besitzt, ist gegen jenen wirkungslos. Wenn irgendwo das enge Band zwischen den Rechtsbegriffen und der Sprache erkennbar ist, so, daß jene auf diese einwirken und wiederum aus ihr erkannt oder wenigstens geahndet werden können, so zeigt es sich auf diesem Punkte vorzüglich deutlich. Die Zweideutigkeit, die in dem Satze: „etwas in seiner Gewere haben“ deswegen liegt, weil Gewere sowohl den Besitz, als den Inbegriff der Immobilien jemandes bezeichnet, spricht an und für sich die Wahrheit des Satzes aus, daß derjenige, in dessen Gewere, d. h. Haus und Hof eine bewegliche Sache tritt, juristisch für den gilt, der sie in seiner Gewere, d. h. in seinem Besitze hat. Unverkennbar liegt nun dieses Princip mehreren, zum Theil sehr eigenthümlichen, Bestimmungen des deutschen Rechts zum Grunde.

1. Während es für denjenigen, der eine Sache aus fremder Gewere gewinnen wollte, keinen andern rechtmäßigen Weg gab, als den der Klage und richterlichen Hilfe, folgte aus unserm Grundsatz, daß der Inhaber von Haus und Hof nicht des richterlichen Beistandes bedurfte, um sich einer Sache, die in dem Besitze eines Andern, aber innerhalb der Grenzen seiner Gewere war, sich zu bemächtigen und daß in dieser eigenmächtigen Apprehension an sich nicht ein Frevel oder Friedensbruch lag, weil er dadurch nicht eine fremde Gewere verletzte, sondern in der That seine eigene nur geltend machte<sup>49)</sup>. Hieraus erklärt sich,

48) Ich sage: er hat das Recht, er darf es, er braucht es aber nicht. Die Nachtheile, welche daraus entspringen, daß eine Sache in der Gewere jemandes sich befindet, treffen ihn nicht, wenn sie in Wahrheit ein Anderer inne hat. So z. B. trifft ihn nicht der Verdacht einer handhaften That, wenn eine gestohlene Sache zwar in seiner Behausung, aber unter dem Verschluss eines der Hausgenossen, gefunden wird. Sächs. Landr. II, 35: die hanthafftige that ist das, wo man einen mann mit der that begreift, .... der dieberey oder raub in seinen geweren hat, da er selbs den schlüssel zu tregt an seiner seiten.

49) Daß hiemit nicht gesagt sey, der Inhaber von Immobilien dürfe willkürlich dem, welcher mit ihm unter einem Dache ist, den Besitz seiner Sachen entreißen, ist an und für sich klar. Jene eigenmächtige Apprehension, da sie als ein Recht erscheint, setzt in dem einzelnen Falle auch ein rechtliches Interesse dessen, der sie geltend macht, voraus. (S. weiter unt.) — Noch weniger bedürfte es einer Erwähnung, daß der Grundsatz, von dem hier

a) daß derjenige, der den Dieb seiner Sache noch in den Grenzen seiner Gewere ertappte, ihm eigenmächtig das gestohlene Gut abnehmen durfte, wenn er dagegen jenseit dieses Gebiets sich mit Gewalt zu dem Seinigen verhalf, einen Friedebruch beging<sup>50)</sup>.

b) Hieraus erklärt sich ferner ein eben so bekanntes, als merkwürdiges, Institut, nämlich das eigenmächtige Pfändungsrecht des Besitzers von Grundstücken wegen Beeinträchtigung des Besitzes durch einen Andern<sup>51)</sup>, und andererseits die Unrechtmäßigkeit jedes Widerstandes, den der Gepfändete leistet<sup>52)</sup>, weil er in der That nicht demjenigen gleich zu achten ist, der seine Gewere gegen fremde Gewalt

die Rede ist, den Inhaber von Haus und Hof nicht berechtigte, eine Sache, die in den Kreis seiner Gewere tritt, nicht wieder herauszugeben, wenn man nicht vielleicht geneigt seyn könnte, zu wey Institute des d. Rechts mit jenem Princip in Verbindung zu bringen, nämlich erstlich das Recht, Früchte und Aeste, die von des Nachbarn Pflanze oder Baume in unsern Luftraum hinüberhängen, uns zuzueignen (Sächs. Landr. II, 52, Weichbild 125, 126, Ausgb. Stat. bey Walch IV, 286, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. III, No. 11), und zweitens das Strand- und Grundruhrrecht, nach welchem von dem Besitzer des Ufers die gestrandeten Güter, ja selbst die Sachen, die der Umsturz eines Wagens mit dem Boden in Berührung brachte, von dem Inhaber des letztern, als sein Eigenthum angesprochen werden durften (vergl. u. a. Kurz, Oesterreichs Handel, 153 und folg.). Offenbar reicht das obige Princip nicht aus, um diese Erscheinungen zu erklären.

50) Jüt. Lowb. II, 74, 1: faret jemandt in eines andern mannes holt, howet dar holt utt, bedript en jener by dem stubben, effte eer he an de gemene heerstrate kumpt, unde nimmt em die farekaaste, i. e. das gut, was he up dem wagen heft, dar wart he nen ransman vör. 2. Kumpt he överst an de heerstrate, so mach men en nicht uphalden, sondern schall mit em faren.. kann he denn sinen gewersmann nicht hebben, so verdeele man en (vor Gericht) tho ran edder deverye.

51) Sächs. Landr. II, 47, 27. — Schwab. Landr. 225: der sein vieh treibt auf eines andern mannes korn oder gras... er mag in wol pfinden an des richters urlaub. — Jüt. Lowb. II, 76. — Eichhorn, Einleitung §. 119.

52) Ausgb. Stat. 305 (Walch IV, 304): vindet er in an seinem schaden in seinem korn, so sall er ihn pfinden, wehrt er sich defs, dafs er nit pfandes geben will, bringet er in gebunden und gefangen für, so soll man ihm die hant abslahen (die Strafe des Friedebruchs, Note 46).

erlaubterweise vertheidigt, sondern vielmehr dem Friedebrecher, der eine fremde Gewere verlegt<sup>52 a)</sup>.

2. Der Inhaber der Gewere an Grundstücken genießt in einem Rechtsstreite mit einem Hausgenossen über eine in den Grenzen der Gewere befindlichen Sache das Vorrecht des Beklagten (des Besitzers), welches darin bestand, daß er „näher ist, mit seinem Eide die Sache zu behalten, denn ein Anderer sie ihm abzugewinnen“<sup>53)</sup>. Sieht man zu, was so sehr natürlich scheint, daß dieses Recht des Hausherrn eben so auch seiner Hausfrau zustehen mußte, so liefert einen Beleg für unsre Behauptung die Entscheidung des Sachsenspiegels<sup>54)</sup>, daß, wenn zwischen der Wittwe und der Mutter eines Mannes, welche letztere, als Hausgenossinn, bey dem Sohne lebte, darüber Streit war, ob eine Sache zur Morgengabe oder Gerade der Frau, oder der Mutter (die sie bey dem Tode ihres Mannes empfangen hatte) gehörte, die erstere den Vorzug in dem Beweise genießen sollte<sup>55)</sup>.

52 a) Das Pfändungsrecht des Insherrn wegen „verlorenen“ Sines gehört ebenfalls hieher, was aber erst weiter unten deutlich werden kann (Note 152).

53) Vergl. Note 39.

54) Sächs. Landr. I, 20: bleibt aber die wittwe nach ihres mannes tode mit iren kindern in der kinder gut (Gewere) und nimt ir son ein weib, stirbt dann ir son, des sones weib nimpt mit mehrem rechte ihres mannes morgengabe, musteil und gerade, denn die mutter. — Eben so erklärt sich die entgegengesetzte Entscheidung: stirbt der son in der mutter gut, so ist die mutter nehr zu behaltene. die mutter ist ein gast in des sones haus oder gewere und der son in der mutter.

55) Eine dritte Anwendung des Grundsatzes, in der Gewere von Immobilien sey die Gewere der darauf befindlichen Mobilien enthalten, kann hier nur angekündigt werden, indem ihre Bedeutung sich erst weiter unten klar machen läßt (Note 165). Wahrscheinlich nämlich benutzte das deutsche Recht jenen Grundsatz dazu, um durch Beobachtung der Formen, die zur Uebertragung der Gewere an Grundstücken dienten, den Erwerb der Gewere eines ganzen, aus Immobilien bestehenden, Vermögens zu bewerkstelligen. Freylich muß man dabey annehmen, daß die Pectinenzqualität, in der gewissermaßen, vermöge jenes Grundsatzes, die fahrende Habe zu den Immobilien erschien, auch auf Klagrechte, die zu dem Vermögen gehörten, ausgedehnt worden sey.

## §. 4.

**Gewere**, als Bezeichnung des Verhältnisses desjenigen, der nicht besitzt, aber eine dingliche Klage hat. —

## Juristische Gewere.

Wenn man in Beziehung auf das eben erörterte Recht des Inhabers der Gewere von Immobilien an den darauf befindlichen Mobilien den Doppelsinn der Redensart: „er hat sie in seiner Gewere“ (s. d. vorherg. §. II. a. A.) anerkennt, so hat man in ihr bereits einen Fall, wo Gewere ein Verhältniß bezeichnet, welches nicht faktischer Besitz ist. Da aber die Gewere (der Mobilien) in diesem Falle mit dem faktischen Besitze (der Immobilien) noch auf das Genaueste verbunden und auf denselben basirt ist, so bildet er nur eine Uebergangsstufe zu denjenigen Fällen, in welchen Personen an Mobilien und Immobilien, wo und in wessen Besitz sie sich befinden mögen, die Gewere zugeschrieben wird. Diese innere Verschiedenheit zwischen jenem und diesen Fällen rechtfertigt es, wenn der erstere in der Darstellung von den letztern, zu denen wir uns nunmehr wenden, abge sondert und der Gewere im Sinne von Besitz angeschlossen wurde.

Die Fälle nun, von denen hier die Rede ist, sind folgende<sup>56)</sup>:

A) Die Gewere wird in gewissen Fällen demjenigen zugeschrieben, der früher den Besitz hatte, hinterdrein aber verlor. Hieher gehört

1) ein Fall, der den beweglichen und unbeweglichen Sachen gemeinsam ist, nämlich, wenn der Besitz wider Willen des Inhabers und ohne Veranlassung eines richterlichen Spruches verloren geht;

2) ein Fall, der den Immobilien allein angehört, nämlich, wenn eine unbewegliche Sache zwar mit dem Willen des Besitzers, aber nicht in Folge der gerichtlichen Auflassung, oder Investitur, sondern durch simple Tradition an einen Andern gelangt.

B) Die Gewere wird in gewissen Fällen demjenigen zugeschrieben, der weder früher im Besitz war, noch durch Appre-

56) Der Verf. giebt die hier gelieferte Aufzählung nicht für ganz vollständig aus. Einige wenige Fälle, welche hier übergangen sind, müssen jedoch erst dem besondern Theile unserer Untersuchung vorbehalten bleiben.

hension denselben erworben hat. Hieher gehören zwey Fälle die sich auf alle Arten von Sachen beziehen, nämlich:

- 3) wenn jemand eine Sache erbt,
- 4) wenn sie ihm durch richterliches Urtheil zuerkannt wird,
- 5) ein Fall, der den Immobilien eigenthümlich ist, nämlich, wenn jemanden eine unbewegliche Sache auf dem Wege der gerichtlichen Auflassung, die bekanntlich keine Tradition ist, also den faktischen Besitz nicht geben kann, übertragen wird.

Da der letzte Fall mit dem in No. 2. bemerkten genau zusammenhängt, so werden beyde gemeinschaftlich abgehandelt werden; daher sind überhaupt vier Fälle zu betrachten. Zwey davon, nämlich der unter No. 2 und 3, sind von jeher bemerkt worden<sup>57)</sup>, jedoch ohne daß man darauf ein besonderes Gewicht legte und den Zusammenhang, in welchem sie mit deutschem Sachenrechte überhaupt stehen, entwickelte<sup>58)</sup>.

Die Wahrheit der aufgestellten Sätze einstweilen vorausgesetzt, fragen wir, wie die deutsche Rechtsprache dazu kam, das Wort Gewere zur Bezeichnung eines dem Besitz gerade entgegengesetzten Verhältnisses zu gebrauchen?

1. Wenn in der Folge erwiesen werden wird, daß eine dingliche Klage die stete Folge der juristischen Gewere<sup>59)</sup> sey, und wo die letztere fehlt auch die erstere nicht existirt, so könnte man glauben, die Sache ganz einfach dadurch zu erklären, daß man annimmt, Gewere diene dem deutschen Rechte auch zur Bezeichnung des dinglichen Rechts (das Eigenthum mit eingeschlossen)<sup>60)</sup>. Allein ab-

57) Vergl. Eichhorn, Einleitung §. 335. §. 172. und unt. §. 8.

58) Nicht zu läugnen ist, daß Gewere in den Quellen vorzugsweise in der Bedeutung von Besitz gebraucht wird. Daher selbst Stellen, wo jemanden, dessen Verhältniß unter einen der hier genannten Fälle gehört, die Gewere ausdrücklich abgesprochen wird, an und für sich keine Widerlegung unserer Ansicht enthalten, weil sie alsdann Gewere in dem gewöhnlichen Sinne nehmen.

59) Diese Bezeichnung, die ich für die Gewere in den oben aufgezählten Fällen wähle, wird unten gerechtfertigt werden.

60) Diese Annahme würde zwar auf den ersten Blick widerlegt, wenn man Stellen aufweisen könnte, in denen auch dem ganz unrechtmäßigen Besitzer, der z. B. wider Willen den Besitz einbüßte (s. den ersten der oben genannten Fälle), ausdrücklich die Gewere zugeschrieben wird. Allein, so gegründet dieses auch ist, so fehlt es doch gerade für diesen Fall an ausdrücklichen Zeugnissen.

gesehen davon, daß es in der That eine unbegreifliche Armuth der Sprache verrathen würde, für zwei so heterogene Begriffe, wie der des Besitzes und des dinglichen Rechts, nur einen Namen zu haben, läßt sich; wie ich glaube, die Unhaltbarkeit jener Idee vorzüglich deutlich an der fahrenden Habe darthun. Zufolge des ersten Falles der juristischen Gewere behält derjenige, welcher den Besitz von Mobilien wider Willen und ohne Urtheil und Recht verliert, die juristische Gewere; wogegen die freiwillige Entäußerung des Besitzes nicht unter den Fällen aufgezählt ist, wo dem Veräußerer die juristische Gewere bleibt. Die Wahrheit dieser Sage und zwar in dem Sinne, daß sie von jedem<sup>61)</sup> Besitzer gelten, angenommen, ergibt sich, daß die dingliche Klage nicht die Wirkung gewisser, mit einem bestimmten innern Charakter begabter, Rechte sey, die ihnen beständig und allgemein zukomme, sondern daß einerseits auch das höchste Recht (das Eigenthum), sie nur unter gewissen Umständen genieße, in andern Fällen dagegen nur durch eine persönliche Klage geschützt werde, und andererseits die schwächsten Besitzrechte unter denselben Umständen, wie jenes, der dinglichen Klage sich erfreuen.

2. Man könnte denken, daß die Gewere in den oben genannten Fällen jemanden zugeschrieben wird, weil ein Anderer in seinem Namen besitze. Daß aber diese Deutung nicht genüge, den Gebrauch des Wortes in allen jenen Fällen zu erklären, kann niemanden entgehen. Nur für den zweiten Fall könnte sie ausreichend scheinen, in dem ersten dagegen ist von einer Repräsentation des Inhabers der juristischen Gewere durch den Besitzer niemals die Rede und in den übrigen Fällen ist dieses Repräsentationsverhältniß nur möglich. Auf diese Deutung beschränkt sich indeß Eichhorn. Gewere im weitern Sinne, sagt er (Einleitung S. 154) bezeichnet die factische Detention, im technischen Sinne dagegen den mit dem dinglichen Rechte verbundenen Besitz; die Gewere im letztern Sinne kann einer Person fortdauernd zugeschrieben werden, wenn gleich einer andern Person die Gewere im ersten Sinne zusteht, kraft eines Nutzungsrechts, welches die letztere von der erstern empfangen hat. Hiernach müßte Eichhorn den, von ihm selbst anerkannten (vergl. ob. Note 57), Uebergang der Gewere auf den Successor im Augenblick der gerichtlichen Auf-

61) Von jedem, außer dem improbus possessor (s. die vorherg. Note), lassen sie sich durch ausdrückliche Stellen beweisen.

lassung, oder des Todes, nur auf den Fall beschränken, wo der Inhaber den *animus alteri possidendi* hat, eine Beschränkung, zu der in den Quellen durchaus keine Veranlassung liegt. Wahrscheinlich aber nimmt Eichhorn die Gewere bey dem Erben in einem Sinne, der von seinem Begriffe des Wortes ganz abweicht (vergl. Note 65).

3. Des Verfassers Meinung ist diese. Die ganze Behandlung des Nicht-Besizers, dem die Gewere zugeschrieben wird, führt, wie ich glaube, nothwendig darauf, daß jene juristisch von der Gewere, die wir die faktische nennen, nicht verschieden, als Fortsetzung oder Anticipirung<sup>61a)</sup> derselben zu betrachten sey<sup>61b)</sup>. Um dieses zu erklären, kömmt es darauf an, nachzuweisen, wie, im Geiste des deutschen Rechts, diejenige Wirkung der juristischen Gewere, in der alle übrigen ihre Stütze haben, welche die regelmäßige<sup>61c)</sup> Form ist, in der sie sich geltend macht, nämlich die dingliche Klage, den Wirkungen der faktischen Gewere so correspondirend erschieen, daß beyde Geweren unter einen Begriff zusammengefaßt werden könnten. Zu diesem Ende könnte man

1) auf folgenden Umstand seine Aufmerksamkeit richten. Der Ausdruck „sich der Sache unterwinden“ bezeichnet die faktische Apprehension<sup>61d)</sup>, also auch die Handlung, durch welche der Besizer die für einen Augenblick unterbrochene unmittelbare Herrschaft einer Sache reproducirt. Derselbe

61 a) Oder, wie man in gewissen Fällen statt Anticipirung sagen kann, sie gelte als Fortsetzung der Gewere eines frühern Besizers. S. Sächs. Lehnr. 6. (folg. Note.)

61 b) Der Beweis dieser Ansicht, welcher vornehmlich aus den Wirkungen der juristischen Gewere hergenommen werden muß (vergl. §. 9), kann hier noch nicht vollständig geliefert werden, vielmehr muß eine dieser Wirkungen bey der, im Texte folgenden Erklärung, wie das deutsche Recht zu dieser Ansicht kam, vorausgesetzt werden. Nur auf einige äußere Zeugnisse mache ich hier aufmerksam, in denen, wie mich dünkt, jene Ansicht vorzüglich deutlich ausgesprochen ist. Sächs. Lehnr. 6: der vater erbet uffen son die gewere des gutes (Lehens)... darumben darf der son nicht, daz man ime des vaters gut bewise. Die Gewere ist nicht das dingliche Recht, im Gegensatz des Besizes, sondern sie gilt diesem selbst gleich, weil sie die Einweisung, die den letztern giebt, überflüssig macht. — Sächs. Lehnr. 81. (§. 5. No. 1.) — Schles. Landr. I, 25, pr. I, 39, 5 (§. 8).

61 c) Nur aus zufälligen Gründen kann sie sich auch in andern Formen geltend machen. S. Note 62 b und das Ende dieses §.

61 d) Paltaus 1961. — Vergl. die Stellen §. 3. I. a. E.

Ausdruck ist die technische Bezeichnung für die dingliche Klage, die aus der jur. Gewere entspringt<sup>61 e)</sup>). Wozu läßt sich dieser Sprachgebrauch benutzen? Ein Beweis ist er, und zwar ein sehr merkwürdiger, für die oben aufgestellte Ansicht von der jur. Gewere, weil er zeigt, daß sich das deutsche Recht den Inhaber derselben, indem er klagt, wie den Besitzer, der seine Detention reproducirt, dachte; aber zur Erklärung dieser Ansicht ist er nicht brauchbar, von ihm kann sie nicht ausgegangen seyn, sondern ihn nur bewirkt haben. Denn wollte man den Weg, auf den er hinführt, verfolgen, so würde man zu dem Resultate gelangen, daß deutsche Recht habe dem Verhältniß, welches, als Recht, dem Besitz, als Factum, entspricht, mit diesem selbst einen Namen gegeben. Dann aber würde man die jur. Gewere zum Eigenthum erheben.

2) Mir scheint es, daß man den Vereinigungspunkt beyder, der dinglichen Klage und des Besitzes, in einer dritten gemeinschaftlichen Quelle zu suchen habe, nämlich in der Idee der Vertretung der Sache vor Gericht. Dieses war, wie wir oben sahen, nicht bloß eine Nebenidee bey dem Begriffe des Besitzes, sondern die Grundlage desselben; ihr verdankte er seinen Namen Gewere. Eben so erschien der zur dinglichen Klage Berechtigte als Vertreter, Sprecher für die Sache; nur er, nicht derjenige, welchem eine persönliche Klage in Bezug auf eine Sache zustand, konnte so angesehen werden, weil dieser nicht der Sache selbst, in welcher Lage sie seyn mochte, sich annehmen durfte, sondern nur für ein Rechtsverhältniß zu einer gewissen Person sprach. Daß das deutsche Recht wirklich für den Besitz und das Verhältniß des zur dinglichen Klage Berechtigten den Vereinigungspunkt in jener Idee fand, geht daraus hervor, daß die Ausdrücke „die Sache vertreten, verantworten“, wie sie die processualische Thätigkeit des Beklagten bezeichnen<sup>62)</sup>, so auch für die des Klägers<sup>62 a)</sup> gebraucht werden. Das Auftreten, als Beklag-

61 e) Vergl. Note 168.

62) Vergl. Note 31.

62 a) Batt. Landr. (Heumann 109): spricht ein herr, das lehen sey im ledig worden, dem sol es fronbot einantworten... wer, das jemannt inner jaresfrist kem zu dem rechten, der es verantworten (vindiciren) wolt, so sol im (dem Herrn) fronbot chunt tun, das er es verantwort (in dem Sinne von Note 31) auf das nechst recht.. kumpt er nicht, so soll man jenem (dem Vasallen) mit gericht sein gut einantworten und soll im

ter, im Proceſſe iſt die eine Form, in welcher ſich der Beſitzer, als Vertreter der Sache, befindet, die zweite beſteht in der deſenſiven Selbſthülfe. Wie die dingliche Klage der erſtern entſpricht, und in der Idee der Vertretung der Sache ſich zu einem Rechte vereinigt, ſo entſpricht der zweiten das Recht der offeniſiven Selbſthülfe, welches mit der jur. Gewere verbunden iſt. Wie nämlich dem Beſitzer die Selbſtvertheidigung zuſteht in den Fällen, wo ſeine Gewere juridiſch nicht, wohl aber faktiſch angegriffen, beſtritten wird, ſo darf der Inhaber der jur. Gewere in denſelben Fällen eigenmächtig ſich der Sache unterwinden. <sup>62 b)</sup>

Aus dieſer Deutung der juridiſchen Gewere ergibt ſich, daß der obige Satz, ſie gelte als Fortſetzung der faktiſchen Gewere, nicht eigentlich ſagen wolle, ſie ſey eine Fiktion des Beſizes, ſondern ſie iſt in Wahrheit eben das, was der Beſitz iſt, nämlich das Recht <sup>62 c)</sup> zur Vertretung der Sache, nur in einer andern Form der Ausübung. Wenn alſo, abgeſehen von dieſer Form-Verſchiedenheit, die jur. Gewere dieſelben Wirkungen zeigt, welche oben dem Beſitze beigelegt ſind (§. 3), ſo iſt das nicht eigentlich Folge davon, daß die erſtere dem letztern gleich ſteht <sup>62 d)</sup>, ſondern davon, daß

---

der richter ſeinen brief an den lehensherrn geben, das er es im leib. kern aber nimant in der jaresfrist, so sol der lehnherr das lehn verantworten (in der Gewere haben) als ander sein eigen. — Ebenſaf. 87: wär auch, das ein frau nach ired mannes tode ir morgengabe (Note 481) nicht verantwort in jar und tag, so sol fürbas ir ansprach kain kraft haben. — Culm. Recht. V, 4: so mogen sich di lute, des das gewant ist, darzu ziehen (Note 168), und es verantworten. — Sächſ. Lehn. 14: mag aber der oberste herr gezogen, das sin man das gut ufgelazen habe, oder ime mit recht verteilt sie, jene, (der Aſtervaſall) muz das gut vertreten und ime volgen an den obersten herrn (um die Belehnung nachſuchen, ſ. v. a. verantworten in der erſtgen. Stelle d. Batr. Landr. a. N.). — Ebenſaf. 15.

62 b) Vergl. Note 141.

62 c) Und zwar die Fortſetzung dieſes Rechtes, ein Wort, welches in ſofern nicht unrichtig iſt, als dadurch ausgedrückt wird, der Inhaber der jur. Gewere habe in eben dem Umfange, d. h. gegen alle diejenigen die dingliche Klage, gegen welche er als Beſitzer und Beklagter die Sache behauptet hätte. Vergl. hierüber §. 13 a. G.

62 d) Ich ſage: nicht eigentlich. Denn das Reſultat, zu welchem dieſe Idee führt, iſt nicht allein ganz das nämliche und muß es ſeyn nach dem bekannten Satze: wenn zwen Dinge

jene Wirkungen eigentlich dem Rechte zur Vertretung der Sache, als einem eigenthümlichen Begriffe des deutschen Rechts, angehören, und folglich beyden Formen dieses Rechts zukommen müssen. Daher paßt der von mir gewählte Ausdruck juristische Gewere nicht auf die Art, wie eigentlich das dadurch bezeichnete Verhältniß dem Besitze an die Seite zu stellen ist; danach müßte man beyde etwa mit den Worten „offensive und defensiva Gewere“ benennen. Jener Ausdruck ist vielmehr der, bey Note 62 d erwähnten Ansicht entlehnt.<sup>62\*)</sup>

Unter den Fällen der juristischen Gewere giebt es nicht blos solche, wo der Inhaber derselben und der Besitzer in einem durchaus feindlichen Verhältnisse zu einander stehen, so daß die Trennung der faktischen von der juristischen Gewere lediglich ein Zustand des Unrechts ist, sondern auch solche, wo jene beyden Personen in einem friedlichen Verhältnisse gegenseitiger Anerkennung stehen. In diesen Fällen könnte man den Grund

einem dritten gleich sind, so sind sie unter einander gleich, sondern die Quellen selbst enthalten Spuren, daß man in diese Idee hinüberschweifte. Sicher rechne ich z. B. den Gebrauch des Wortes „sich der Sache unterwinden“ in der, bey Note 61 e angegebenen Bedeutung, ferner folgende Stelle des vet. aut. de benef. I, 40: *possessio in hoc non esse iudicetur, quidquid violenter possidetur*. Wenn nämlich der seines Gutes Beraubte so gedacht wurde, als setze er den Besitz fort, so mußte der Besitz des Räubers als nicht existirend betrachtet werden. Im Sächs. Lehnr. freilich klingt die Stelle so, daß sie besser auf den eigentlichen Begriff der Gewere paßt. Es heißt nämlich daselbst (Art. 14): *doch en heisset das nich ein recht gewere, das der man mit gewalt besizet, d. h. das Recht zur Vertretung der Sache besteht bey dem, der sich gewaltsam in den Besitz setze, nicht als wirkliches (sondern nur als formelles Recht)*. Daß dem technischen Namen „rechte Gewere“ dieselbe Idee zum Grunde liege, in welcher hier, offenbar nicht in jener technischen Bedeutung, der Ausdruck gebraucht ist, s. §. 13 a. E.

62 \*) Hierdurch soll die andere Ansicht, welche beyde Geweren in dem Begriffe des Vertretungsrechtes sich vereinigend darstellt, nicht in den Hintergrund gestellt werden, da sie den wahren Gesichtspunkt, aus welchem beyde zu betrachten sind, enthält. Da aber die defensiva Gewere als Besitz dargestellt worden ist und die offensive nothwendig als ein, dem Begriffe nach, mit jener identisches Verhältniß aufgefaßt werden muß, so schien nichts anderes übrig zu bleiben, als aus der im Texte angegebenen Ansicht den Namen herzunehmen. Wenn nicht Mißverständnisse zu fürchten gewesen wären, würde ich am liebsten jede Unterscheidung beyder Geweren durch den Namen vermieden haben, wie die Quellen selbst beyde schlechtthin Gewere nennen.

4) Sächs. Lehn. 22: a) ob der herr weigert mit unrechte, daz er ine zum manne empfet, der man sol behalten daz gut, do her ine manschaft (Lehnseid, 67) ume gebothen hat und besiczen daz gut ane dienst und en darf nimmer des gutes mer gesinnen (müthen), dewile erz lebende urkunde hat und erhet daz an sin kint und mac damite belenen sine man... b) wo aber dem manne sin gut mit gewalt genommen wirt, der sol sine clage jarlichs verneuen, durch daz her der gewere darbet <sup>62i</sup>).

5) Magdeb. Schöffenerth. (Böhme diplom. Beitr. VI, 152): un spricht der todin frauen man, .. frogende sint demmole das her allé farende habē der frau... in seine gewere entpfangin hette, ob die vorg. frau ymandt we-dir seynen willen und one seynen willen icht geantwortet hette, ob man seine gewere domete gebrechen mag? Die Schöffē verneinen es <sup>62k</sup>).

### §. 6.

#### Zweiter Fall (s. §. 5. Nro. 3). Juristische Gewere an ererbten Sachen.

Der Satz: der Erbe erwirbt die Gewere an den Erbschaftsachen im Augenblick der Delation, ohne schon selbst im Besitze zu seyn, ist der wahre Sinn der deutschen Parodie: „der Todte erbt den Lebendigen“, welche in der ältern französ-

62i) Zu welchem Zwecke? fragt man. Offenbar, damit der Vasall im zweiten Falle dasselbe Recht sich erhalte, was ihm im ersten, trotz der Rechtsverweigerung des Herrn, bleibt. Dieses aber ist kein anderes, als die (Lehn-) Gewere. Denn die beiden Befugnisse, das Vererben auf die Nachkommen und das Recht der Usterbeleh- nung, setzen diese, als wesentliche Bedingung, voraus (vergl. Sächs. Lehn. II, 55). Diese Gewere bleibt also dem Vasallen auch im zweiten Falle, sofern er nicht länger als Jahr und Tag schweigt. Uebrigens ist diese jährliche Erneuerung der Klage bloß Cautel. Denn der Herr, dessen Besitz sich auf Gewaltthätigkeit gründet, kann nie eine rechte Gewere gegen den Vasallen erwerben und dadurch den Anspruch desselben vernichten (§. 13). Die Augsburger Statuten (Walch IV, 327 folg.) verlangen, noch vorsichtiger, auch in dem ersten Falle, von dem das Sächs. Lehnrecht spricht, die jährlich wiederholte Bitte um Investitur.

62k) Vergl. noch Note 174 und den Text das.

fröhen Sprache noch bezeichnender also lautet: *lo mort sais it lo vif* <sup>63)</sup>. Unter den Germanisten, sowohl den ältern, als den neuern, ist vielleicht keiner, der diesen Satz nicht erwähnt; allein selbst diejenigen <sup>64)</sup>, die ihn wirklich von Uebertragung des Besitzes auf den Erben verstehen, begnügen sich, ihn als eine ganz einzeln dastehende Singularität hinzustellen, ohne ihn an den umfassendern Begriff der juristischen Gewere zu knüpfen, zu dessen Verfolgung doch jener Satz, nach welchem sie selbst einen Besitz anerkennen müssen, der weder ein wirklicher ist, noch aus irgend einem triftigen Grunde auf den Fall der Repräsentation im Besitze beschränkt wird, ihnen eine dringende Veranlassung hätte geben müssen. Andre <sup>65)</sup> dagegen erklären den Satz auf die oben (§. 4, 1) angegebene Weise so, daß sie unter der Gewere, deren Uebergang auf den Erben darin ausgesprochen wird, das Erbrecht verstehen; und folglich der Unterschied zwischen dem deutschen und römischen Rechte in Betreff des Erwerbes der Erbschaft der ist, daß jenes als Regel annimmt, was dieses als specielle Ausnahme bey dem *suus heres* kennt.

Was den Beweis unsers Satzes betrifft (abgesehen von dem, welcher schon in der französischen *Pardmie* liegt), so pflegt man sich allein auf eine Stelle des Sächs. Landr. (III, 83) zu berufen, in welcher es heißt:

was man einem manne gibt, das soll er 3 tage besiczen, was er aber mit klage erfordert, oder uffe in geerbet wirt, das darf er nicht besiczen. (Vergl. Schwab. Landr. 314, §. 6, Weichbild 30).

Da aber das, was im Falle der Vererbung und der gerichtlichen Zuerkennung ohne Ergreifung des Besitzes, im Falle der Veräußerung erst nach dreitägigem Besitze erlangt wird,

63) *Dissaisir* ist das deutsche *entwären*, *saisina* die Gewere, *saisir* s. v. a. in die Gewere setzen. (Schilter *exercit. ad Pand. XV. §. 12.*) *Mittermaier Grundf. des gem. d. Privatr. §. 414. Note 3.*

64) *Heineccius elem. j. germ. lib. II. tit. 10. §. 296. Haubold Churs. Privatr. §. 353.*

65) *Kunde deutsches Privatr. §. 687.* — Dafür scheint auch *Eichhorn* (Einleitung §. 385. Note c) das Wort hier, im Widerspruche mit der Bedeutung, die er ihm andernwärts giebt (vergl. §. 4, 2) zu nehmen. Denn als einzige Folge jenes Ueberganges der Gewere auf Erben, stellt er die Transmission auf seine Successoren auf, alle Rechte, die mit dem Besitze verbunden sind, versagt er dem Erben, so lange er diesen nicht wirklich ergreift.

nicht näher bezeichnet ist, so ist die Stelle, wie sie vorliegt, durchaus kein Beweis, wird es aber, wenn man sie mit dem, was unten (§. 8) von der Entstehung der juristischen Gewere durch gerichtliche Auflassung gesagt werden wird, in Verbindung setzt.

Dagegen findet sich ein unmittelbar klarer Beweis in dem Sächs. Lehn. 6:

der vater erbet uffen son die gewere des gutes mit sament dem gute, darumben darf der son nicht, daz man ime des vaters gut bewise.

Die ersten Worte der Stelle: der vater erbet uffen son die gewere, enthalten an und für sich einen klaren Beweis unsers Satzes, der durch die Folgerung<sup>66)</sup>, mit welcher der Verfasser schließt, noch verstärkt wird. Was aber will die Zerlegung des Rechtes, welches der Vater auf den Sohn vererbt, in zwey Elemente, das Gut und die Gewere des Gutes, sagen? Offenbar dasselbe, was anderwärts<sup>67)</sup> durch die Worte: Gewere und Lehen, d. h. Lehnung (Investitur), oder das Recht, welches aus dieser allein entsteht, ausgedrückt wird<sup>68)</sup>, nämlich Folgendes: während Gewere das bezeichnet, was dem lehnbaren Besitz mit den übrigen Besitzarten gemein ist, soll mit dem Worte Lehen das ausgedrückt werden, wodurch er sich von jenen spezifisch unterscheidet, die causa, die ihn zur Lehns-Gewere<sup>69)</sup> macht. Nicht ohne Interesse war es, auf diese beyden Elemente des Rechtes, welches der Sohn vom Vater erbte, aufmerksam zu machen. Denn auf dem Eintritte des Descendenten in die Gewere des Vaters beruhte sein Successionsrecht<sup>69a)</sup> und darauf, daß die Gewere des Sohnes auch der causa nach dieselbe, wie die des Vaters, war, gründete es sich, daß er an

66) Vergl. Note 61 b.

67) Schwab. Lehn. 100. §. 6: lehen one gewer ist nicht (recht) lehn, gewer one lehn ist nicht recht lehn — 107. §. 8. . . wer sie bayde (lehn und gewer) nicht hat, der hat nicht recht lehn. — Sächs. Lehn. 63: alle gewer one lenunge ist unrecht len.

68) Daher heißt es in d. Görliger Lehnrechte (Zepernick Miscell. 3. Lehn. 1, 6): der vater ervit an den sun bede, nutz (Gewer) unde len.

69) Vergl. §. 14 a. C.

69a) Vergl. §. 25.

dem rechten Lehen des Vaters nicht etwa Burglehnrecht, oder gar Eigenthum ansprechen durfte<sup>69b)</sup>.

Diejenigen, welche in der Lehenfolge des longobardischen Lehenrechts eine *successio ex pacto et providentia majorum* erblicken, könnten geneigt seyn, diese Ansicht auch in das deutsche Lehenrecht hineinzutragen und daraus den obigen Satz zu erklären<sup>69c)</sup>. Allein, wie man jene Ansicht für das longobardische Recht, wenigstens<sup>70)</sup> in Bezug auf die Descendenten, zu läugnen berechtigt ist, eben so wenig findet sie sich in dem deutschen, vielmehr ist die Stellung des Descendenten, der hier der einzige Lehensfolger ist, durchaus dieselbe, wie die des Erben im Allod.<sup>71)</sup>. Daher ist es uns erlaubt, was

69b) Sächs. Lehn. 13: let aber ein herr siczen einen man mit sinem gute jar und tag ane widersprache, diwill her sines gutes sinnen (muthen) sol, mit den geweren en mac her sinen herrn an dem gute nicht vernen. Man vergleiche hiemit die Lehre von den Wirkungen der rechten Gewere (§. 13).

69c) Vergl. z. B. Püg (Lehrbuch des Lehn. §. 101), der den Satz: der Todte erbt den Lebendigen, so wie er ihn versteht, nämlich von der ipso jure erfolgenden Erwerbung des Rechtes (§. Note 65) aus der succ. ex p. et prov. maj. herleitet.

70) Eichhorn, Einleitung §. 351, 226, 239. — Mir scheint es jedoch, daß man auf dem halben Wege stehen bleibt, wenn man sie nicht auch in Betreff der Agnaten bestreitet, womit übrigens nicht angedeutet werden soll, daß letztere, wie die Descendenten in das Recht des letzten Besitzers eintreten. Die Ausführung dieser Ansicht gehört indes nicht hieher.

71) Eichhorn, Einleitung §. 351. Note o. — Dafür, daß nach d. Rechte der Sohn, wie man sich ausdrückt, *beneficio patris succedit*, liefert der in Rede stehende Grundsatz selbst, wenn man ihn in seiner vollen Bedeutung auffaßt, einen klaren Beweis. Er will nämlich nicht bloß sagen, der Sohn erhalte die Lehnsgewere, wie sie der Vater empfing, ipso jure im Augenblick des Todes des letztern, sondern des Vaters eigene Gewere bedarf er, um die „Folge an den andern Herrn“ zu genießen (das Nähere hierüber s. §. 25). Was würde der Erfolg seyn, wenn er sich dieser Abhängigkeit von dem Vater ent schlagen und darauf allein stützen wollte, daß es so anzusehen sey, als sey er bey Constituirung des Lehens, gleichwie durch Prädestination, selbständig für seine Person investirt (in der That ist ja dieses die Idee der Succ. ex p. et prov. maj.)? Er würde nach den Rechtsbüchern bloß Bedingtrecht an dem Lehen haben und daher „der Folge darben“, wie sich ergibt aus d. Sächs. Lehn. 37: ob der herr lihet (d. h. die Investitur ertheilt) kindern ires vaters gut bi ires vaters libe und der vater daz gut allein in sinen geweren hat, biz an sinen tod; nach des vaters tode, so suln sie daz gut.. geren binnen irer jarzale.. mit gezuge.. den gezug mac der herr wol verlegen, da sie der gewere darben, sie en mugen die

die Anhänger jener Ansicht nicht verstanden würden, den Satz, die Gewere des Verstorbenen gehe auf den Erben über, weil er für das Lehenrecht bewiesen ist, auch für das Landrecht als wahr anzusehen.

Diese juristische Gewere des Erben erhielt durch eine merkwürdige Fiktion des deutschen Rechts noch einen erweiterten Wirkungskreis, nämlich durch die Fiktion, daß in gewissen Fällen jemand, der noch am Leben ist, gestorben sey, folglich beerbt werde und somit die Gewere auf seine Erben versende. Diese Fiktion trat in zwey Fällen ein.

1) Derjenige, welcher Immobilien, ohne Einwilligung des nächsten Erben, veräußerte, wurde von dem Augenblick der Veräußerung als todt angesehen, damit der Erbe die juristische Gewere empfangen und dadurch zur Revokationsklage berechtigt werde. Ein ganz unzweideutiger Beweis jener Fiktion des Todes findet sich in dem Sächs. Landr.

1. 52. One der erben laub und ohne gericht mag kein man sein eigen vergeben, vergibt ers wider recht on der erben urlaub, die erben unterwinden sich es mit rechtem urteil, als ob der tod were, der es gab.

Es versteht sich daher von selbst, daß, obgleich der Erbe das Gut ohne Erstattung des Kaufpreises vindicirt, der Veräußerer dagegen Eviction leisten muß<sup>72)</sup>, das Gut doch nicht wieder an den letztern kommt, sondern dem erstern bleibt.

Kaiserrecht II, 103. wo der man verkaufet gut.. und vorhenget es der son nicht, daz gewinnet her wider mit rechte by des vaters lebtagen, und ist denn des sones und nicht des vaters... sint der vater sines rechtes vorzych, do hers verkaufte.

2) Wenn jemanden sein Gut zur Strafe aberkannt („vertheilt“) worden war, so hatte der Erbe das Recht, sich zu dem Gute zu ziehen, gerade so, wie wenn es durch Erb-

---

lenunge gezogen nach gedingesrecht. (Schwäb. Lehn. 12. §. 1). — Daher sagt d. Schwäb. Lehn. 68. §. 2: die kind hilft mit, das sie das gut mit dem vater empfangen, wenne sie der gewere nüt en hettent. dem kinde ist besser, das es die lehen nit mit dem vater entfohet.

72) Schles. Landr. I, 89. 11. verkauft adir versetzt einer gut.. und widerspricht das sin erbe mit rechte, das her dorumb genommen hat, des mus her wedirgebin.

gang auf ihn verfällt worden wäre. Auf diesen Fall werden wir in dem nächstfolgenden Paragraphen zurückkommen.

§. 7.

**Dritter Fall.** Juristische Gewere, die sich auf gerichtliche Zuerkennung der Sache gründet.

Daß der Kläger, dem eine Sache durch den Richter zuerkannt wird, von dem Augenblicke des Urtheils an, die Gewere erhalte, läßt sich im Allgemeinen nicht bezweifeln. Das Sächsische Landr. stellt in einem schon oben (§. 6 a. A.) angeführten Artikel, die Erstretung der Sache mit der Ererbung in Bezug auf den dadurch bewirkten Erwerb der juristischen Gewere in eine Kategorie <sup>72 a)</sup>. Wenn ferner das Sächs. Lehnr. (41) sagt: sweme sin gut mit lenrechte vertheilt wirt, oder erz uflet, der sal der gewere darben, so soll damit eben dasselbe, nur aus einem andern Gesichtspunkte betrachtet, ausgedrückt werden, was der gleich darauf folgende Satz in Betreff der Auflassung allein ausspricht: ob ein man einem andern gut uflet vor sime herrn, zu hant so hat he die gewere an dem gute, die des ersten mannes waz, der ez liz <sup>72 b)</sup>. Auch wird die Immission des Klägers in den Besitz, als ein späterer Akt, von der Ertheilung der Gewere durch das Urtheil selbst, genau unterschieden <sup>73)</sup>. Allein nicht ganz klar ist es, ob in allen Fällen, worin jemanden die Sache zuerkennt wird, er der juristischen Gewere theilhaftig werde. Abgesehen von dem Falle, der eigentlich gar nicht hieher gehört, wo dem Kläger schon vor dem Prozesse eine juristische Gewere zukam und diese durch das Urtheil nur anerkannt wurde, läßt es sich für ausgemacht ansehen, daß bey der „Vertheilung“ zur Strafe (s. weiter unten) und bey Zuerkennung eines richterlichen Pfandrechts (§. 15, 16)

72 a) Sächs. Landr. III, 83: was man einem manne gibt oder einem weibe, das sollen sie 3 tage besiczen, was sie aber mit klage erfordern, oder uffe sie geerbet wirt, das dürfen sie nicht besiczen.

72 b) Schwäb. Lehnr. 72. §. 3, 75. — Vergl. §. 8.

73) Orlamünd. Stat. 7. (Waltz II, 72): wenn eyn burger dem andern obirslagit hufs und hoff, da sol der richter die gewere und unser stadtknecht die hülfe tun.

die Gewere sofort <sup>73 a)</sup> auf den Kläger übergang. Zweifelhaft aber ist es, ob, wenn die Sache auf Grund eines Geschäfts, was dem Kläger nicht die juristische Gewere gegeben hatte, also namentlich mit einer persönlichen Contraktsklage, in Anspruch genommen wurde, das Urtheil die obige Wirkung hatte, oder erst die Tradition, die gerichtliche Auflassung, zu welcher der Beklagte condemnirt wurde, oder, falls er sie hartnäckig verweigerte, die vom Richter vollzogene Einweisung. Eine bestimmte Entscheidung wage ich nicht zu geben, sondern beschränke mich darauf, über die beyden einzigen, von mir aufgefundenen, Stellen Rechenschaft zu geben, die einigermassen dazu benützt werden könnten. Der Inhalt der einen, die sich in den Hamburg. Stat. <sup>74)</sup> findet, ist dieser: wenn ein Gläubiger, dem ein Grundstück verpfändet ist (ohne Uebertragung des Besizes) bey der Distraction kein annehmlisches Gebot erhalten konnte, so durfte er auf eine *impetratio dominii* antragen. Zu dem Ende ward der Eigenthümer zu einer neuen Auflassung von dem Richter angehalten. Der Anspruch des Gläubigers gehört allerdings in die Kategorie der in Rede stehenden Fälle, da er zwar die jur. Gewere zu Pfandrechte schon vorher hatte, nicht aber die zu Eigenthum, auf die sein Antrag geht, und wenn die, in der Stelle erwähnte, gerichtliche Auflassung des Schuldners als ein wirklich wesentliches Requisit anzusehen ist, so spricht sie dafür, daß die Auflassung nicht durch ein Dekret des Richters ersetzt werden konnte. — Die zweite Stelle, welche sich in den Goslar. Stat. findet und weiter unten <sup>74 a)</sup> erklärt werden wird, spricht dagegen dafür, daß, wo es auf eine simple Tradition angekommen wäre, diese durch das Urtheil ersetzt wurde.

73 a) Bey dem richterlichen Pfandrechte an Immobilien hat dieses Bedeutung, da der Schuldner hinterdrein noch im Besitze bleibt, nicht aber bey dem an fahrender Habe, weil hier der Gläubiger sofort in den Besiz des Pfandes gesetzt wird, und in dem bloß zufälligen Zwischenraum zwischen der Zuerkennung und der Auspändung selbst, ein Recht des Gläubigers auf eine bestimmte Sache nicht Statt finden konnte.

74) Hamburgische (nicht-Nigische, s. Deltrichs, dat Nigische Recht, Borr. Note b) Stat. 12 (Pufendorf III. app. p. 229): .. unde mach eyn erve nicht gellen also, also id tho pande steyt, de voegth unde de rath sallen den man und syne erven, des dath erve was, dartho dwingen myt rechte, dat he id deme audern uplate vor syne penninghe vor dem ganzen rade.

74 a) Vergl. Note 144.

Ein besonderes Interesse gewährt eine Gattung von Urtheilen, wodurch jemanden eine Sache aberkannt wird, nämlich die Vertheilung von Immobilien, so fern sie in contumaciam geschieht, das Wort Vertheilung in dem Sinne genommen, in dem es die Quellen selbst gebrauchen, nämlich als Aberkennung des ganzen Rechts, welches der Beklagte bisher an der Sache hatte, oder zu haben behauptete. Der Verf. glaubt, daß eine möglichst ausführliche Darstellung des Verfahrens, welches bey dieser Vertheilung beobachtet wurde, und der Rechtsverhältnisse, die sich daraus entwickelten, hier am Orte seyn wird <sup>74 b</sup>).

Der augenfällige Unterschied zwischen der Vertheilung, die gegen einen im Gericht anwesenden und sich vertheidigenden Beklagten, und derjenigen, die gegen einen abwesenden, ungehorsamen, verhängt wurde, bestand darin, daß dort das Urtheil sofort definitiv war <sup>74 c</sup>), hier dagegen die Bedeutung eines Interimisticum hatte <sup>74 d</sup>) und erst nach Verlauf einer bestimmten Zeit (Jahr und Tag) ein zweites definitives erfolgte <sup>74 e</sup>). Bey der Vertheilung in contumaciam selbst zeigt sich wiederum ein merkwürdiger Gegensatz in Betreff der

74 b) Ob ein gleiches oder ähnliches Verfahren mit gleichen Wirkungen bey der Vertheilung von fahrender Habe eintrat, wird am Schlusse dieses §. erörtert werden.

74 c) Schwab. Lehnr. 85: weme sin gut verteylet wirt, das er es hört und zugagen ist, und mag er mit recht dawider nicht sprechen, der hat das gut jemer verloren. — Sächf. Lehnr. 47: sweme man sin gut in antworte vertailt ane rechte widersprache, der mac es nicht mer uzzihen (s. weiter u.)

74 d) Braunsch. Stat. 17 (Leibnitz script. rer. Brunsvic. III, 435): swelk man dem andern schuldich ist, her sal in vorebeden, kumpt he nicht vor... men schal dat cruce up de were (Haut) stecken (Bezeichnung der ersten Vertheilungssentenz), wante (bls) he vorekome.

74 e) Richtigsteig d. Lehnr. 10: also mynem herrn (der auf Vertheilung des Lehens in contumaciam geklagt hatte) tho leenrechte vonden ist, also verdeile ick N. alsodan gudt, also he von mynem herrn hadde. So vrage der herre, wat he mit dem gude don schole? so vint me, he schole idt holden jar unde dach ane nutt unde gelt... So vrage der herre, effte de man des gudes, dat eme so verdeylet si, nicht tho eme lheet bynnen jare unde dage, wat dar denne leenrecht umme sy? so vint me, de herr mot idt denne wol ruren in sine nutt unde de man heft dar nene ansprake mer an.

äußern Schicksale, welche die Sache während jenes Zeitraumes von Jahr und Tag betrafen.

1) Die eine Behandlungsweise, die man wohl als die regelmäßige betrachten kann, ging dahin; daß der Kläger sofort, vermöge des ersten Urtheils, in den Besitz des Gutes gesetzt wurde <sup>74 f)</sup>, der Beklagte dagegen während der Zeit von Jahr und Tag die juristische Gewere behielt <sup>74 e)</sup>. Auch hatte der eingewiesene Gegner die faktische Gewere nur zum Zweck der custodia, nicht des Fruchtgenusses <sup>75)</sup>.

2) Die zweite Behandlungsweise, welche man als die anomale betrachten kann, ließ, der ersten gerade entgegengesetzt, den Beklagten in dem Besitze des Gutes und übertrug auf den Kläger nur die juristische Gewere, welche aus jedem Vertheilungsurtheile entsprang <sup>76)</sup>. — Um das Gebiet beyder Behandlungsweisen seinen Grenzen nach (die freilich nicht in allen Rechten genau dieselben waren) zu bestimmen, müssen die Fälle, in welchen ein Rechtsstreit die Vertheilung zur Folge haben kann, aufgezählt werden. Sie lassen sich unter zwey Gattungen zusammenstellen.

Erste Gattung. Auf Vertheilung des Gutes ist der Antrag des Klägers von Anfang an direkt gerichtet, wie es namentlich bey allen dinglichen (aus einer juristischen Gewere) entspringenden Klagen und bey der Klage auf Privation eines verwickten Lehens oder ähnlichen Gutes der Fall ist <sup>76 a)</sup>. Wie

74 f) Sächs. Lehn. 45: ob der herr sine manne gut vertheylet durch eines andern mannes klage; den cleger soll der herr wisen in die gewere des gutes. — Sächs. Landr. I, 70: hat ein man geklaget auf ein gut zu drien tagedingen, man sol in darin wisen und sol es in geweldigen. — Vergl. Note 74 e.

74 g) Sächs. Lehn. 46: binnen der jarzale, daz der man sin gut uzzihen sol (binnen der Zeit zwischen der ersten und zweiten Vertheilungsentenz), stirbt her, her erbet es uf sinen son und volget an einen andern herrn. Beydes ist, ohne daß er die Gewere hat, nicht möglich. Vergl. Sächs. Lehn. 11: welch gut ein man nicht in sinen geweren nicht en hat, deme en mac her nicht volgen an einen andern herrn, noch erben an sinen son. Vergl. §. 25.

75) Vergl. Note 74 e. — vet. aut. de benef. II, 29: dominus retineat bona per sex hebdomadas et annum absque redditibus.

76) Der Beweis und die nähere Entwickelung dieser Art des Verfahrens wird sich aus dem Folgenden ergeben.

76 a) Wenn auch die persönliche Klage aus einem Vertrage (s. d. Text zu Note 74, 74 a) nicht auf Vertheilung, sondern auf Voll-

natürlich erfolgte in diesen Fällen die Vertheilung sowohl gegen den gegenwärtigen, als gegen den abwesenden und ungehorsamen Beklagten, und hier trat die erstgedachte regelmäßige Procedur ein <sup>76 b</sup>).

**Zweite Gattung.** Die Klage war nicht auf ein individuell bestimmtes Objekt, sondern auf eine Summe gerichtet. War hier der Beklagte gegenwärtig, so konnte die Condemnation niemals auf eine Vertheilung gehen. Dagegen, war der Beklagte contumax, so konnte das deutsche Recht auch in diesen Fällen eine Vertheilung, lediglich als Strafe des Ungehorsams <sup>76 c</sup>). Sie geschah theils in der regelmäßigen, theils in der anomalen Form, je nach Verschiedenheit <sup>77</sup>). der Fälle, die in diese Gattung von Klagen gehören.

1) Die Klage entspringt aus einem Friedebbruch (Ungericht zu Hals und Hand, vergl. Note 46). Alsdann <sup>78</sup>) traf den

ziehung der gerichtlichen Auflassung von Seiten des Beklagten, gerichtet war, so traten doch, im Falle, bey hartnädiger Weigerung des letztern, der Richter den Kläger immittirte, höchst wahrscheinlich dieselben Verhältnisse ein, wie bey der ersten Vertheilung.

76 b) Sächs. Lehn. 45 (Note 74 f): ... den cleger sal der herr wisen an die gewere des gutes, die sal her halten 6 wochen (und ein Jahr?) ane nucz und ane geld (vergl. Note 75), doch hat jener sine jarzale uzzuzihende sin gut. — Sächs. Landr. I, 70 (Note 74 f): ... man sol es im (dem Kläger) geweldigen, die einweisung mag aber der man entreden bey jarzal. — Vergl. Note 74 e. — Daß übrigens bey Zuerkennung eines beschränktern Rechts an der Sache, welches das des Beklagten nicht gänzlich aufhob, also keine Vertheilung im technischen Sinne zur Folge hatte, dasselbe galt, läßt sich kaum bezweifeln, wenn gleich kein ausdrückliches Zeugniß dafür aufgefunden werden konnte.

76 c) Zu bemerken ist, daß die Vertheilung den Beklagten traf, nicht bloß, wenn er im Erscheinen vor Gericht ungehorsam war, sondern auch, wenn er dem condemnatorischen Urtheile nicht Folge leistete. Dennoch verwandelte sich im letztern Falle der Gesichtspunkt einer Strafe des Ungehorsams nicht in den eines gewöhnlichen Exekutionsmittels, weil der Beklagte durch die (definitive) Vertheilung die Sache einbüßt, ohne Rücksicht darauf, ob sie von größerm Werthe ist, als das, wozu er verurtheilt wurde. Vergl. die Stellen bey Note 84.

77) Freylich auch zum Theil nach Verschiedenheit der Rechte.

78) Sächs. Landr. I. 67. umb anders kein klage sol man den man echtigen, on umb die, die an den leib oder an die hant geht. Schles. Landr. III, 18. 5. Richtsteig d. Landr. 29.

ungehorsamen Beklagten die Verfestung oder die Acht <sup>79)</sup>. Mit dieser aber war immer verbunden die Vertheilung der gesammten Immobilien (Eigen und Lehen) des Beklagten, das heißt wohl des ganzen Vermögens, und zwar trat auch hier nach den meisten Rechten (s. jedoch Note 81) die regelmäßige Proce-  
dur der Vertheilung ein, indem der Beklagte des Besizes entsetzt wurde. Diese Verbindung der interimistischen Vertheilung mit der ersten, nach dreimaliger Vorladung erklärten, Verfestung (Note 79) ist allerdings nicht ganz außer Zweifel (wohl aber die Verbindung der definitiven Vertheilung mit der zweiten, nach Jahr und Tag erfolgenden Acht <sup>80)</sup>, dennoch ist es wahrscheinlich, daß in der Regel <sup>81)</sup> der Richter des Eigens oder der Lehnherr des Lehens sich unterwand und es den Erben des Beklagten nur überließ gegen die Versicherung, daß sie dem Verfesteten nichts zukommen lassen wollten.

79) Beyde Worte werden häufig gleichbedeutend gebraucht, und daß nach dem Sprachgebrauche des Sächs. Landr. Acht nur die Reichsacht, d. h. die vom höchsten Richter und im ganzen Reiche wirksame, bedeute (wie Eichhorn meint, St. u. R. G. S. S. 384 Note n), scheint nicht begründet. Sächs. Landr. 1. 68: umb welche schult der man vorvest wirt, wirt er in der acht gefangen ... Ebendas. III, 24: man mag niemand mit einer acht überwinden in einem andern gerichte.. wer in dem nidern gericht geechtet ist, der ist im höchsten nicht geechtet. Das Schles. Landr. unterscheidet jedoch beyde Worte genau, und zwar, wie ich glaube, so, daß Acht die, auf die erste Verfestung (ähnlich der ersten interimistischen Vertheilung) nach Jahr und Tag folgende, zweite (ähnlich der definitiven Vertheilung) bedeutet. Schles. Landr. III, 18. 1: die vorfestunghe ist, wenn ymant einen ladet mit clage und kompt denne yener nicht vor, so teile man in gewonnen und so ist her in der clage auch vorvestet. So heist is; und ist eine ochte, wenne die vorfestunghe geschen ist und drei d hingtag (woher dieses wahrscheinlich so viel als Jahr und Tag bedeutet, s. Note 254) vorgangin, so sal der richter vragin, wie her den vredebrechir us der vorfestunghe in die ochte brengen sal? —

80) Sächs. Landr. 1. 38. die auch jar und tag in des reichs acht sein, die teilet man alle rechtlos und verteilt inen eigen und lehen. das lehen verteilt man dem herrn ledig und das eigen der königlichen gewalt.

81) Abweichend sind allerdings die Goslar. Statuten, welche die anormale Procebur eintreten lassen (Leibnitz script. r. Brunsv. III, 511. §. 31): eyn vorvestet man dorf nene not liden, sunder in deme gerichte dar he in vorvestet is (vergl. Sächs. Landr. III, 24 in Note 79); in welkeme huse eyn man wonet, de vorvestet is, is dat syn eghen, dar mach he inne bliven, ist ock syn medinghe, dar blift he inne syne tydt syner medinghe.

**Augsb. Stat. 96. (Bald IV. C. 119.)** ist das ein man dem andern todschläht... ist dafs der man entrinet, so soll sich der vogt underwinden sinnes gutes, und will es dem sin fründ usnemen, der ein gewis man is, dem soll es der vogt usgeben.

**Stat. civ. Salzwedel (Pufendorf III. app. p. 403)** item si aliquis homicida pro homicidio profugus factus fuerit, contra ipsum ad tertium iudicium procedetur et in tercio placito proscribi debet. nec aliquis debet mulierem vel pueros vel justos heredes viri profugi in bonis, que reliquit profugus, impedire. Sed iudex de hac certitudinem recipiet, quod mulier et pueri de bonis profugo nihil mittant, nec quidquam de bonis illis etiam alienent, verum si profugus terram recuperare (ausziehen) voluerit, nec pueri, nec heredes ipsum in bonis suis poterunt impedire.

2) Im Lehngerichte hatte, wie es scheint, der Ungehorsam des Vasallen stets die Vertheilung des Lehens zur Folge. Daß dieses bey allen Klagen der Vasallen gegen einander, und bey der Klage des Lehnherrn, welche direkt die Privation zum Zweck hatte, der Fall war, ist klar; beyde aber gehörten nicht in die Gattung der Klagen, von denen hier die Rede ist (vergl. d. Text zu Note 76a). Aber auch bey der Klage des Lehnherrn, welche direkt nur auf eine Geldstrafe gerichtet war, scheint Vertheilung des Lehns sofort zu erfolgen, ohne Rücksicht, ob die, auf dem Lehen befindliche, fahrende Habe zur Befriedigung des Klägers hinreichte, oder nicht<sup>82)</sup>. Das Sächs. Lehnrecht beschreibt in einem Artikel (69) weitläufig die Procedur, welche bey „jeclicher Schuldigung“ des Lehnherrn gegen den Vasallen eintrat, und erwähnt dabey nur der Vertheilung. Zur Bestätigung dient auch folgende Stelle des Richtsteigs d. Lehnrecht. (12):

so schuldiget juw myn herr, dat juw versmahet, dat gy en „herr“ heten, edder dat gy en darmede erden, dat gy jegen en upstunden, dar he ghande queme... so vintme: he (der Beklagte) scholde wedden. Bittet der Vasall, bevor dieses Urtheil erging, daß er sich entfernen dürfe, um in einem „gespreke“ mit seinen Genossen sich zu berathen und spricht he tho

<sup>82)</sup> Hierauf wurde, in der Regel, bey Klagen auf Geldstrafen im Landgerichte Rücksicht genommen. S. weiter unten.

lange, so essche de herr en dries wedder in, kumpt he nicht, so verdoilet man eme tho dem lesten syn gut.

Uebrigens trat auch hier die regelmässige Procedur ein<sup>83)</sup>.

3) Bey denjenigen Strafflagen im Landrechte, welche nicht einen Friedebruch zum Gegenstande haben, unter andern auch bey dem Anspruche des Richters auf das Gewette, ferner bey Klagen aus Verträgen auf eine Summe, kommen zwey Arten des Verfahrens gegen den ungehorsamen Beklagten, nämlich theils die Pfändung, theils die Vertheilung eines einzelnen unbeweglichen Gutes, und zwar in der anomalen Form, welche oben bereits angekündigt worden ist, vor. Die letztere scheint im Allgemeinen den ältern Quellen, sey es der Zeit oder dem Geiste nach, eigenthümlich zu seyn, kommt aber schon in diesen mit der erstern zusammen vor, während diese von den neuern Quellen nur noch allein gekannt wird. An dieser Stelle interessiren uns vornehmlich nur die ältern Quellen, die neuern nur etwa des Gegensatzes wegen; und zwar kommen bey jenen zwey Punkte in Betracht: erstlich die eigenthümliche anomale Form der Vertheilung, und zweitens das Verhältniß der beyden Arten des Verfahrens gegen den Ungehorsamen, der Pfändung und der Vertheilung, zu einander.

1) Die Form der letztern war diese. Nach dreimaliger verblicher Ladung wurde das Haus des Beklagten von Seiten des Gerichtes mit einem Kreuze bezeichnet (Bekreuzigen, Frohnen) und der Beklagte selbst, als ungehorsamer (overhorig) an öffentlicher Stätte ausgerufen (in die Overhore gekündigt<sup>84)</sup>).

Goßlar. Stat. (Leibnitz III. p. 507, 1 et 2) we voreboden wert von deme schultete., ne deyt he es nicht, he mot darinne wedden unde dene mach men en overhore bringhen. We eynen in overhore bringhen wel, de schall dem voget bidden, dat he

83) Vergl. Note 74 e. — Sächs. Lehntr. 69 a. E.

84) Dasselbe bezeichnet das Magdeburg. Recht mit den Worten: en zu mitebanne thun. S. Schotts Samml. 1. S. 69. Art. 65. .. und hat her (der Beklagte) des gewettes noch der schult nicht, her vronet sine gewere, en hat her der gewere nicht, her tut in zu mitebanne, so muz man en wol ufhalten. Damit vergl. Goßl. Stat.: wel man enen in overhore bringen, der in dem gerichte nicht wonet, men schal en mit wetschap in overhore kündigen, so mach man en upholden. Culm. R. III, 71 und Schöffenueth. hinter dem Sächs. Landr. I, 6, 9.

syn bodel bete, dat he deme dat cruze up dat hus steke, dar he pleget to wonende... unde schall one under der loven, also men de kloken lüt in overhore kündigen laten.

Sächs. Landr. II, 41. wo der richter sein gewette nicht auspenden kann (s. unter 2) auf eines mannes eigen, das sol der fronbot zeichnen mit einem creutze mit der schöffen urteil.

Schwäb. Landr. 131. auf welchem gut der richter sein gewett nit vindet, das es so kleyn ist, so sol der fronbott eyn kreuz auf das tor oder auf das haufs stecken und sol es damit fronen<sup>85)</sup>.

Daß diese Bekreuzigung im Wesentlichen nichts, als die erste interimistische Vertheilung, sey, also namentlich das Recht des Beklagten, sein Gut binnen Jahr und Tag auszuführen<sup>86)</sup>, zur Seite hatte und nach Verlauf dieser Zeit zum völligen Verluste desselben führte, ergiebt sich deutlich aus den Worten des Sächs. Landr., welches in der angef. Stelle so fortfährt:

zeucht es jenner denn nicht aus, des es ist, in jar und tag, man vertheilet im sein recht daran<sup>87)</sup>.

Das, was als abweichend von der regelmäßigen Procedur bey der Vertheilung sogleich in die Augen fällt, ist, daß der Beklagte im Besitze der Sache bleibt. Daß dieses wirklich der Fall sey, ergiebt sich daraus, daß der Beklagte in eine Strafe verfiel, so oft er seine befronte Gewere verließ<sup>88)</sup>. Daher die Redensart „under dem crüze sitten“ (Braunsch. Stat. am a. D., Note 78) und die Phrasen in den Goslar. Stat.: „up

85) Vergl. Weichbild 54, Hildesh. Stat. (Pufendorf obs. IV. app. p. 292), Braunsch. Stat. (Leibnitz script. r. Brunsv. III, 435, 17), charta Ernesti ducis urbi Hamelensi data (Pufendorf II, app. p. 272).

86) Vergl. u. d. Wirkungen des ersten Urtheiles, Nr. 4.

87) Daher auch die durchgehende Analogie zwischen der Bekreuzigung, Overhore und Verfestung, die sich aus der Vergleichung der beyden Abschnitte der Gosl. Stat.: von overhore und von vestinge (Leibnitz p. 507 sq.) ergiebt.

88) Weichbild 54. So einem man seine gewehr befront wirt, als oft er aus und eingeht, als oft mus er dem richter wetten. Wenigstens kam es nur auf den Beklagten an, ob er in oder außer dem Hause verweilen wollte. Hildesh. Stat. (s. Note 78): ... he schall eme dat hus crüzigen, so mach der 18 weken (N. 356) wesen ut edder inne, also dicke also he us edder inne gheit, brikt he 60 pf. Augsb. Stat. (Walch IV. S. 51).

eyn hus gan jar unde dach in overhore vor schult" (Leibnitz a. a. D. und p. 520, 127, 129 sq.)

2) Das Verhältniß, in welchem die Pfändung und die Befreiung zu einander stehen, ist in den verschiedenen Quellen, die beyde kennen, nicht ein und dasselbe, namentlich kommt es in folgenden zwey Modifikationen vor:

a) Die Pfändung ist beschränkt auf die fahrende Habe des Schuldners und zu ihr schreitet man zuerst, in Ermangelung derselben greift man die Immobilien auf dem Wege der Befreiung an. So erscheint das Verhältniß in den Hildesh. Stat. a. a. D.:

hevet use borghere eu were de vervolghet is, de voget scal mit dein sakewolden ghan und antworten eme ein pant ut der were, dat also gut si dar he mede beret si, en vint he nicht also vele pandes he scal eme dat hus crucighen.

So im Sächs. Landr. a. a. D.: wo der richter sein gewette nicht auspfenden mag auff eines mannes eigen, das also wenig gilt<sup>89)</sup>, das sol der fronbot zeichen mit einem creuze. So auch im Schwab. Landr. a. a. D. Vergl. noch Sächs. Lehnr. 69. u. Nichtfreig d. Lehnr. 9 a. E.<sup>90)</sup>

b) Dagegen ist es merkwürdig, daß nach den Goslar. Stat. beyde Verfahren nicht in successivem Verhältniß, sondern neben einander stehen, so, daß nur in gewissen Schuldsachen der Beklagte Pfändung erduldet, in den übrigen das Vorrecht<sup>91)</sup> genöß, davor inne zu sitzen, selbst wenn er fahrende Habe genug besaß, durch deren Distraction der Schuldner befriedigt werden konnte.

Gosl. Stat. (Leibnitz p. 520, 129) ne mach men eynen vor gerichte nicht bringen umme sodane sa-

89) Der Verfasser hat, wie es scheint, den Fall im Auge, wo das Eigen gegen einen Zins ausgezahlt war und der Zinsmann für seinen „Herrn“ ausgepfändet werden durfte. Sächs. Landr. 1. 54: kein zinsman sol sich vor seinen herrn höher verpfenden und über seinen zins, den er jerlich gibt. In andern Stellen wird die Pfändung allein genannt, als Beweis, daß sie das Erste war, wozu man schritt (Sächs. Landr. 1. 53, 70).

90) So wie das neuere Recht des Mittelalters die Vertheilung gänzlich verbannte, das ältere Recht ihr nur eine subsidiäre Stellung zu der letztern einräumte, so scheint das noch ältere Recht der Capitularien sie als das einzige Verfahren gegen den auf die dritte Ladung nicht erscheinenden Beklagten angesehen zu haben, Cap. 4. an. 803. c. 33 (Georgisch. p. 671) Cap. 1. an. 819. c. 11. (ebendaf. p. 841).

cke, dar he nicht vor inne sitten ne mach, also men in düssen bocke bescreven vint, deme schall de voget dat kündigen to hulse und to hove, dat he vor gericht kome to antworde umme de sache; wan he dar nicht vor inne sitten moge, weygerde he des, so schal men ome von der were des sinés also vele nemen, dat men de klage mede inlege.

Zu den Sachen, davor man nicht inne sitten moge, gehörte z. B. das Depositum, das heißt nicht die Klage auf Rückgabe der anvertrauten Sache selbst (sie gehörte nicht zu den Klagen, die direkt auf eine Summe gerichtet waren)<sup>91)</sup>, sondern die Klage auf Ersatz der verlorenen Sache.

Ebdaf. 127. wert eyneme wat gedan in sine were to beholden to truver hant, unt vernet he dat deme, de dat ome gedan hevet, dar ne mach he nicht vor inne sitten.. de voget unde de rad scholen dem clegeren helfen, dat ome sin schade irlegget werde .., ne hevet he up siner were so vele nicht egones, dat men darup panden moge, de rad unde de voget scholen one von der were deme klegere vor de schult antworten.

Ferner gehörte dahin die Klage auf Bezahlung des Kaufgeldes

Ebdaf. 128. wat eyn kofft umme rede gelt, dar ne mach he nicht vor inne sitten.. wel he sek des untschuldigen mit rechte dat mach he don men ne

91) Daß die genannten Statuten die Pfändung als Ausnahme, die Bekreuzigung als Regel betrachten, ergibt sich daraus, daß nur die Fälle, wo die erstere eintrat, aufgezählt werden. Eben so zeigt die ganze Fassung der Artikel, die von diesen Fällen sprechen, daß man das Innesitten als einen Vortheil, dagegen die Pfändung als eine härtere Behandlung des Schuldners betrachtete. Dieses erklärt sich daraus, daß nach der eigenthümlichen Ansicht der Gösl. Stat. durch die Bekreuzigung sogar der Angriff auf die hinlänglich vorhandene fahrende Habe aufgeschoben wurde, während umgekehrt in den Fällen der Pfändung bey nicht hinlänglicher fahrender Habe die Statuten die Crefution in die Immobilien sogar ganz zu überspringen und sofort das Angreifen der Person zu gestatten scheinen (s. die folg. Stellen im Texte).

92) Aus demselben Grunde gehörte zu den Fällen, wofür man nicht inne sitten darf, die Klage auf Rückgabe eines Pfandes. Gösl. Stat. 515, 53: is eyneme eyn pant gesat, unde ne well he des nicht to losene geven, dar ne mach he nicht vor inne sitten. lost men von eyneme eyn pant unde ne wel he des nicht weder geven, dar ne mach he nicht vor inne sitten.

moghes on overtügen dat he rede gelt gelovet hebbe<sup>93)</sup>.

Aus dem Obigen ergibt sich, daß in den Fällen, wo nicht direkt auf eine Species geklagt war, die Vertheilung des Gutes, der eine Bestandtheil des Verfahrens, derjenige nämlich, der sich auf die Sache bezog, stets mit einem zweiten, der die Person afficirte, nämlich der Verfestung oder der Kündigung in die Overhore verbunden war; während in den Fällen, wo die Klage direkt auf Vertheilung ging, das Verfahren auf diese allein gerichtet war. Wenn wir uns nun zur Darstellung der Wirkungen des ersten, interimistischen Urtheils, oder des Rechtsverhältnisses der beyden Parthenen während der Zeit von Jahr und Tag, die zwischen der ersten und der zweiten, definitiven Sentenz liegt, wenden, so wird bey jeder einzelnen zu bestimmen seyn, an welches von beyden Momenten sie geknüpft ist.

1) Die erste, unstreitig aus der Vertheilung fließende Wirkung bestand in der Sicherstellung der Interessenten vor nachtheiligen Verfügungen des Gegners über die Sache. Gesichert wurde der Kläger vor Veräußerungen des Beklagten auf rein juristische Weise in den Fällen der anomalen Proceedur, durch die juristische Gewere, die er durch das Urtheil erhielt, und die ihm eine dingliche Klage verschaffte; gesichert zugleich auf factischem Wege in den Fällen des regelmäßigen Verfahrens durch den factischen Besitz und die custodia, die er ihm verschaffte. Eben so umgekehrt wurde der Beklagte, dort durch Weibehaltung der Detention, hier durch die juristische Gewere, die ihm blieb, vor Dispositionen des Gegners sicher gestellt.

---

<sup>93)</sup> Vergl. noch p. 517, 91: is eyn man schuldig, dar he sinen breff up giffit eder dat de vogede besegetet, dat he der schult bekannt hebbe, wert he daromme schuldiget, vor de schult mach he nicht inne sitten unde de voget mach one darvore panden. ne vindt he aver uppe dem sinen nicht to pandene, so mach he one sulven deme klegere antworten vore de schult p. 495, 21. wat en vorkoftt eder vorsat, wert dat anefanget (§. 10) de dat hefft vorkoftt eder vorsat, eder darvore gelovet to werende, de mogen darvore (bey der Klage auf Eviktionsleistung) nicht inne sitten. p. 505, 136. wur eyne süne gedan wert, dar men geld vore lovet, ne wert dat nicht beret to der tyd, dar ne mach der sakewolde noch de borghe nicht vore inne sitten, wente de veyde darmede anderwarve irhaven möchte, werden. p. 514, 36. weme (welchem Gaste) wat besat (mit Arrest belegt) wert, des hefft he dach 14 nacht unde ne mach darvor nicht inne sitten.

2) Das wichtigste Recht, welches auf den Kläger überging, bestand in der Befugniß, den ungehorsamen Beklagten „aufzuhalten“ (zu arretiren und vor Gericht zu bringen).

Goßlar. Stat. (Leibnitz 507. 2). we eynen in overhore bringen wel, de schal deme voget bidden, dat he (der Fronbote) dat cruze up dat hus steke .. unde schall one .. in overhore kündigen laten, so mach he one upholden. 5. . so scholde men one in overhore kündigen, so mach men one upholden. Nicht freig d. Landr. 50. so frage, naden dat eine dri werff zo antworten geboden si, wat da nu rechtes umb si? abe du in wa ankumpst, abe du in icht ufhalten muchtest? so vint men, du muchtest.

Goßl. Stat. 511. 3. . . so vinde men, dat men den vredebrekere vorvesten schall.. so bidde men den richter, dat de klegere unde sin vrünt den vorvesteden man moten upholden, dat schall he orlöven.

Dieses Aufhalten konnte nicht bloß mit Hilfe der Obrigkeit, sondern auch eigenmächtig geschehen, innerhalb der Gewere eines Andern aber regelmäßig<sup>94)</sup> nur auf die erste Weise.

Goßl. Stat. 508. 17. eyn man mach synen overhorigen wol upholden, all ne sy de voget eder syn gesinde nicht by ome. Vergl. Braunschw. Stat. (Leibnitz p. 435. 13).

Goßl. Stat. (511. 28) we eynen vorvesteden man anverdiget (aufhält, s. unten), de ne deyt nenen brocke jeghen dat gerichte, sunder dar men husvred holden schall, wo das Schlef. Landr. III, 19, 6 hinzusetzt: do mag man en nicht anegevertigin a ne gerichte. Ebendas. 28: wert eyne to wetene, wur sin vorvestede man is, de schall mit gerichte dene eschen von der were, des schall de, des de were is,

94) Ausnahmen finden sich in folgenden Stellen. Goßl. St. 506, 161. in den veylen stoven, mach man wol upholden vorvestede lüde unde overhorige lüde. 162. in berhusen, dar mach men vorvestede lüde unde overhorige lüde woll upholden, bynnen den ver wenden unde vor deme tappen, licker wis also in der gemeinen straten. Vergl. Schlef. Landr. III, 18, 19. Dagegen heißt es: Goßl. Stat. 508, 23: wur dantz is, dar ne mach men bynnen deme hus nenen vorvesteden man upholden men ne vare darby als recht is. Vergl. Schlef. Landr. a. a. D. 15. wor tanz is.. do en sal man keinen vorvesteden man ufholdin ane gerichte, also das man in nit orteiln doraus bringe.

sek untschuldigen. — Kaiserrecht I, 30: ... wome der kayser (Richter) ruft und en antwortet nicht, den ne mag men vorbaz angriffen on gerichtse, wo man en syt.

Während dieses Aufhalten sonst, wie jede Anvertigung<sup>95)</sup>, als Frevel, oder Friedebbruch<sup>96)</sup> angesehen wurde, durfte umgekehrt in unserm Falle der Beklagte, der sich dem Angriffe widersetzte, als Friedebbrecher verfolgt werden.

Goslar. Stat. 509, 32: wel eyn synen overhorigen man upholden unde weret sek des de overhorige man, so rope he dat gerochte und were sek der vredebrake unde holde one nochten up, off he moghe und kumpt he ome woll weg, so ne scholde der overhorige man nenen vreden haben in huse, in hoven, in kerken, eder in kerkhoven (Note 97). — Hildesheim. Stat. (Pufendorf IV. app. p. 293) 55: is ock ein man vervolghet (gehörig vorgeladen) ... he (der Kläger) scal ene upholden, wel he eme mit wolt uthan, bescriet het, he mach en wol vervesten.

An einem<sup>97)</sup> Orte jedoch war der Beklagte vor dem Angriffe des Klägers völlig sicher, nämlich in seiner eigenen Ge-

95) Der Begriff der Anvertigung ergibt sich sehr klar aus Schles. Landr. III, 16, und daß das Aufhalten unter diesen Begriff gehörte, zeigt ebenfalls d. Schles. Landr. a. a. D. 6: wer einen vervesten man ufheldt oder anvertiget, der thut keinen fredbruch. — Goslar. Stat. 511, 18.

96) Goslar. Stat. 511, 140: deyt en ene vredebrake, de von danne kummt, de ne mach men umb de sake seder nicht upholden, he ne si vorder beklaget mit rechte, dat he in de veste gebracht sy. 132: kommt en man den andern an, dem em schaden gedan hefft, na dem dat id avernächig is, dar mot he ene schuldigen (gerichtlich belangen). Uebrigens bilden die Verfestung und Overhore nicht den einzigen Fall, wo das Aufhalten erlaubt war. Die eben cit. Stellen deuten auf einen zweiten, das Begreifen des Verbrechers in handhafter That (vergl. die, Note 46, cit. Diff. f. 16), ferner gehört dahin das Aufhalten des flüchtigen Schuldners (Braunsch. Stat., bey Leibnitz 438, 16. 441, 34), und jedes Schuldners, der „Gast“ und, als solcher, für einen „unsichern Mann“ galt (antiq. leges Cell. II, 14 bey Pufendorf II. app. 12 sq.)

97) Ob auch der Art. d. Goslar. Stat. 508, 24: up deme kerkhove, noch in der kerken schal men enen overhorigen man upholden von einem unbedingten Schutz des Schuldners (vor dem eigenmächtigen und gerichtlichen Angriffe) oder nur so, wie die Stellen Note 94 a. C. zu verstehen sey, ist nicht ganz klar.

were, also namentlich bey der Bekreuzigung innerhalb der vier Wände seines bekreuzten Hauses, „auf welches er in overhore gegangen war (Stat. v. Gosl. 508, 12), wo er inne saß.“

Gosl. Stat. (511, 30, 31) eyn vorvestet<sup>98)</sup> man, eder eyn overhorig man, hefft uppe siner were, dar he wonet, vrede syne rechte tyt, allen (obgleich) sy da eyn taverne (vergl. Note 94) in welkeme huse eyn man wonet, de vorvestet is, is dat syn eghen, dar mach he inne bliven, ist ock syn medinghe, dar blifft he inne syne tydt syner medinghe.

So wie die Befugniß des Aufhaltens unstreitig das wichtigste Recht war, welches dem Kläger durch das Verfahren gegen den ungehorsamen Beklagten zu Theil wurde (s. die folg. Nr. 3), so mußte auf der andern Seite das Innesitzen, so fern es das sicherste Mittel, jenem Angriffe zu entgehen, war, als das wichtigste Recht des Beklagten erscheinen. Und gerade dieses scheint der Gesichtspunkt zur Erklärung des Sprachgebrauchs der Gosl. Stat. zu seyn, nach welchem sie das ganze Verhältniß des in Overhore gekündigten Beklagten mit dem Worte „innesitten“ bezeichnen; weniger richtig gründet man, wie ich glaube, diesen Sprachgebrauch auf die Ansicht, daß die Beschränkung der persönlichen Freiheit, die das Innesitzen mit sich brachte, gerade als das Wesentlichste und Wichtigste des Verfahrens angesehen wurde, zumal da die Verkümmern der Freiheit, die allerdings immer damit verbunden war, in einer dem Innesitzen ganz entgegengesetzten Gestalt erscheinen konnte (Note 88). Uebrigens, was die Frage betrifft, ob das Recht des Klägers, sich der Person des Gegners zu be-

---

98) Der Verfestete konnte diesen Vortheil genießen nur nach denjenigen Rechten, die, wie die Gosl. Stat., die anormale Vertheilungsprocedur bey der Verfestung eintreten ließen (Note 81), während er nach den übrigen den Besitz aller seiner Güter verlor. Daher enthalten die sonst so ähnlichen beyden Quellen, das Schlef. Landr. und die Gosl. Stat., in diesem Punkte direct entgegengesetzte Sanktionen. Gosl. Stat. 511, 32: wes gesinde, eder de mit ome wonet vorvestet wirt, de ne mach he nicht lenger holden, denne alsolange ene bescheit was tosamende to bliven. 33. eyn man mach synen son eder dochter, off se vorvestet werden, woll heghen und holden uppe sinem eghen. Schlef. Landr. III, 19. 16: welchis mannis gesinde vorvestet wirt, des en mag noch en sal kein man lenger an sime dinste, noch in sime huse halden. 17. is mag auch noch sal kein man sin kind halden in siner gewere, das vorvestet sey.

mächtigen, aus der Vertheilung, oder aus der Verfestung und Kündigung in die Overhore herfließe, so spricht schon die Natur dieser Berechtigung, welche lediglich die Person afficirte, mit der Sache in keiner Verbindung stand, für das Erstere. Daher fiel es weg bey Klagen, welche direkt auf Vertheilung gerichtet waren.

3) Wurde nun der Beklagte aufgehalten und gezwungen vor Gericht zu erscheinen, so trat eine äußerst wichtige Veränderung in Hinsicht der Frage ein, welche von beyden Parthenen mit ihrem Beweise näher sey („zu entgehen, oder zu übergehen“). Nämlich, wenn der Beklagte sonst das Recht gehabt haben würde, durch seinen Eid, allein oder mit Con sacramentalen, sich zu reinigen, so verlor er es unter jenen Umständen. Während also der eines Friedebruches Angeschuldigte (nach älterm Rechte), nur mit Ausnahme der handhaften That<sup>99)</sup>, mit seinem Eide entging, wurde er, wenn er in der Verfestung oder Acht ergriffen war, und diese vom Kläger bewiesen wurde, als confessus et convictus gerichtet<sup>100)</sup>.

Schles. Landr. III, 19, 9 u. 10. wirt einer in der vervestunge begriffen, die vervestunghe benimt im den lip, wenne man die mit rechte irzugen mag. uff wen man die vervestunghe irzuket, der ist obirwunden der schult, do her umb vervestet was und man darff in nicht andirweit obirwinden. Vergl. Gosl. Stat. 510, 21. 22.

Eben so büßt der overhorige Beklagte, wenn er in der Overhore aufgehalten wurde, das Recht ein, die Geldschuld, wie er sonst in der Regel durfte<sup>101)</sup>, mit seinem Eide abzuläugnen.

Gosl. Stat. 507. 6. ..so scholde de schultete, eder de bodel ... one (dem Beklagten) dar beden dat he beklaget sy van deme manne umme alsodane schult, dar welde men one in overhore umme bringen . . . untschuldigede he sek der benomeden schult nicht bynnen verteyn nachten so ne mochte he sek

99) Vergl. diss., n. 46 cit., §. 13.

100) Das ältere Recht verlangte neben dem Beweise der Verfestung, eben denselben Beweis des Verbrechens, wie in handhafter That. Sächs. Landr. 1. 69. umb welche schuld der man verfest wird, wird er in der acht gefangen es geht im an den leib, ob er der that und der acht überzeugt wird, vergl. III, 88. 1. 66 und diss. cit. §. 23 a. G.

101) Vergl. diss. cit. §. 3.

darna nicht untschuldigen, ofte he dar-  
umme in overhore upgehouden worde.

Die Beschränkung des Verlustes, den der Beklagte an seinem Vertheidigungsmitteln erlitt, auf die Reinigung durch seinen Eid, so daß ihm jede stärkere Vertheidigung etwa durch Zeugen, mit denen er die Bezahlung der Schuld bewies, ungenügend blieb, ist zwar nichts weniger als unzweifelhaft, jedoch folgt sie mit großer Wahrscheinlichkeit aus den obigen Stellen, theils weil die Quellen in Klagen über Friedebruch regelmäßig keine andere Vertheidigung, als die durch den Reinigungseid, vor Augen zu haben pflegen, theils aus dem Gebrauche des Wortes entschuldigen (d. h. mit seiner Unschuld, seinem Eide, entgehen) in der zuletzt angeführten Stelle. Aus dem Zusammenhange, in welchem dieser Verlust des Eides mit dem Aufhalten stand, ergiebt sich, daß auch er nur bey Klagen vorkommen konnte, wo die Vertheilung mit der Verfestung oder Ründigung in die Overhore verbunden war <sup>102</sup>).

4) Erschien der Beklagte, innerhalb Jahr und Tag, freiwillig vor Gericht und zog sich (aus der Verfestung und Overhore) und sein Gut (aus der Vertheilung) aus <sup>102 b</sup>), so genoß er zwar, der Hauptsache nach, alle Rechte eines Unvertheilten <sup>103</sup>), war er aber nicht im Stande, den Anspruch des

102) Uebrigens hatte das Aufhalten des verfesteten Beklagten noch die wichtige Folge, daß es ihm stets an den Leib ging, um welche Uebelthat er auch gefangen seyn mochte. S. Eichhorn St. u. R. G. S. 384 Note k. —

102 b) Dieses Recht kam also bey der bloßen Vertheilung so gut, als in den Fällen der damit verbundenen Overhore und Verfestung vor.

103) Sächs. Landr. I, 68: kompt her aber ungesungen für gericht und zuhet sich aus der achte, er kompt zu seinem rechte, als ob er nie verfest were. — Goslar. Stat. 512, 49. — Daher wurde auch der Kläger wieder ermittelt. Sächs. Landr. I, 70: hat ein man geklaget auff gut zu dreien tagedingen, man sol in dar ein weisen. die einweisung mag aber der man entreden auf den heiligen (d. h. das Gut ausziehen, s. unten) bey jarzal, er mus aber das gut zuhandt verireten zu den nehesten dreien dingen, ob man darauf klaget. Daher bezeichnen die Quellen als das Ende aller Wirkungen der interimistischen Vertheilung das freiwillige Erscheinen des Beklagten vor Gericht. Braunsch. Stat. (Leibnitz 435, 17): welch man dem andern schuldig ist, he schal one twewarve vorebeden und to dem dridden male mit wetene (Zeugen) kompt he nicht vore, man schal dat cruce up de were stecken, wante (bis) he vore kome und rechtes plege.

Begners von sich abzuweisen, oder von neuem ungehorsam, so erfolgte sofort die zweite, definitive, Vertheilung, mithin Verlust des Gutes, auch dann, wenn die Klage nicht direkt auf die Sache gerichtet war (wo es sich freilich von selbst versteht). Dafür ist ein unzweideutiger Beweis in dem oben, bey Note 82, angeführten Kapitel (12.) des Richtsteigs d. Lehn. enthalten. Nachdem bey einer Klage, die nur auf eine Buße ging, dem Vasallen, wegen Ungehorsams, das Gut vertheilt worden war, er dieses wiederum ausgezogen hatte, aber die Anschuldigung nicht von sich ablehnen konnte, so fragt der Herr: wat dar denne lehenrecht umme si? so vint men: war em syn guds vordeilet, und hedde he dat utgetogen, so verdeilet man em an dem gute alle ansprache. Für den Fall der Verfestung, oder Acht, wird derselbe Satz so ausgedrückt: der Beklagte wird sofort in die Oberacht gekündigt.

Schles. Landr. III, 18, 10. wer sich nicht aus der ochte czuet binnen jar u. tag den brengit man in die obirochte. wer sich aus der ochte czuet und nicht rechtes enpflegit, wirt her des obirwunden man thut in in die obirachte als ob her jar unde tag in der ochte gewesen were.

Was die Beschaffenheit der Befugniß des Beklagten, sich und sein Gut auszuziehen, betrifft, so ist Folgendes klar. Der Beklagte erschien vor dem Richter, zu welchem Zwecke er durch ein sicheres Geleit vor den Angriffen seiner Gegner geschützt wurde<sup>103 b)</sup>, schwor einen alleinigen Eid<sup>104)</sup> und stellte Caution, er wolle in den (drey) nächsten Gerichtstagen erscheinen und dem Kläger antworten<sup>105)</sup>. Außerst zweifelhaft aber ist es, was eigentlich der Gegenstand des Eides war, mittelst dessen der Beklagte sich und sein Gut auszog. Eine Ansicht scheint auf den ersten Blick so natürlich zu seyn, daß man ges

103 b) Gosl. Stat. 507, 6. 508, 25, 26.

104) Sächs. Lehn. 70. kumt der man zum herrn binnen siner jarzal und will her sin gut uzzihen ... so habe derselbe die heiligen und swere. — Richtsteig d. Lehn. 10. hier steit N. und will uttheen sodan gut, als eme verdeilet is, uppenhiligen.

105) Sächs. Landr. I, 70 (Note 103) ... er mus aber das gut zu handt vertreten zu den nebesten dreien dingen, ob man darauff klage. — Ebendas. III, 57: ein geechtet man mag sich wol aus der acht ziehen, ... bürgen sol er aber setzen, das er für will kommen sich zu verantworten. — Richtsteig d. Landr. 52. — Gosl. Stat. 510, 8. 508, 10.

neigt ist, sie schon im Voraus zu fassen, nämlich, daß dieses Ausziehen in einer Rechtfertigung des bisherigen Ungehorsams bestand, so, daß der Beklagte entweder ehehafte Noth, oder die nicht gehörig geschene Bekanntschaft der Ladung, bezu- theuerte. Diese Ansicht scheinen auch mehrere Stellen zu be- stätigen.

Schles. Landr. III, 18, 6. queme ein man in die ochte, do her nicht von wuste, das gericht sal in sichern up her bewert zu den heiligen, das is im nicht zu wilsen sey worden.

Hildesheim. Stat. 84 (Pufendorf IV. app. p. 297) worde ein man vorvest, dat eme unwittlich were, so scal he komen vor deme voghede unde late sek le- gen sine daghe und .. scolde uppen hilighen sweren, dat et eme nicht er to wetene worde. Nichtsteig d. Landr. 52. wirt eyn man vervestet, den echt noit he- nam, .. so spreke her (es folgt die unten mitgetheilte Formel des Ausziehungs-Eides) <sup>106)</sup>.

Dennoch verhält es sich anders. Das Recht des Ausziehens ist nicht auf den Fall des entschuldbaren Ausbleibens beschränkt, sondern steht jedem in allen Fällen zu. In dieser Allgemeinheit besteht es lediglich in der Erklärung des Be- klagten, er sey nun Willens, zu Recht zu stehen. So fern eine hie mit verbundene Rechtfertigung wegen der Versäumnis- mit der simplen Erklärung denselben Zweck gemeinsam hatte, den Beklagten in seine frühere Lage zu setzen, konnten beyde als Ausübung des Ausziehungsrechtes betrachtet werden; al- lein jene führte offenbar noch viel weiter, als diese, nämlich sie war nicht gebunden an die Zeit von Jahr und Tag, wurde nicht dadurch abgeschnitten, daß der Kläger den Beklagten aufhielt und gezwungen vor Gericht zog, sie restituirte endlich ihn auch von der dreifachen <sup>106a)</sup> Wette, die er wegen des dreimaligen Ausbleibens zu Gunsten des Richters verwickelt hatte. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich aus folgen- dem. Während wir, nach dem ganzen Geiste des Instituts der Vertheilung, das Recht des Klägers, den Beklagten auf-

<sup>106)</sup> Vergl. Oestreich. Landr. 3. (Senkenberg vis. div. app. 215) und St. z. Sächs. Landr. I, 70.

<sup>106a)</sup> Salfeld. Stat. 89 (Walch I, 35): ..daz man eyne thud 3 gebot.. de wettet je also dicke dem richter 5 sch.

zuhalten, mit den oben angegebenen Wirkungen, und das simple Ausziehungsrecht des Beklagten als durchaus unvereinbar und einander ausschließend ansehen müssen, wird dennoch ausdrücklich gesagt, daß auch der aufgehaltene Beklagte noch durch Nachweisung ehehafter Noth zu seinem Rechte kommen könne.

Gosl. Stat. 508, 6. ..unschuldige de he sek der benomeden schult nicht bynnen duser tyt, so ne mochte he sek darna nicht unschuldigen, offter he daromme in overhore upgehouden worde, et ne beneme ome echte not, dat he nicht vore komen mochte.

Daher drücken eben diese Statuten das Ausziehen so aus: wert en man in overhore bracht, unde wel antworden, unde sprickt, he hebbe eyn eghen hus (womit er Sicherheit für sein Erscheinen vor Gericht stellen wolle) unde kumpt he ut der overhore (508, 10), und das Rigische Ritterrecht (72 bey Delrichs): wil ein man nicht vorkomen, so mach em de bisschop syn gudt bespreken, överst he scal dar nicht uthnemen (Note 74 e), wenn överst de man vorkumpt unde sich to rechte buth, so hefft he syn gudt gefryet. Daher wird erst, nachdem das Gut ausgezogen worden, nicht bloß über die Hauptsache, sondern auch über den Grund, den der Beklagte hatte, wegzubleiben und über das Gewette, welches davon abhing, verhandelt<sup>107)</sup>, und im Weichbild (Art. 113) heißt es ausdrücklich: zeuhet sich ein man aus der acht und wirt ledig gedegedinget, der richter hat doch sein gewette daran<sup>108)</sup>.

107) Nichtsteig d. Lehn. 10. hir steit N. und well uthdeen sodan gut, als eme verdeilet is.. so vrage de herr, efft he en nicht mothe deyedingen, wende he syn gud utgetogen hefft, und eme noch to siner schuldigunge nicht geantwortet hebbe. Hierauf rechtfertigt der Vasall sein Ausbleiben und bittet um ein Urtheil, effte he nicht mothe entreden de gewedde, de auf en gedeilet sin? dat vint me.

108) Ein Beweis davon, daß die Rechtfertigung wegen des Ausbleibens, und somit die Vertheidigung gegen die auferlegte Wette, von dem Ausziehen des Gutes ganz gesondert war, liegt auch darin, daß, wenn der Vasall während der Zeit von Jahr und Tag, wo er sein Gut ausziehen durfte, starb, der Sohn es nicht ausziehen brauchte (Sächs. Lehn. 46: binnen der jarzale, daz der man sin gut uzzihen sol, stirbt her.. der son en darf in des vaters stat nicht uzzihen sin gut gein den herren), wohl aber mußte er das bereits erkannte Gewette zahlen (47: ..ez

Endlich ist es auch wider alle Analogie, daß die Berufung auf echte Noth an eine bestimmte Zeit und namentlich an Jahr und Tag gebunden seyn soll, da dieser Zeitraum beständig als *tempus utile* vorkommt. Nur aus diesem ganz unbeschränkten Gebrauche des Ausziehungsrechtes läßt sich die uns aufbehaltene Formel des Eides erklären, die höchst allgemein lautet und keine Spur von Betheuerung eines bestimmten Entschuldigungsgrundes enthält.

Schwab. Lehnr. 116. §. 21: .. so sal der man die heiligen gewinnen und sol darauf sweren ainen aid, das im sein gut nie vertailt wurde vor seinem herrn, das es im schaden soll, so unterwindet er sich seines gutz mit recht. — Vergl. Sächs. Lehnr. 70, Richtsteig d. Lehnr. 10.

Bestimmter ist die obige Bedeutung des Ausziehens ausgesprochen in der Formel, welche der Richtsteig d. Landr. (52) hat: .. he spreche alsus: her richter, ich bin vor uch mit unrecht heclait und vervestet, da en wil ich nit lenger in sin; dat mir got helfe und sine helgen<sup>109)</sup>. Will man den Eid unter eine uns bekannte Gattung stellen, so möchte es am richtigsten seyn, ihn als eine Art von *juramentum calumniae* anzusehen<sup>110)</sup>.

---

en si denn, daz sime herrn gewette erteilt si uf sin gut, das mus her geben oder entreden an des vaters stat). Vergl. Note 111.

109) Vergl. *juramentum annotati* in dem „Proceß von der Acht“ hinter d. Sächs. Landr., Ausg. v. Eosf.

110) Merkwürdig ist es, daß schon frühe beyde, in dem Obigen erwähnten, Ansichten von dem Eide neben einander bestanden. Gl. z. Sächs. Landr. III, 17: nu möchtest du sprechen, wie sol er jm nu thun umb den eid, da er sich mit uzzeuhet? sprich, er dürf zu recht nicht schweren (daß man ihn allenfalls für überflüssig halten konnte, erklärt sich leicht aus der im Texte vertheidigten Ansicht), sol er aber schweren, so schweret er also die acht, da ich ein kommen hin, da wil ich nicht lenger sein, das mir got helfe. — etliche aber sagen, das er solle schweren, das er mit unschuld darein kommen sey, und das ist nicht, denn man echtet einen nirgend um, denn umb das, das er nicht vorkompt. Die letzten Worte könnten fogar auf eine Ansicht deuten, die noch viel weiter ginge, als die oben widerlegte, nämlich die, daß der Beklagte, der sich des Ausziehungsrechtes bediente, seine Unschuld in Betreff der Hauptsache selbst betheuern mußte, eine Ansicht, welche vielleicht durch den ungenauen Gebrauch des Wortes ausziehen, den sich die Quellen hie und da zu Schulden kommen lassen, begünstigt wurde. S. z. B. Schlef.

An diese Entwicklung der Rechtsverhältnisse, die aus der Vertheilung für die Partheien selbst entstehen, knüpft sich die Darstellung des Verhältnisses der nächsten Erben des Beklagten, auf welches schon oben hingedeutet wurde (§. 6 a. E.).

1) In den Fällen, wo die Vertheilung lediglich Strafe des Ungehorsams war, hatte der Erbe zwar das Recht, das vertheilte Gut (binnen Jahr und Tag) wieder an sich zu ziehen, aber er mußte dann auch die Tilgung der Forderung des Klägers (Hauptsumme und etwanige Buße) und des Richters (Gewette) übernehmen. Die letztere Verpflichtung gründet sich darauf, daß jede Klage, die auf den Erblasser gewonnen war, auch den Erben traf<sup>111</sup>). Die erstere Befugniß erklärt sich aus dem Gesichtspunkte, aus welchem

Landr. III, 18, 6: ..so sal das gerichte in sich losen uszien, des ersten sal her sweren zu den heiligen, das her umb die clage und umb die acht nicht gewust habe, wenne her das getan, so sal her an derselbin stat ane usschup sweren zu den heiligen, das her der tot unschuldig sey. — Sächs. Landr. III, 19. — Magdeburg. Stat. v. J. 1327. (Böhme II, 30). — Uebrigens stimmt die Glosse zu d. Sächs. Landr. I, 70, wo von der Vertheilung, worauf die Klage direkt gerichtet war, die Rede ist, gerade die Ansicht an, welche sie in der oben angef. Stelle tadelt. Sie erklärt sich nämlich über den Eid folgendermaßen: das vernimm nicht also, das jener schlechts schweren müge, sondern er aneinets also, das jener beweisen muß seine ehehafte not.

111) Die bloße Anstellung der Klage war zur Transmission an sich nicht vererblicher Klagen nicht hinreichend. Denn selbst, wenn der Vater nach der ersten Vertheilungsentenz starb, durfte der Sohn in der Hauptsache nicht für ihn antworten (Sächs. Lehn. 46, Note 108. vergl. Note 118), das Gewette aber, welches wegen der Contumacia des Vaters auf das Gut „erteilt“ war, mußte er zahlen (Sächs. Lehn. 47. Note 108). Eben so heißt es in d. Hilsdesheim. Stat. 68 (Pufendorf IV, 295): wert ein man verklaget vor gericht um borgetuch (Bürgschaft geht nicht auf die Erben über. Runde, d. Privatr. §. 220), bekennet he es, so ist he das gelt schuldig und behelt sine daghe, um dat gelt (Schles. Landr. II, 15, pr.), sterft he unterdes, so scolen de erven dat gelt geven. Wenn der Bürge in contumaciam verurtheilt war, so mußte der Erbe ebenfalls zahlen, sofern die ererbte fahrende Habe hinreichte (Sächs. Landr. I, 5), d. h. also, sofern durch Auspfändung der Kläger zu dem Seinigen hätte gelangen können (s. vorher). War die fahrende Habe nicht hinreichend, hätte also Verkreuzigung der Grundstücke erfolgen müssen, so wäre der Erbe nicht gehalten gewesen, weil die erste Vertheilung die Transmission nicht bewirkte. Danach sind zu verstehen d. Hilsdesheim. Stat. a. a. D.: worde he (der Bürge) vervolghet, dat he nicht vorekome, worde sin to kort (stirbt er), siue erven scoldent gelden.

man überhaupt die Vertheilung zur Strafe des Ungehorsams ansehen muß. Sie war durchaus nur ein processualisches Zwangsmittel, ohne alle fiskalische Rücksichten. Der Richter unterzog sich des Gutes nicht in der Absicht, es zu lukriren (so weit der Anspruch des Klägers etwas übrig ließ), sondern in eben der, in welcher er ein durch den Tod erledigtes Vermögen in Besitz nahm<sup>112)</sup>, und das Recht des nächsten Erben in Betreff des vertheilten Gutes war der Zeit, binnen welcher es ausgeübt werden konnte, und seiner innern Bedeutung nach dasselbe, wie in Betreff desjenigen, welches durch Erbgang ihm zufiel. Zum Beweise des hier dargestellten Verhältnisses der Erben dienen folgende Stellen:

Sächs. Landr. I, 38: die auch jar und tag in des reichs acht sein, den verteilt man eigen und lehn. zihens die erben nicht aus (vergl. Note 113) in jar und tag mit irem eide, sie verlierens mit sampt im, es beneme jn denn ehehaffte not.

Ebdas. II, 42: wo der richter sein gewette nicht auspfenden mag auf eines mannes eigen, das sol der fronbot zeichen mit einem cruze, zeucht es jener nicht aus, des es ist, in jar und tag, man verteilt im sein recht daran; darnach in jar und tag komme sein erbe für gericht und ziehe sich zu seinem erbe<sup>113)</sup>, als recht ist uf den heiligen, und gelte die schult, die der richter darauf gezeugen mag selbdritt, kein höher schult mag er aber gezeugen als 3 gewette und ein wehrgelt<sup>114)</sup>.

112) Vergl. Note 227.

113) Dieses ist der richtige Ausdruck für das, was der Erbe in diesem Falle zu thun hatte. Vom Ausziehen des Gutes (wie es die erste Stelle nennt) im technischen Sinne des Wortes, konnte, nachdem die definitive Sentenz erfolgt war, nicht mehr die Rede seyn (es hätte denn ehehaffte Noth nachgewiesen werden können, welche den Beklagten verhinderte, die Frist von Jahr und Tag zu benutzen; dann aber hätte er selbst noch das Gut wieder erlangen können). Was dem Erben zu thun oblag, war nichts anderes, als daß er sich als Erbe legitimirte, wie bey einem auf ihn erstorbenen Gute, und gerade dieses ist es, was technisch mit dem Ausdruck: sich zum Erbe ziehen mit seinem Eide, bezeichnet wird. S. §. 10 bey Note 171.

114) Die letzten Worte bedürfen eine Erklärung. Der Spiegel wollte das Maximum dessen, was der Richter fordern konnte, angeben. Zu dem Ende mußte er den Fall wählen, wo der Beklagte in contumaciam verurtheilt worden war. In diesem Falle

**Schwab. Landr. 131:** auf welchem gute der richter sein gewette nit vindet, das es zu kleyn ist, so sol der fronbot eyn kreuz auf das haus stecken. hat er sich seyn so unterwunden für yemands gelt oder für jemands bufs, so sol man das haus ... feil bieten, ob er es nit löst, des es ist, und sol den leuten davon gelten und kompt der, der es do erben sol in rund jar und tag, so sol man es im zu lösen geben und sol der richter jenen nüten, das er die losung widerneme.

2) Ganz anders war, wie sich aus der Natur der Sache ergibt, das Verhältniß des nächsten Erben in den Fällen, wo auf Vertheilung von Anfang an direkt geklagt worden war. Denn so fern hier das Urtheil lediglich aussprach, daß die Sache dem Beklagten niemals von Rechts wegen zukam, oder das Recht, was ihm daran zustand, ganz oder zum Theil (z. B. durch totale oder partielle Veräußerung) erloschen war, konnte der Erbe natürlich dagegen nichts einwenden, noch weniger die Sache von dem Kläger zurückfordern. Abgesehen von einer Ausnahme, die sich wiederum von selbst versteht, wenn nämlich das Recht, dessentwegen der Gegner klagbar geworden war, auf eine, ohne Noth und ohne Consens des Erben vorgenommene, Veräußerung sich gründete, ist es sehr zweifelhaft, ob der Fall der Vertheilung eines Lehens wegen

---

kam zu der Wette, die er etwa wegen der Hauptsache verschuldete, noch die für den Ungehorsam gegen die richterliche Ladung. Während man die letztere in dem dreifachen Gewette unserer Stelle deutlich erkennt (Note 106a), scheint das Wehrgeld auf die erstere nicht bezogen werden zu können. Denn dieses erhielt der Kläger, nicht der Richter. Sächs. Landr. III, 32: auf wen der klager wehrgelt oder bufs gewinnet, auf den hat auch der richter sein gewette gewonnen. Allein es gab einen Fall, wo die Forderung des Richters, die sonst nie die Größe des Wehrgeldes erreichte (Sächs. Landr. III, 64), dem Wehrgelde gleich kam, und diesen mußte der Spiegler im Auge haben, wenn er das Maximum angeben wollte. Dieser Fall findet sich im Sächs. Landr. II, 3: zeucht sich ein man aus der acht, da der kleger nicht gegenwertig ist, und setzet bürgen vorzukommen vor gericht und kompt er nicht vor, das bürgengelt hat der richter gewonnen und nicht der kleger, ob er in wider in die acht thut, als er durch recht sol. Das Bürgengelt aber bestand in diesem Falle in dem Wehrgelde (ebendas. I, 65). Das Repertor. z. Sächs. Landr. u. d. Wehrgelt versteht die Stelle gerade so: wehrgelt nemen die freunde, ausgenommen einen fall, do nimpts der richter libro 3. art. 41 fin.

Felonie eine zweite Ausnahme darbietet, d. h., ob die Folgen der Felonie des Vasallen auch seine Descendenten treffen. Da es an Beweisen für die Bejahung oder Verneinung dieser Frage fehlt <sup>115)</sup>, so fragt es sich, ob zwischen der Vertheilung in Folge der Aukt, welche dem Erben nicht schadete <sup>116)</sup>, und der wegen Treubruches eine solche Analogie obwaltet, daß von jener ein Schluß auf diese zu Gunsten des Descendenten verthätet seyn möchte. Dieses läugnet Eichhorn <sup>117)</sup> mit Recht. Denn, wenn der Ungehorsam des Beklagten, welcher die Vertheilung im Landgerichte herbeiführte, dem Erben nur deshalb nichts schadete, weil das Einziehen des vertheilten Gutes durch den Richter eben die Bedeutung hatte, wie wenn er sich der Sache nach dem Tode des Besizers, wegen Unbekanntheit des Erben, unterwand, so dürfte schwerlich die Privation wegen Felonie mit der Vertheilung im Landgerichte unter einen Gesichtspunkt gestellt werden dürfen <sup>118)</sup>.

Die obige Darstellung hat sich mit der Vertheilung der Immobilien beschäftigt; es fragt sich, in wie fern bey der fahrenden Habe ähnliche Verhältnisse eintreten? Suchen wir die Vertheilung, welche die letztere allein zum Gegenstande hat, auf denselben <sup>119)</sup> Stellen auf, wo sie bey den erstern vorkommt, so ergiebt sich leicht, daß sie nur in den Fällen ein-

115) Sächs. Lehn. 46, 47 (Note 108) spricht nur von dem Falle, wo der Vater zwischen der ersten und definitiven Vertheilung stirbt.

116) S. vorher No. 1. — Schwäb. Lehn. 89. §. 5—7.

117) Einleitung §. 239 Note r.

118) Es kömmt hinzu, daß das Sächs. Lehn. (Note 115) genau die verschiedenen Lagen der Sache durchgeht, in welchen die Vertheilung dem Sohne nicht schadet (im Art. 46 die, wo der Vasall binnen Jahr und Tag sein Gut ausziehen darf, im Art. 47 die, wo er es bereits ausgezogen hat, aber mitten in dem Prozesse über die Felonie, der darauf folgte, stirbt), von der Zeit nach der definitiven Vertheilung aber nichts erwähnt. — Wenn also die Unwirksamkeit der ersten Vertheilung für den Descendenten (Note 115) nicht daraus hervorging, daß überhaupt die Felonie des Vaters ihm nicht schadete, so konnte jene zur Begründung des in Note 111 Gesagten benutzt werden.

119) In der That aber kommt an einer andern, der fahrenden Habe eigenthümlichen Stelle, ein der interimistischen Vertheilung ähnliches Verhältniß vor. S. Note 311.

tritt, wo die Klage direkt auf dieselbe gerichtet ist, diejenigen Fälle dagegen, wo sie durch den Ungehorsam des Beklagten veranlaßt wird, hier wegfallen <sup>120)</sup>, weil in diesen die fahrende Habe nur mit den Immobilien zusammen (bey der Aukt) der Vertheilung unterworfen werden. Für jene Fälle <sup>120 a)</sup> nun aber ist es äußerst zweifelhaft, ob, wenn der Beklagte auf dreimalige Ladung nicht erschien, zunächst eine interimistische Vertheilung, welche ihm die Befugniß, sein Gut binnen einer gewissen Zeit auszuführen, übrig ließ, oder sofort eine definitive, erfolgte. Sehen wir, in der Voraussetzung, daß das deutsche Recht die Wirkungen der Contumacia bey den Klagen auf eine bewegliche Species nicht durchaus anders, als bey den übrigen Klagen überhaupt bestimmt haben könne, auf die Analogie der letztern, so spricht diese offenbar dafür, daß der Beklagte auch nach der dritten Ladung nicht als völlig überwiesen angesehen wurde und somit die darauf erfolgende Vertheilung der fahrenden Habe nicht den unwiederbringlichen Verlust derselben nach sich zog. Das nämlich, was, nach Verschiedenheit der übrigen Klagen, auf die dritte vergebliche Citation erfolgte, war entweder die Vertheilung der Immobilien allein, oder die Verfestung und Kündigung in die Oberhore mit jener verbunden, oder endlich die Pfändung. Alle drey Verfügungen versetzten den Beklagten nicht in die Lage eines völlig und ohne Rettung Besiegten <sup>120 b)</sup> (auch abgesehen von dem Falle, wo echte Noth ihn am Erscheinen gehindert hatte), obgleich die Nachtheile, die ihn trafen und die Rechte, die ihm blieben, nicht in allen Fällen dieselben waren. Daß, wenn überhaupt die Analogie entscheiden soll, dem ersten sich die

120) Wenn der Richter gegen den ungehorsamen Beklagten mit der Auspfändung verfährt (§. 15), so ist das keine Vertheilung im technischen Sinne des Wortes. (S. dies. §. a. N.).

120 a) Ob zu diesen Fällen nicht bloß diejenigen gehören, wo die Klage aus einer jur. Gewere entspringt (eine dingliche ist), sondern auch diejenigen, wo sie sich auf einen obligatorischen Anspruch auf den Besitz der Sache gründet, wage ich, wie bereits im Eingange dieses §. gesagt wurde (vergl. Text zu Note 74, 74 a, 76 a), nicht zu entscheiden. — Ist in den letztern Fällen das Urtheil nicht auf Vertheilung, sondern auf Vollziehung der Tradition gerichtet, so daß erst durch diese, oder die Einweisung des Richters, als Surrogat derselben, die Gewere für den Kläger entsteht, so giebt es im Betreff der fahrenden Habe keinen Fall, wo ein richterliches Dekret eine juristische Gewere des Klägers erzeugt.

120 b) In Betreff der beyden ersten ergibt sich dieses aus dem Obigen, in Betreff der dritten wird es sich unten (§. 15) zeigen.

Vertheilung der Mobilien anschloß, kann keinem Zweifel unterliegen <sup>120c</sup>). In den Quellen sucht man vergebens, was diese Ansicht geradezu bestätigte oder widerlegte. Sie drücken sich darüber auf folgende Weise aus:

Sächs. Landr. III, 5: was man einem man leihet, mag er das gezeugen selbdritt, man mag in der dieberey noch raubes daran nicht zeihen. dreimal aber, immer über 14 nacht, sol man jenen (der es geliehen hat) vorladen, sein gut zu vertreten, thut ers denn nicht, man geweldiget es jenen, der darauff klaget; womit übereinstimmt. Schwab. Landr. 254.

Der Richtsteig des Landrechts (Kap. 14), 'obgleich er dem Beklagten nach der Geweldigung des Gegners nur noch das Recht zugestehet, die echte Noth, die ihn am Erscheinen hinderte, nachzuweisen, spricht dennoch mehr für, als gegen die obige Ansicht, weil die seinige ohne Zweifel aus der Idee entsprang, welche die Glosse zum Sachsenspiegel über die Bedeutung des Rechts, das vertheilte Gut auszuziehen, hatte <sup>121</sup>).

§. 8.

**Vierter Fall.** Juristische Gewere an Immobilien, die sich auf die gerichtliche Auflassung gründet.

Die Form derjenigen Art von Veräußerung der Immobilien, welche wir unter dem Namen der gerichtlichen Auflassung, Investitur u. a. kennen, ist, auch wenn man von allem Zufälligen, namentlich den dabey gebrauchten Symbolen absieht, nicht zu allen Zeiten dieselbe gewesen. Die Modifikationen, welche sie allmählig erfahren hat, sind der Hauptsache nach diese.

In den Volksrechten, Capitularien und ältern Urkunden <sup>122</sup>) treten in jener Form folgende <sup>123</sup>) zwey Momente her-

<sup>120c</sup>) Ueber die Zeit, binnen welcher das Auszichungsrecht in Betreff der fahrenden Habe ausgeübt werden mußte, wage ich nicht zu entscheiden. Soll auch hierüber die Analogie entscheiden, so müßte man sie aus dem, was weiter unten (Note 268, 269) gesagt werden wird, hernehmen.

<sup>121</sup>) Vergl. Note 110 g. d. E.

<sup>122</sup>) S. überhaupt Grupen, Deutsche Alterthümer Kap. 1.

<sup>123</sup>) Grupen a. a. D. S. 46.

vor: erstlich ein symbolischer, im Ehedinge <sup>123 b)</sup> vorgekommener, Akt, welcher regelmäßig traditio genannt wird (traditio per festucam, per guasonem, cespitem, per rammum, per andelangum — effestucatio, scotatio, adhamitio, ein sehr alter deutscher Name dafür ist Sala, Sele Salange) <sup>124)</sup>; zweitens, die solenne Einweisung in den Besitz durch den Veräußerer selbst (vestire, vestituram donare, accipere). Es wird auffallend erscheinen, daß vestitura, investitura, womit wir heutzutage vorzugsweise die gerichtliche Auflassung bezeichnen, hier auf denjenigen Akt bezogen wird; der gerade das Charakteristische der deutschen Erwerbungsart nicht enthält, sondern, seinem Wesen nach, nichts als die römische Tradition ist; dennoch scheint es mir unzweifelhaft, daß man von jener Ansicht zum wenigsten ausgehen, und eine andre Bedeutung, welche die Worte vestire, investitura erhalten haben mögen, als eine neuere betrachten muß. Es ist nämlich klar, daß vestitura nichts anderes ist, als die Gewere in der Bedeutung von Besitz <sup>125)</sup> (daneben auch in derjenigen, wo sie den Gegenstand der Verpflichtung des Autors nach der Tradition bezeichnet, Note 128). Daher wird vestitio als wahre, re praesente, geschene, Tradition beschrieben <sup>126)</sup>. Aus dem ersten Akte entsprang zunächst

123 b) Gruppen S. 5, wovon jedoch auch Ausnahmen vorkommen.

124) S. die bekannte deutsche Uebersetzung eines Kapitulare bey Brover diss. de veteri pop. Trevir. lingua p. 102.

125) Cap. 4. an. 819. c. 6. si cujuslibet mancipia in villam nostram confugerint, actor ejusdem villae quaerenti domino ea non contradicat... et actor propter vestituram Domni Karoli genitoris nostri eadem mancipia contradicere non audeat, si illius propria esse noscuntur. Cap. 5. an 819. c. 2. volumus, ut de his libertatibus et rebus, quae in nostra vestitura sunt.. inquiratur. Vergl. noch Georgisch. c. j. g. a. p. 846, c. 6. 665, c. 9. 1396, c. 2. 900. c. 8: de vestitura triginta annorum.

126) Gruppen a. a. D. S. 19: ipse vero Ratolt... tradidit in capsam Mariae.. quidquid habuit. his omnibus peractis statim de omnibus rebus suis per superliminarem domus suae vestivit Episcopum et exivit ipse R. traditor et intravit Episcopus. Ebendas.: sequenti vero die (nachdem die traditio, im Sinne der Kapitularien, geschehen war) venerandus Hitto misit advocatum suum, ut legaliter investituram accipiat, ipsius rei, et supradictus A. illum per postem et superliminarem domus vestivit, exeunte A. — Vergl. ebendas. S. 20, S. 48. — Daher disvestire s. v. a. entwehren, aus dem Besitze verdrängen.

die Verbindlichkeit des Veräußerers, den zweiten folgen zu lassen, welche mit ihm die Erben und außerdem Bürgen zu übernehmen pflegten<sup>127</sup>). Offenbar aber war ihre Verpflichtung nicht hierauf beschränkt, sondern sie ging überhaupt dahin, dem Erwerber die Sache zu geweren, d. h. nicht bloß ihm den Besitz zu überliefern, sondern auch gegen die Ansprüche Dritter zu erhalten<sup>128</sup>).

Nach diesen ältesten Nachrichten über unsern Gegenstand ist es nun äußerst zweifelhaft, ob der erste Akt zur Uebertragung der Gewere hinreichte, oder erst der zweite diese Wirkung hatte. Das Einzige, was für jenes spricht, ist, daß *vestire*, *vestitura*, wovon sich der Begriff der Gewere nicht trennen läßt, schon frühe auch zur Bezeichnung des ersten Aktes gebraucht wird<sup>129</sup>). Auf der andern Seite sprechen für die ent-

(Georgisch. p. 1262. — Die *vestitio per postem et superliminarem domus* war keine symbolische, sondern nur eine solenne, formelle (aber wahre) Tradition.

127) Lex Salica tit. 18. si quis res suas. . cuilibet tradere voluerit. . legitimam traditionem facere studeat; quod i eodem tempore extra comitatum (in quo res illae positae sunt) fuerit. . adhibeat sibi de suis pagensibus testes idoneos. . et coram eis rerum suarum traditionem faciat et fidejussores vestiturae donet ei, qui traditionem accipit, ut vestituram faciat. . insuper et ipse heres fidejussionem faciat ejusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat, hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat, eandem perficiendi. Das deutsche Kapitulare bey Brower (Note 124) drückt sich also aus: inde vera hin sachun sinem salunge gedue (und vor ihnen thue er seiner Sache Salung), inde burigur theri geweri geve (und gebe Bürgen der Gewere).

128) Ohne Zweifel drücken die Worte *investitura*, gewere in der vorigen Note den Gegenstand der Verpflichtung des Autors und seiner Bürgen vollständig aus. Die Bedeutung des Wortes *Gewere*, in der es dem Besitze entspricht, und die, in welcher es die Vertretung des Besitzers im Prozesse bezeichnet, berühren einander so unmittelbar, daß sie eigentlich gar nicht als zwey Bedeutungen anzusehen sind. Vergl. Note 31 a.

129) In den Phrasen: *vestire*, *vestitura per ramum*, *per festucam* u. dergl. (Gruppen a. a. D. 46 und Du Cange Glossar. s. v. *vestitura*.) — Wenn es durch das Obige gerechtfertigt ist, daß diese Bedeutung als eine spätere anzusehen sey, so erklären sich die Worte des Feudisten: „*investitura quidem proprie dicitur possessio, ab usivo autem modo dicitur investitura, quando hasta, vel corporeum quodlibet porrigitur a domino, feudi se investituram facere dicente*“ vollkommen und sind umgekehrt ein treffliches Zeugniß für die obige Darstellung.

gegengesetzte Ansicht zwey Gründe: einmal der, daß die Einweisung in den Besitz von dem Autor geschieht, nicht, wie späterhin, von dem Richter, auf einseitige Bitte des Erwerbers, zweitens der, daß es noch im spätern Mittelalter einige Rechte gab, welche die Vollendung des Erwerbs an die Einweisung in den Besitz knüpften, und dieser Ansicht, als der weniger künstlichen, wohl eine allgemeinere Geltung in der frühern Zeit zugeschrieben werden kann.

Die Quellen des spätern Mittelalters geben uns von unferm Gegenstande folgendes Bild. 1) Dem ersten, oben bezeichneten, Akte entspricht der, welcher in ihnen unter den Namen *Auflassung*, *resignatio*, *abnegatio*, vorkommt. Er bestand, wie in älterer Zeit, in der, mit der mündlichen Erklärung über die Absicht des Gebers verbundenen, symbolischen Tradition<sup>130</sup>). Die Behörde, vor welcher dieses gültig geschehen durfte, war nicht bloß das Gericht, sondern meistens auch der Rath in den Städten<sup>131</sup>). Die Erfüllung der Verbindlichkeit des Veräußerers, dem Erwerber die Sache zu geweren, zu stätigen<sup>132</sup>), wurde, wie vormals durch Beitritt der Erben, der Wehrbürgen (Gerken *cod. dipl. Brandenburg. II*, 522) und durch Bestellung eines Pfandrechts an Immobilien (wenigstens in der Zeit, wo diese ohne Uebertragung des Besizes zulässig war, §. 17)<sup>133</sup>) gesichert. 2) In Betreff der Einweisung in den Besitz zeigt sich eine merkwür-

130) Daher der Ausdruck: *ore simul et manu resignare* (Kindlinger Münst. Beitr. III, Urk. 153, 182), wo mit dem Worte *manu* eine Art, oder ein Theil, der symbolischen Uebertragung angedeutet wird. (S. über *digiti incurvati* Gruppen a. a. D. S. 33 und über das „Aufstippen mit dem Finger“ ebendas. S. 30, 36, Goslar. Stat. 489, 97 und Schles. Landr. I, 25, pr.).

131) Lüb. Recht, v. J. 1240 Art. 105. — Hamburg. Stat. (Pulfendorf III, app. p. 224 Art. 5). — Stad. Stat. (ebendas. I, app. 171 Art. 2). Dagegen heißt es im Schles. Landr. I, 38, pr.: *man en mag keyn eigen gelosen ane gerichte in lantrechte, und in wichbildes riches stete vor dem rathe.. und das ist nicht in unsem wichh. sachsischer art, wenne alle uffgelosen eigen und gohen sullen geschen an gerichte. — Culm. Recht IV, 21: .. alle gaben, dy do geschen vor eime sitzenden rathe, dy sint machtlos noch meydeburgischem rechte. — Vergl. Goslar. Stat. 494, 17. — Cell. Stat. 28 (Leibnitz III, 485).*

132) Augsburg. Stat. bey Walch IV, 250 u. folg.

133) Beitr. Landr. (Heumann 150): *in dem gericht sol man aygen bestätin jar und tag mit andern aygen, oder mit börgen.*

dige Verschiedenheit unter den Rechten des Mittelalters. Einige, und zwar die ältern, knüpften die Uebertragung der Gewere zu Eigenthum, oder welches andere Recht Gegenstand der Veräußerung war, erst daran, daß der Besitz ergriffen und sogar eine bestimmte Zeit (drey Tage) fortgesetzt würde; nach diesen war also die Einweisung wesentliches Stück des Erwerbungsaktes. Nach andern dagegen, und diese sind als die Regel zu betrachten, war die Erwerbung des Rechts im Augenblick der gerichtlichen Auflassung vollendet, indem sie schon an diese die Uebertragung der (juristischen) Gewere auf den Empfänger knüpften; die Besitznahme war hier Folge des erworbenen Rechts an der Sache, nicht der persönlichen Verpflichtung des Veräußerers<sup>133a)</sup>. Darin aber stimmten beyde Gattungen von Rechten überein, daß die Einweisung in den Besitz (im Gegensatz des ältern Rechtes) durch den Richter, oder seinen Unterbeamten, auf einseitigen Antrag des Erwerbers erfolgte<sup>134)</sup>.

3) Eine Formalität, welche nur die Quellen des Mittelalters erwähnen, bestand darin, daß der Richter dem Erwerber Friede wirkte<sup>134a)</sup>. Der Sinn hievon war nicht bloß der allgemeine, daß das Recht des Erwerbers des Schutzes der Gesetze und des Richters theilhaftig erklärt wurde, sondern der bestimmtere, daß die Ansprüche derer, welche schon jetzt im Augenblick der Veräußerung (nicht erst binnen Jahr und

133a) Die Beweise von dem hier Gesagten werden weiter unten folgen.

134) Dieses hat nichts Auffallendes bey den Rechten der zweiten Gattung (Note 141), wohl aber bey denen der ersten, von welchen man erwarten sollte, daß sie dem Ältesten Rechte folgten, dennoch ist es auch in Betreff ihrer unzweifelhaft. Reichbild (welches zu diesen Rechten gehört) Art. 20: ... wenn ers denn vergeben (aufgelassen) ... so bittet er (der Erwerber) die einweisung von gerichts halben, so sol ihn der schultheis einweisen, oder der vogt. — Goslar. Stat. 495, 26: we en erve erworven hefft und sick darup gevoren laten unde dat besitten well, ofte en sin weddersate dar affvoren leth. — Wie dieses zu erklären sey, s. Note 156. — Das Wort investire behielt auch im Mittelalter regelmäßig seine älteste Bedeutung, nämlich: in den Besitz einweisen. In Urkunden heißt es daher, der Richter investire (Kindlinger Münstr. Beitr. III, S. 67, 284).

134a) Das Friedewirken wird in Urkunden ausgedrückt mit den Worten: banuo regali stabilire, firmare (Kindlinger a. a. D. III, S. 258, 253, 281, 331, 112, 155).

Tag) ihren Anspruch verlaublich machen mußten<sup>134b)</sup>, fortan zerstört seyn; daher eine mehrmalige Proklamirung der beabsichtigten Veräußerung dem Friedewirken voranging<sup>135)</sup>. Die Zeit und der Ort des Friedewirkens war nach den oben erwähnten zweyen Gattungen von Rechten verschieden. Nach der einen, welche die Auflassung selbst als den Moment der perfecten Veräußerung ansah, geschah es unmittelbar nach dieser im Gerichte selbst<sup>136)</sup>; nach der zweiten, welche die Einweisung in den Besitz verlangte, geschah es bey dieser, auf dem Grundstücke, zu welchem sich ein Theil des Gerichtspersonals begab<sup>136a)</sup>.

Von jeher pflegte man eine Urkunde über das Geschäft aufzusetzen, ohne daß dieses jedoch als wesentlich betrachtet wurde. Es lag ganz in der Tendenz des spätern Mittelalters, auf Dokumente ein größeres Gewicht zu legen, als auf mündliche Rede und symbolische Handlung<sup>137)</sup>. Daher in Rechtsquellen, die der Zeit, oder dem Geiste nach neuer sind, Abfassung einer öffentlichen Urkunde, Eintragung in Bücher des Gerichts, oder Rathes, theils als wesentlicher Bestandtheil des Geschäfts angesehen wurden<sup>138)</sup>, theils hie und da auch

134b) Vergl. Note 135, 159.

135) Schlef. Landr. I, 39, 3: weme ein eigen verkauft wirt, der sall is vor gericht uffbiten und sall im vrede wirken lassen, mit diesen worten: der richter soll sprechen: als hie N. hat verkauft J. so getan gut... das biete ich uff zu einem mole, zu dem andern mole und zu dem dritten mole, spricht denne zu der zit nymant doweder, so spreche her vort: nu nymant hie wedirspricht, so wirke ich hiro gotis frede und meines herrn. des koninges, frede (adir wer zu dem gerichte ein herr ist). N. hot J. uffgelossen das gut, wer hiezu keginwortig ist (Note 134b) und swiget, der sall ymmer swigen.

136) Schlef. Landr. I, 25, pr.: der, der es let, sal ufrecken zwene vinger, domete sol er sich der gewere vorziehen.. dornoch so sol im der richter vrede wirken dach selbin.

136a) Gosl. Stat. 494, 12: weme men enes egen vrede warcht, dat schall men don upp der were vor gerichte und dingluten.

137) Diese Geringschätzung spricht sich z. B. in den Worten der Goslar. Stat. 489, 97 aus: wenne men enes egen vrede warcht, so schall der richter vragen dene, de dat leth, off he des vullborde, so schall he des bekennen und schall uppstippen mit deme vinger... worde des vorgeten, dat man dartho nicht upp en stippede, dat ne schadet nicht, offte de dat mit worten aslate.

138) Eichhorn, St. u. R. G. §. 450 Note b. — Verdenische Stat. 15 (Pufendorf I, app. p. 63). — Bair. Landr. (Heumann p. 150 §. 23, 112 a. E.).

wohl an die Stelle aller übrigen traten (Eichhorn a. a. O. Note d) <sup>139)</sup>.

Von der Form des Erwerbs von Grundstücken durch die gerichtliche Auflassung wenden wir uns zu den Wirkungen derselben, wobei unter den zwey oben bezeichneten Gattungen der Rechte des Mittelalters die zweite, als die Regel, zunächst allein betrachtet werden soll. Diese Wirkungen lassen sich in folgenden Sätzen darstellen:

1) Die gerichtliche Auflassung überträgt auf den Erwerber die juristische Gewere.

2) Sie ist die einzige Art der Veräußerung von Immobilien, welche die Wirkung haben kann (Note 144 a, b), daß, nach Einweisung des Erwerbers in den Besitz, der Geber keine juristische Gewere an der Sache behält. Jede simple Tradition, und was ihr gleich steht, läßt in der Hand des Gebers eine juristische Gewere zurück.

3) Sie führt zu der rechten Gewere, d. h., sie ist eine von den mehreren Bedingungen derselben.

Der letzte Punkt wird an einer andern Stelle erörtert werden (§. 13), hier nur von den beyden ersten.

1. Daß der Empfänger im Augenblick der gerichtlichen Auflassung die Gewere erwirbt, sagen die Quellen ausdrücklich:

Schles. Landr. I, 25, pr.: .. so sal her (der Veräußerer) uffrecken zwene vinger, doinete sal er sich der gewere reine gancz und gar vorziehen und sal denne

139) Daß die unzähligen Urkunden, welche der gerichtlichen Auflassung nicht erwähnen, an sich keinen Beweis dafür geben, daß sie aus dieser neuern Ansicht hervorgegangen sind, kann nicht bezweifelt werden, da sie das Geschäft nur erst auf der Stufe des Vertrages, der causa praecedens, auffassen. Dagegen scheinen allerdings diejenigen Urkunden auf jene Ansicht hinzudeuten, welche sich der Worte bedienen: ick sette en von stund an in die roulike fredesame were myt gifft dysses mynes bryses. (S. z. B. Gerken cod. dipl. Brandenb. III, dipl. 192. a. Desselben fragm. March. I, dipl. 52, 59. — Kindlinger Gesch. v. Wolmestein II, Urk. 35: sub testimonio scripti presentis sumus arbitrati, collationem nostram non minus validam existere, quam si solenniter facta esset in iudicio, quod vriethinc appellatur). Und wenn man die gerichtliche Auflassung auch noch vornahm, so betrachtete man sie als das weniger Wesentliche, wie sich z. B. aus der angez. Urk. bey Gerken cod. dipl. Br. ergibt: und to vinderer verwaringe hebbe ick myn gut vor geheget ding mit hande und munde und myt eyneme risse vorlaten und vorreygent, dat. A, ist von deme richter und gemeynen buren bestedet worden vor gerichte.

die gewere ufsagen mit vingern und mit orkunde eines hutis oder eines hantzkens .. und domete entpfet jener auch die gewer. Vergl. ebendas. I, 39, 3. — Sächf. Lehnr. 41: ob ein man eine andern sin gut uflet vor sine herrn, zu hant so hat he die gewere, die des ersten mannes was, der ez liz. — Schwáb. Lehnr. 75.

2) Andererseits heißt es, der Veräußerer „ledige sich“ im Augenblick der Auflassung der Gewere, obgleich er die Sache noch inne hat.

Schles. Landr. I, 25, pr. (s. vorh.), I, 39, 5: welche zit ein man vor gericht der gewere abtritt und uflesst odir sich vorziet mit vingern unde mit czungen, mit hantzken und mit kogeln, oder mit hut, so hat er sich geledigt von der gewere des gutes. — Sächf. Lehnr. a. a. O.: swer sin gut uflet, der sal der gewere darhen.

Gewere ist hier gerade in demselben Sinne genommen, wie in den vorhin (Nr. 1) citirten Stellen, wie der Empfänger von dem Augenblick der Auflassung juristisch für den Besitzer gilt, so der Veräußerer für einen Nicht-Besitzer. Letzteres aber hat offenbar nur eine relative Wahrheit; nur seinem Contrahenten gegenüber darf er sich nicht als Inhaber einer Gewere betrachten<sup>140)</sup>. Daher bedarf es von Seiten des erstern keiner Klage, keines Urtheils, wodurch die Gewere des letztern gebrochen werden müßte, sondern jener kann sich eigenmächtig<sup>141)</sup> des Gutes unterwinden und jeder Widerstand des Veräußerers ist ein Friedebruch, weil er eine fremde Gewere verletzt. Dagegen ist nicht, daß nach den Goslar. Statuten der Veräußerer, wenn er sich der Einweisung des Erwerbers widersetzt, erst vor Gericht gezogen werden muß, damit ihm die Gewere, wie jedem andern Besitzer<sup>142)</sup>, abgewonnen werde.

140) Vergl. Note 62 d.

141) Daß dieses ihm wirklich gestattet sey, lehrt das Lehnr. (Note 813 b). Aber auch die Einweisung durch den Richter, welche wir im Landrecht beständig erwähnt finden, war nicht Folge eines Urtheils, sondern einer einseitigen Bitte des Erwerbers und offenbar nur als nützlich, nicht als nothwendig für ihn zu betrachten. Vergl. d. angef. D.

142) Sächf. Landr. III, 83: wer ein gut einem andern gibt, daran er selber keine gewere hat und wird jener von gerichte darein geweißt, der, der die gewere hat, mag die einweisung wol

494, 26: we erve irworyen hefft, na der stadt-rechte und sek darup gevoren laten und he dat besitten wil, eder sin bote 3 dage und 3 nacht, also recht is, ofte en sin weddersate dar weder affvoren (s. v. a. abweisen und widersprechen in der Note 142) leth, so esche he von öme, dat he vor gericht kome und do, dat recht sy ...weygerde he des, so scholde he seck darup weder voren laten und nemand scholde ön afwisen, wisede ön ock jemand aff mit sülfwolde, deme scholde he volgen mit geschreye und mit der veste, ock ne mochte he neuen husfreden beholden, wente he den husfrede gebroken hadde.

Denn die Goslar. Stat. gehören zu denjenigen, nach welchen nicht die Auflassung selbst, sondern erst der dreitägige Besitz die Eigengewere verschafft (s. weiter u.) und jene Stelle ist ein merkwürdiger Beweis dafür, daß diese Gewere inzwischen noch bey dem Verkäufer ist. In anderer Hinsicht merkwürdig ist der Schluß derselben. Erscheint nämlich der Verkäufer auf die Ladung nicht vor Gericht und läßt sich der Erwerber, in Folge des in contumaciam ergangenen Urtheils von Neuem einweisen, so begehrt nun der Verkäufer, oder ein anderer, der ihn abweist, einen Hausfriedensbruch. Aus dieser Kategorie, in welche die Widergesetzlichkeit gestellt wird, erfieht man, daß der Erwerber durch das Urtheil eine Gewere<sup>143)</sup> an dem Hause erhielt<sup>144)</sup>.

So klar der Satz, der Verkäufer ledige sich der Gewere im Augenblicke der Auflassung, welcher natürlicherweise auch den in sich faßt, ihm bleibe auch nach der Einweisung des Erwerbers in den Besitz nicht eine juristische Gewere, in den oben

---

widersprechen und jenen abweisen, also daß er das vertere zu dem nechsten dinge, denn ein man ist nicht pflichtig, seine gewer zu reumen, er werd denn ehe dorumb beklaget und fúrgeladen. wird denu jenem die gewer erteilt und weiset man in darein, so mag man in nicht wider abweisen, man thu es denn mit rechten urteilen.

143) Freylich konnte diese keine andere seyn, als die, welche er bey freiwilliger Räumung des Grundstückes während der drey Tage gehabt hätte, also eine solche, neben welcher die Eigengewere des Verkäufers als fortbestehend betrachtet wurde.

144) Vergl. Sächf. Landr. (Note 142). — Auf diese Erklärung der Stelle gründet sich die Behauptung bey Note 74a.

angeführten Stellen enthalten ist, so bedarf er doch theils einer sehr bedeutenden Einschränkung, theils einer Vertheidigung gegen eine Stelle, welche Zweifel dagegen erregen könnte. Die Einschränkung, unter welcher er verstanden werden muß, besteht darin, daß, ganz verschieden von der fahrenden Habe, wo je die Tradition die Gewere des Gebers zerstört, die gerichtliche Auflassung nur dann den Verlust der Gewere nach sich zieht, wenn, nach der innern Beschaffenheit, der causa, des übertragenen Rechts, die Veräußerung eine totale zu nennen ist <sup>144 a)</sup>. Die Beweise hievon werden anzuherrwärts folgen <sup>145)</sup>. Die Stelle, aus welcher man schließen könnte, daß selbst in einem Falle, wo unser Satz gelten müßte, dem Veräußerer die Gewere bleibe, findet sich im Sächs. Lehnrecht Art. 16:

nieman en darf anderweit entpfan gut, daz ime sin herr gelihen hat, ob erz uflest oder verkauft und ez aber wider anders empfet, her en darbe der gewere daran 6 wochen und 1 jar.

Versteht man die Stelle so: der Vasall, welcher das Gut verkauft und es binnen Jahr und Tag zurückerwirbt, braucht um keine neue Belehnung nachzusuchen, es wird so angesehen, als habe er das Gut ohne Unterbrechung, als Lehn, inne gehabt, so ist man zu der Ansicht genöthigt, die Lehnsgewere sey trotz der Auflassung und des „Darbens der (sachlichen) Gewere“ bis zum Ablauf jenes Zeitraumes nicht von ihm gewaschen, da ohne Indestitur eine Lehnsgewere nicht möglich ist. Von dieser Erklärung kommt man indeß zurück, sobald man die Stelle in dem *vetus autor de beneficiis* liest:

1, 42: nullus suscipiat secundo bona ab uno domino, si dominus resignet aut vendat, et de iis secundo inbeneficiatus fuerit, nisi per sex hebdomadas et annum warandia domino fuerit aliena <sup>146)</sup>.

---

144 a) Z. B. die Eigengewere geht nicht verloren durch die Auflassung (im Lehngerichte), welche eine bloße Lehnsgewere, auch nicht durch die (im Landgerichte), welche eine bloße Leibzuchtsgewere überträgt u. s. w.

145) Vergl. Note 152 c, §. 12 a. E.

146) Vergl. Schwab. Lehur. 34: nieman en darf sin gut anderwerbe empfohen, der es einest entpfangen hat von eime

Der Sinn ist hiernach dieser: während der Vasall, dessen Lehnherr auf einen andern sein Obereigenthum überträgt, bey diesem neuen Lehnherrn oder demjenigen seiner Vasallen, „an den er ihn weiset“, Renovation oder Investitur bitten muß (seinem gute volgen an den anderen herrn manschaft zu hietene)<sup>147)</sup>, brauchte er dieses nicht, falls derjenige, von dem, als subdominus, er künftig das Gut zu Lehn tragen sollte, sein früherer Lehnherr selbst war, so fern dieser binnen Jahr und Tag sein offerirtes Obereigenthum als Lehn zurückerhielt. Aber auch bey dieser Interpretation könnte man sich versucht fühlen, den Grund der Befreiung des Vasallen von der Muthungs-Verbindlichkeit darin zu suchen, daß, trotz der Auflassung des Herrn, die Gewere, die dieser bisher hatte, und somit seine Lehnherrlichkeit, vor Ablauf von Jahr und Tag als fortbestehend betrachtet wurde. Allein dagegen sind theils die Schlussworte (warandia domino fuerit aliena), theils erklärt sich jene Befreiung einfach auf folgende Weise. Die Muthung mußte von dem Vasallen binnen Jahr und Tag bey Verlust des Lehns geschehen. Von den, innerhalb dieses Zeitraums, fallenden Veränderungen in Betreff der Person des Lehnherrn, durfte er an und für sich keine Notiz nehmen. Der Moment, wo der Zeitraum abläuft, ist entscheidend; findet sich in demselben eine Veränderung des Lehnherrn, so hat die unterlassene Renovation der Investitur für ihn üble Folgen, findet sich keine (wie in unserer Stelle), so ist sie für ihn ohne Nachtheil.

3) Die simple Tradition von Immobilien läßt in der Hand des Tradenten eine juristische Gewere zurück. Ein Geschäft, das hieher gehört, ist die Uebergabe von Grundstücken zur Verwaltung (Pfleger), von welcher es im Schwab. Lehn. (112 §. 1) heißt: nieman mag seinem herrn die gewer mit der gewer entpfüren der des herrn ambachtman ist, davon das er seines gutes pflegt<sup>148)</sup>. Ein zweites ist die Vermiethung. Außer andern Beweisen, die sich für unsere Behauptung, der Vermiether habe die jur. Gewere, aufstellen lassen, bietet seine Befugniß, sich wegen rückständigen Zinses an den Mobilien, die sich auf dem Grundstücke befinden,

---

herrn, ob der herr das gut uffgit eime herrn oder es verkouffet und uffgit und es ander stund entphohet.

147) Sächs. Lehn. 27.

148) Sächs. Lehn. 66.

den, eigenmächtig zu pfänden<sup>149)</sup>, einen besonders interessanten Beleg dar. Da nämlich die jur. Gewere an Grundstücken gerade so, wie die faktische, die Gewere an allen in den Grenzen des Grundstücks befindlichen Mobilien umfaßt<sup>150)</sup>, so muß es dem Vermiether frey stehen, sich der letztern eigenmächtig<sup>151)</sup> zu unterwinden, so fern er ein rechtlich begründetes Interesse für sich hat (Note 49)<sup>151 a)</sup>. Daraus, daß in diesem Pfändungsrechte eine Ausübung der Gewere am Grundstücke ist, erklärt sich, daß der Widerstand des Miethers ein Hausfriedensbruch war<sup>152)</sup>, und daß der Vermiether, in Betreff der im Grundstücke befindlichen Mobilien, allen andern Gläubigern des Miethers vorgeht<sup>152 a)</sup>, weil die Gewere ihm das Recht giebt, die Sache gegen jeden zu vertreten, d. h. jeden davon auszuschließen, der sie nicht, vermöge einer jur. Gewere, vindiciren kann<sup>152 b)</sup>.

Der simplen Tradition stehen in Betreff der Wirkung, daß sie die juristische Gewere in den Händen des Veräußerers läßt, diejenigen Fälle der gerichtlichen Auflassung gleich, welche eben als Ausnahmen von der, hinsichtlich der Auflassung gel-

149) Schlef. Landr. II, 2: von mitunghe umb czins und von pfandunghe umb czins. dist. 5, 6, 9.

150) S. §, 9, §, 3. II.

151) Sofern nämlich nicht das Miethverhältniß selbst von dem Miether in Abrede gestellt wird.

151 a) Kann der Vermiether den Miether auch wegen einer Schuld, die aus einem andern Grunde, als aus dem Miethvertrage entstanden ist, pfänden, bloß weil er Vermiether ist (abgesehen von den Gründen, aus welchen überhaupt jeder Gläubiger das eigenmächtige Pfändungsrecht hatte, Eichhorn, Einleitung §. 119)? Nein! denn, so weit das Recht des Miethers reicht (was natürlich durch die Nichtbezahlung einer anderweltigen Schuld nicht verlest wird), sind die Wirkungen der jur. Gewere des Vermiethers suspendirt.

152) Schlef. Landr. II, 2, 5: wil ein man pfendin in der gewere seines eigens und wil man im das weren, so sal her dorcau nemen er zwene nackebur und sal pfenden und wert her (der Miether) das abir, so schrei er das gerufte... wenne her durch die widersteunge... den hausfrede gebrochin hat. — Ebendas. dist. 10. — Vergl. Note 47.

152 a) Vergl. Bair. Landr. 156 (§. 1).

152 b) Daher nach strengerm Rechte der Eigentümer, der seine fahrende Habe freiwillig in die Gewere des Miethers übergehen ließ, weil er nur Gläubiger ist, dem Hausherrn nachsteht, ein Grundsatz, der indes in vielen Rechten gemildert ist (§. §. 11).

tenden, Regel, sie zerstöre die Gewere gänzlich, angedeutet wurden (Note 144 a). Daher namentlich neben allen Besitzrechten nach Lehn- und Hofrecht die jur. Gewere des Obereigenthümers besteht <sup>152 c)</sup>.

Von der Ansicht, durch die gerichtliche Auflassung allein empfangen der Erwerber die Gewere, und der Verkäufer lediglich sich derselben, weichen, wie schon oben angefündigt worden ist, einige Rechte des Mittelalters auf eine merkwürdige Weise ab, indem sie nämlich dieselbe Wirkung an das Ergreifen und sogar an eine gewisse Dauer des faktischen Besitzes knüpfen. Urkunden belehren uns, daß zu den Formen der in Rede stehenden Art von Veräußerung ein dreitägiger Besitz der Sache gehörte <sup>153)</sup>, und aus einigen Rechtsquellen lernt man die Stellung genauer kennen, welche dieser dreitägige Besitz zu den übrigen Formen einnahm.

Gosl. Stat. 495, 24, 25: weme en egon wert gesat dat schall he upbeden (Note 135) ..... we erve-

152 c) Die Beweise hiervon liegen in dem Pfändungsrechte wegen „verfessenen“ Zinses, welches allen Gutsherrn gegeben wird (Stichhorn, St. u. R. G. S. 368 Note k, Einleitung S. 26 c Note b), ferner darin, daß jeder Zins, der von dem Besitzer eines Grundstücks, als solchem, gezahlt wird, eine Gewere in der Hand des Berechtigten voraussetzt (§. 18), und endlich, was das Ritterlehen, von dem bekanntlich kein Zins gegeben wurde, betrifft, in ausdrücklichen Zeugnissen der Rechtsbücher (Note 24).

153) Urf. v. J. 1170 (bey Wigand, das Fehmgericht Westphalens S. 224): Itaque conveniens ad placitum (femina) cum consensu mundiburdi sui et heredum suorum, eandem traditionem confirmavit secundum justitiam regionis illius. His ita gestis, iudex praecepit praeconi, ut praefata possessione me investiret; qui introduxit me cum multis nobilibus et liberis, qui appellantur Scepenen, et posita sella quaesivit, quo ordine me investire deberet. demum novies regali hanno eam nobis confirmavit, et sic triduaana sessione, sicut moris est, ditioni nostrae dedicavimus. Vergl. dieselbe Urf. im Auszuge, bey Kindlinger, Münster. Beitr. III. Nro. 22. Urf. bey Meichelbeck hist. Frising. I. p. 284: et illum supradictus A legaliter per postem et superliminarem domus vestivit, exeunte A, introduxit C, et ipse C ibidem in domo legaliter sedebat tribus diebus et tribus noctibus. S. noch Haltaus Glossar. p. 372. Dieser dreitägige Besitz, welcher mit Handlungen verknüpft war, die den Erwerber als Herrn und Hauswirth darstellen sollten (Note 154) erinnert an die Worte der lex Salica (tit. 48. de affatione): postea ipse, in cujus laisum festucam jactaverit, in casa ipsius manere et hospites tres suscipere, oder, wie es bald darauf ausgedrückt wird: ibidem mansisset, et hospites collegisset et pavisset et ei ibidem gratias egissent et in beudo suo pultes manducassent.

gud upgeboden hefft, der sal is darnach halden 3 daghe und 3 nacht, es he sik des frede wirken lath, ne wird id en dar en bynnen nicht entworren (Schles. Landr. I, 39, 4: und wirt her denne in der ezit nicht angesprochen) so mak he sek des frede wirken laten, und schall id darna besitten, he, edder sin bode, 3 dage und 3 nacht; na den 6 dagen ne hefft se (?) dar neyn recht mer an deme dat upgeboden is (Schles. Landr. a. a. D.: obir 6 tage ne hat her nicht me rechtis daran, von des wegin hes ufgeboten ist) <sup>154</sup>).

Es frägt sich nur, was für eine rechtliche Bedeutung hatte dieser dreitägige Besitz, worin war die Lage des Veräußerers und Erwerbers vor dem Ende dieses Zeitraumes verschieden von der nach Ablauf desselben? Da offenbar nach den gesammelten Belegen jener Besitz als wesentlicher Bestandtheil des Erwerbungsaktes erscheint, so kann die Antwort wohl nur die seyn, daß nach den Rechtsquellen, die diesem Gebrauche anhängen, die Contrahenten erst nach Verlauf der drey Tage auf eben dem Punkte waren, worauf sie nach andern Rechten unmittelbar nach der Auflassung standen, d. h. erst dann wurde es so angesehen, als habe der Veräußerer sich der Gewere geleidigt, und diese sey auf den Erwerber übergegangen. Dieses ergiebt sich auch klar aus dem Schles. Landrechte. Nachdem dieses einen Artikel, der dem oben citirten der Gosl. Stat., bis auf die angegebenen Varianten, gleichlautend ist, mit den Worten geendigt hat: das ist keiserrecht und wiclibilde, fährt es in dist. 5 also fort:

154) Die ersten drey Tage könnten nichts weiter, als eine Verlängerung des Moments scheinen, den die, Note 135, cit. Stelle beschreibt, und würden alsdann keinen wesentlichen Unterschied zwischen den Rechten, von denen hier die Rede ist, und den oben behandelten erzeugen. S. aber Note 158. — Uebrigens, wie diese Form bey freiwilligen Veräußerungen, unter andern bey der Saisung, angewandt wurde, so auch hie und da bey dem richterlichen Pfande (Magdeburg. Recht bey Böhme diplom. Beitr. I, 29: wirt einem manne sin gut gevronet mit rechte, das sol er besitzen mit der vrone dri tage und nacht, her sol auch darin ezzin unde slafin mit der vrone, darnach sal er das gut ufbiten zu drien dingen, §. 17), was jedoch eine Abweichung von dem, was das Sächs. Landr. (III, 83) über das erfordern einer sache mit klage sagt, zu seyn scheint (§. 7 a. A.). Auf der andern Seite ist es gewiß, daß jene Form nicht bey der Lehnsinvestitur vorkam, wie sich aus dem Sächs. Lehnsrecht ergiebt, während das Sächs. Landr. sie hat.

ahir noch, desim unsem lantrechte und wichbilde sechsicher art <sup>155</sup>), welche czit man vor gericht der gewere abtritt und ufflest, odir sich vorczit mit vingern unde mit czungen, .. so hat her sich geledigt von der gewere des gutes (offenbar ist also das recht, was der Verkäufer, nach dem vorhergehenden Artikel, bis zum Ablauf der 6 Tage behält, nichts anderes, als die Gewere) und mus darumb ein gewere sin vor allen mannen glich nach rechte.

Ein zweiter Beweis liegt in den Worten des Sächf. Landr. (III, 83):

was man einem manne, oder weibe, gibt, das sollen sie drey tage besiczen, was sie aber mit klage erfordern, oder auf sie geerbet wirt, das dürfen sie nicht besiczen.

Wenn das, was der Erbe im Augenblicke des Todes seines Erblassers erwirbt, die Gewere ist, so folgt, daß dasjenige, welches in andern Fällen erst durch dreitägigen Besitz gewonnen wird, ebenfalls die Gewere sey <sup>156</sup>).

Die wichtigste praktische Folge, die hiemit in Verbindung steht, deutet das Schles. Landr. am Schlusse des eben citirten Artikels an. Während nämlich die Verbindlichkeit des Verkäufers, seinem Contrahenten die Sache zu geweren, und

155) Dieser Artikel ist, wenn man auf die Orte sieht, in welchen, nach den oben angeführten Stellen, die Sitte des dreitägigen Besizes galt, wichtig für das Verständnis des im Schles. Landr. so oft erwähnten Gegensatzes zwischen keiserrecht [landrecht] (dieses Wort ist wohl in dist. 4 weggefallen) und wichbilde, und lantr. u. wichb. in sechsicher art, wichtig wenigstens in so fern, als darin keine Hindeutung auf den Gegensatz zwischen Sächsischem und Fränkischem (Schwäb.) Rechte (im Sinne der goldenen Bulle Cap. 5) enthalten seyn kann.

156) Einen Zweifel könnte zwar erregen, daß die Einweisung durch den Richter auf einseitigen Antrag des Erwerbers erfolgt. Allein man sieht aus der oben (bey Note 142) angef. Stelle der Goslar. Stat., daß dieses Verfahren nur in eventum geschah, nämlich in der Voraussetzung, daß von dem Verkäufer kein Widerstand erfolgte; zeigte sich dieser, so war die Klage, die nunmehr der Erwerber gegen ihn, wie gegen jeden andern Besitzer, anstellen muß, ein Beweis, daß der letztere, dem erstern gegenüber, als Inhaber einer Gewere mit voller rechtlicher Wirkung angesehen wurde,

die Nachtheile <sup>157)</sup>, welche den erstern trafen, falls er diese Verpflichtung nicht erfüllen konnte, nach den Rechten, für deren Repräsentanten das Schles. Landr. gelten mag, unmittelbar <sup>158)</sup> an die Auflassung geknüpft war, trat dieses nach den andern Rechten erst mit dem Ende der sechs Tage ein. Daher hat die Auflassung nach diesen Rechten keine andere Bedeutung, als die eines bedingten Vertrages, nämlich die, daß, unter Voraussetzung der, von dem Erwerber zu beobachtenden, Formalitäten und eines nicht erfolgenden Einspruches binnen sechs Tagen, die Sache als veräußert angesehen werden sollte. Ein Punkt bleibt jedoch noch zweifelhaft. So gewiß nämlich die ersten drei Tage den Interessenten zur Ausübung ihres Einspruchrechtes dienten, so ließe sich daraus, daß schon nach Verlauf derselben der Friede gewirkt wurde, schließen, innerhalb der zweiten drei Tage stünde denjenigen, welche bey der Auflassung gegenwärtig waren <sup>159)</sup>, das Recht nicht mehr zu <sup>160)</sup>. Eine Entscheidung möchte schwer seyn, es kommt aber auch nicht viel darauf an, da das Wesentliche, die Stellung des Veräußerers, namentlich seine Befreiung von der Verbindlichkeit zu geweren, auch nach Verlauf der ersten drei Tage von eben demselben Interesse blieb, wie vorher, wenn auch die Zahl derer, welche Einspruch thun konnten, von da an vielleicht geringer wurde.

157) Diese bestanden nicht bloß in der Rückgabe des schon gezahlten Kaufgeldes, sondern überdem in Erlegung einer Buße und Wette. Goslar. Stat. 495, 31.

158) Nicht erst an das Friedewirken, so daß auch der Einspruch, welcher gleich nach der Auflassung, veranlaßt durch das Aufbieten des Gutes (Note 135), gethan wurde, dieselbe Wirkung, wie jeder spätere, hatte. Daher sind die sechs Tage nicht bloß als eine Verlängerung der kurzen Zeit anzusehen, welche nach dem Schles. Landr. zwischen der Auflassung und dem Friedewirken liegt; allerdings hatten sie diese Bedeutung für die zum Einspruche Berechtigten, welche bey der Auflassung gegenwärtig waren (Text zu Note 159).

159) Denn es versteht sich von selbst, daß diese Beschränkung, mag sie auf drei, oder sechs Tage zu setzen seyn, nur diese traf, da den übrigen wenigstens die Zeit von Jahr und Tag offen blieb. (S. Text bey Note 249).

160) Vergl. über die Bedeutung des Friedewirkens Note 134 b.

## Uebersicht der Wirkungen der juristischen Gewere.

Die hier folgende Uebersicht soll die inneren <sup>161)</sup> Beweise für die Wichtigkeit der eben aufgestellten Ansicht von der Bedeutung der juristischen Gewere vollständig zusammenstellen, indem sie den Zweck hat, zu zeigen, daß alle Rechte, die mit der faktischen Gewere verknüpft sind, auch der juristischen zukommen. Das Wichtigste für diesen Zweck ist bereits oben geschehen, indem die Uebereinstimmung der juristischen und faktischen Gewere in Betreff derjenigen Rechte, die bey beyden als die wesentlichsten <sup>162)</sup> zu betrachten sind, dargethan wurde. Wie nämlich das Recht der dinglichen Klage und der eigenmächtigen Apprehension, mit der Befugniß des Besitzers, durch gerichtliche und außergerichtliche Vertheidigung die Sache fremder Einwirkung zu entziehen, dem Geiste des deutschen Rechts gemäß, als ein Recht, nur in verschiedener Form ausgeübt, erschien, ist oben erörtert worden. Der Beweis aber, daß eine dingliche Klage die beständige Begleiterin der juristischen Gewere sey, wird der Gegenstand der folgenden Paragraphen seyn <sup>163)</sup>. Viel weniger schwierig ist es, die Uebereinstimmung zwischen jur. und fakt. Gewere in Absicht der übrigen Rechte, die damit verbunden sind, zu erkennen.

1) Wie in der faktischen Gewere von Grundstücken die Gewere der Mobilien, welche in den Grenzen jener sich befinden, enthalten ist <sup>164)</sup>, so auch in der juristischen. Eine Anwendung hievon bildet das schon erwähnte Pfändungsrecht des Gutsherrn <sup>164a)</sup>; eine zweite, die ebenfalls schon oben (Note 55) angekündigt wurde, machte das deutsche Recht bey den Geschäften, welche die Uebertragung der Gewere an einem ganzen Vermögen zum Gegenstande haben, namentlich bey dem univervellen Erbvertrage und generellen Pfandrechte <sup>165)</sup>.

161) Die äußern s. Note 61 b.

162) Vergl. Text zu Note 62 a, 62 b.

• 163) Ueber den Beweis des Rechts der eigenmächtigen Apprehension vergl. Note 141, 149 u. folg.

164) Vergl. §. 3 II.

164 a) Vergl. Note 149 u. folg.

165) Vergl. §. 21, §. 17 a. E.

Die Frage, ob jener Grundsatz bey der jur. Gewere auch in eben den Anwendungen vorkomme, in welchen er für die factische Gewere nachgewiesen wurde, beantwortet sich von selbst. Der Inhaber der jur. Gewere würde die obengenannten Rechte des Besitzers nur deswegen nicht haben, so fern es ihm an einer der beyden Bedingungen fehlt, die jene voraussetzen, nämlich, daß die juristische Gewere constatirt sey, wie oben der Besitz es seyn mußte und daß er ein rechtlich begründetes Interesse habe, von jenem Grundsatz, zum Zweck der eigenmächtigen Apprehension der auf dem Grundstücke befindlichen Mobilien, Gebrauch zu machen<sup>166)</sup>. Der Inhaber der jur. Gewere eines Grundstücks, in dessen Besitz sich jemand gewaltsam gesetzt hat, wird gegen diesen das a. a. D. lit. a erwähnte Recht natürlich nicht ausüben können, weil es in diesem Falle erst einer Klage bedarf, um der juristischen Gewere Anerkennung zu verschaffen. Eben so wenig wird der Inhaber der jur. Gewere einem Besitzer gegenüber, gegen den er erst klagen muß, das unter Nro. 2 erwähnte Recht in Anspruch nehmen können. Dagegen läßt es sich denken, daß der Gutsherr, der sein Gut an einen Hinterlassen ausgethan hat, das Pfändungsrecht (a. a. D. lit. b) selbst ausüben kann, während er es in der Regel wegen des Mangels an einem juristischen Interesse dem Hinterlassen wird überlassen müssen. Desgleichen wird der Gutsherr in einem Streite mit dem Hinterlassen über ein Stück des Inventariums die Vorrechte des Beklagten (a. a. D. Nr. 2) in Anspruch nehmen dürfen.

2) Wie der Besitz, welcher auf eine gewisse Weise entstand, und eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt ist, die rechte Gewere erzeugt und dadurch zu äußerst wichtigen Rechten führt<sup>166 a)</sup>, so auch unter denselben Bedingungen die juristische Gewere<sup>167)</sup>.

166) Vergl. §. 3 Note 49.

166 a) Vergl. §. 13.

167) Ausnahmen davon bewirkte die unten (Text zu Note 244, 245) erwähnte ältere Ansicht über die Beschaffenheit der Gewere hinsichtlich Jahr und Tag, und der, Note 243, erwähnte Fall.

## Die juristische Gewere, als einziger Grund einer dinglichen Klage in Bezug auf fahrende Habe.

Das Thema des, in diesem und in dem 12ten Paragraphen zu liefernden, Beweises ist dieses: Die Klage, die aus der juristischen Gewere entspringt, ist eine dingliche und außer dieser giebt es keine andere in rom actio, sondern, wo es an der jur. Gewere fehlt, kann es nur noch eine persönliche Klage geben. Vollständig und genügend läßt sich der Beweis hievon nur in Hinsicht der fahrenden Habe herstellen, daher hier zunächst von dieser allein die Rede seyn wird.

Unsre Quellen unterscheiden in Betreff der Mobilien zwey Klagen, von denen die eine technisch mit den Ausdrücken: Anfang (Anefang), sich der Sache unterwinden, sich zu der Sache ziehen<sup>168</sup>) bezeichnet, die andre hier und da technisch Forderung genannt wird, wiewohl dieses Wort, als allgemeine Bezeichnung eines klagbaren Anspruchs, auch die erstere Klage umfaßt und außerdem andre Ausdrücke (Ansprache, schuldigen) willkürlich für die eine, wie für die andre Klage, gebraucht werden.

Was nun die rechtliche Natur des Anfangs betrifft, so ergibt sich:

1) daß er in den Fällen begründet ist, wo die juristische Gewere an fahrender Habe existirt. Denn

168) Zum Beweise, daß diese Ausdrücke dieselbe Sache bezeichnen, dienen folgende Stellen. Schlef. Landr. III, 3, 3: gesche auch, das man under eime dube odir raup funde.. so mag her (der Kläger) wol sin gut anv anghen... komt er vor gericht, so sal her sich wedir undirwinden sines gutes (Eichhorn, Einleitung §. 168 Note h). — Schlef. Landr. IV, 13, pr.: von rechte sol man kein gut anefangen, wenn diebes gut, oder geraubet gut, oder das eines mannes gesinde sime herrn obil zubrenge; vergl. ebendas. 3: ob ein knecht sines herrn gut vorspielt, zu dem gute mag sich der herr wol ziehen selbdritt in gleicher weise, als ob is verstolen oder geraubt is. — Salfeld. Stat. (Walch I, 17). — Magdeburg. Recht 90 (Schott Beitr. I, 73). Noch mehrere Belege werden sich im Laufe der Untersuchung ergeben. — Ueber die Erklärung der Worte anfangen, sich unterwinden vergl. Text zu Note 176 u. folg.

a) erstlich kommt er demjenigen zu, der den Besitz der fahrenden Habe wider seinen Willen verlor; und das ist der erste Fall der juristischen Gewere (§. 5). Zwar könnte nach einigen Stellen der Umfang der Klage beschränkt scheinen auf den Fall der absichtlich von einem Andern vorgenommenen Entwehrung<sup>169)</sup>. Allein aus andern läßt sich darthun, daß dieser Fall auch hier, wie bereits an einer andern Stelle (§. 3 a), die umfassendere Gattung des unfreiwilligen Verlustes repräsentire<sup>170)</sup>.

b) Zweitens ist der Anfang die Klage des Erben, bey welchem der zweite Fall der juristischen Gewere eintritt (§. 6).

Schöffennurth. 4 (Böhme VI, 129): ... ist geschen, dat myne mutir von todis gewone abegestorbin ist, mich alleine, iren son, hod gelassin, als habe ich mich angezogin allos ires gutis. des anefangit mich noch irem tode derselben myner mutir, schwestir umb dy gerade. —

Sächs. Landr. I, 28: was erblos erstirbt, als heergewett, erbe, oder gerade.. das sol denn der richter behalten jar und tag und warten, ob sich jemand darczu ziehen wolt mit recht. — Zus. z. d. Erfurt. Stat. (Walch II, 29, 30)<sup>171)</sup>.

169) Schles. Landr. IV, 13, pr. (S. d. vorhergeh. Note). — Goslar. Stat. 530, 1: men ne mach nicht anevanghen, denne vorduvet gud edder gerovet.

170) Schles. Landr. IV, 13, 12: weme eines andern mannes gut adir varnde habe in walsir zuflusst, der sal is jenem wedirgebin, ap her sich dorzu czuht salbdritt, als recht is. — Vergl. Sächs. Landr. II, 29. — Schles. Landr. III, 8, 4: was ein man vindet.. komt denne jener, dem is czugehort hat, her sal sich dorczu ziehen salbdritt. — Vergl. Sächs. Landr. II, 37. — Magdeburg. Schöffennurth. (Walch VIII, 275): ... hette denn Fr. an dieselben swyme eynen rechten anfangk gethan und also darzu geklagt, das ym die roublich, oder dublich genommen und also an seynen willen und fulbord us seynen geweren gekommen weren.

171) Man könnte noch einen Beweis für den dritten Fall der juristischen Gewere erwarten, nämlich für den, wo sie sich auf ein Urtheil gründet. Allein im Betreff der fahrenden Habe allein giebt es keinen Fall, wo unzweifelhaft eine juristische Gewere aus dem Urtheil entsteht. Vergl. Note 73 a und folg., desgl. Note 120.

2) Es ergibt sich ferner, daß der Anfang nicht bloß dem Eigenthümer oder, außer ihm, etwa noch dem Inhaber gewisser Rechte an der Sache zukommt, sondern daß er sich lediglich auf die juristische Gewere gründet, gleichviel, ob sie mit irgend einem und welchem Rechte an der Sache verknüpft ist. Der beste Beweis hievon, der indeß erst weiter unten geführt werden kann, liegt darin, daß selbst der Eigenthümer, wo er keine juristische Gewere hatte, d. h. wenn er sich seiner fahrenden Habe freiwillig entäußerte, den Anfang entbehrt. Dagegen hat ihn, nach ausdrücklichen Zeugnissen, jeder, welcher, nach unserm heutigen Ausdrucke, im Namen eines Andern besitzet<sup>172)</sup>, und daß die Klage, welche dem ganz unrechtmäßigen Besitzer bey unfreiwilliger Entwehrung zusteht (§. 3), ebenfalls der Anfang sey, ist man deswegen anzunehmen genöthigt, weil die Eintheilung der Klagen in Anfang und Forderung als eine durchaus erschöpfende erscheint<sup>173)</sup> und die letztere nur die Klage desjenigen ist, der die fahrende Habe freiwillig aus der Gewere ließ. Hält man den hier aufgestellten Grundsatz mit der Formel des Eides, womit der Kläger sich zu der ihm entwendeten Sache zog, zusammen, so bietet diese einen merkwürdigen Beleg für die Fortdauer seiner Gewere in diesem Falle dar. Jene Formel ist uns, im Wesentlichen ganz gleichlautend, in vielen Rechtsquellen aufbehalten, so daß sie als eine im höchsten Grade solenne, um so mehr Aufmerksamkeit verdient. Der Kläger schwur nämlich, daß die Sache damals, als er sie einbüßte, „sein“ war und im gegenwärti-

172) Schles. Landr. IV, 13, 5 (vergl. Ostl. Stat. 531, 9): tut ein man dem andern icht sines gutis zu getrauer hant zu behalten, entwendit her (der Eigenthümer) im das, adir wirt is im entwendet von sime gesinde adir von ymanden andirs on seinten willen, do mag sich der man wol czu zihen mit rechte, dem es entwant is. — Schwäb. Landr. 253 §. 4: und ist, das mir ein gut verstolen wirt, das nicht mein ist, da soll ich der clager dazu sein.

173) Zu dieser Ansicht berechtigen uns vornehmlich solche Quellen, welche die technische Bezeichnung der Klagen streng beobachtet, wie namentlich das Schles. Landr. Von ihnen könnte man erwarten, daß sie die Klage des improbus possessor, wenn sie eine eigenthümliche wäre, auch mit einem besondern Namen bezeichnet hätten. Allein das Schles. Landr. spricht in einem Capitel (IV, 13), wo es überhaupt, mit einer für die ältern Quellen seltenen Vollständigkeit, die Grenzen zwischen den Klagen auf fahrende Habe behandelt, immer nur von Anfang und Forderung.

gen Augenblicke noch „sein“ sey<sup>174)</sup>. Waren diese Worte, wie wir nothwendig annehmen müssen, wirklich constant, so konnte der Ausdruck: „daß es sein war“ unmöglich auf Bezeichnung des Eigenthums beschränkt seyn, da jeder Besizer diesen Eid schwören durfte. Dasjenige Recht, welches alle zum Anfang Berechtigte, als das ihrige bis zum Augenblick der Entwerung beschwören konnten, war allein die Gewere; wird nun diese mit dem Worte „sein“ in obiger Phrase bezeichnet, so muß es eben so auch in den Endworten der Formel: „daß es noch sein sey“ verstanden werden.

3) Klar ist ferner, daß der Anfang eine Klage gegen jeden Dritten war<sup>175)</sup>.

Salfeld. Stat. 4 (Walch I, 14): ob einem manne ein verstolen ding versetzt wirt, kommt her darnach, dez es ist, her sal iz anvangen. — Zus. z. d. Erfurt. Stat. (ebendas. II, 22): wird dieselbe habe im genomen in eime offenen orloge, de mag sine habe anvange, wo he se ankumt. — Goslar. Stat. 531, 19: bringet eyn man sinen weren an gude, dat by ome geanevanghet is, so anevanghet men dat anderwarve und dridde warve und alsolange, wente dat up den komme, de dat von ersten von der joghet in sinem stalle getoghen hefft, off dat ein perd is, eder ve is. — Schles. Landr. III, 8, 3, Gosl. Stat. 525, 232.

174) Schles. Landr. IV, 13, 21: wer ein pferd anefangen wil, das im abegestolen ist, der sal sich mit rechte darzu zihen, her sal mit seinem rechten fusse treten dem pferde uf sinen linken fufs und sal mit der linken hant griffen dem pferde an sin rechtes or und sol begern der heiligen und sal dem pferde obir dem haupte sweren, dafs es zu der zit sin were, do es im abegestolen were und auch noch sin si. — Genau so finden sich die letzten Worte im Magdeburg. Recht 48 (Schott. I, 65), im Bair. Landr. (Heumann, 63, 64), in den Goslar. Stat. 130, 3.

175) Daher auch die Beschuldigung des Diebstahls, als eine persönliche Ansprache, ganz abgesondert von dem Anfange war, wenn gleich beyde in den dazu geeigneten Fällen cumulirt wurden. Nach dem Schles. Landr. III, 8, 3 und Sächs. Landr. II, 36 muß der in Anspruch genommene Besizer, nachdem er seinen Geweren nicht hatte stellen können und somit im Anfange unsterlag, wegen des Diebstahls, dessen der Kläger ihn nun noch zehet, sich eidlich reinigen.

4) Daß endlich der Anfang die einzige dingliche Klage war, die es in Bezug auf fahrende Habe gab, folgt schon daraus, daß der Umfang der Verbindlichkeit des Autors, die fahrende Habe dem Käufer zu geweren, so bezeichnet wird: was ein man sarndis gutis yemant verkauft, des sol her ewiclihen vor allen anfang ein rechter gewere sin und sin erbe, .ap her stirbt (Schles. Landr. IV, 13, 11, Goslar. Stat. 531, 17).

Das Fundament der Klage, die jur. Gewere, wirft auf die Entstehung ihrer Namen: sich der Sache unterwinden und anfangen (d. h. anfassen)<sup>176</sup>), Licht. Zwar ist der nächste Grund dieser Benennungen in einer Form zu suchen, mit welcher der Proceß eröffnet wurde; derjenige nämlich, welcher eine Sache vindiciren wollte, ergriff sie, wo er sie antraf<sup>177</sup>), zog den Besizer entweder sofort vor Gericht (Sächs. Landr. II, 36), oder wurde, falls der Anfang des gerichtlichen Verfahrens verschoben ward, durch Bürgschaftsstellung<sup>178</sup>) oder Sequestration der Sache<sup>179</sup>) gesichert. Allein diese Form selbst erklärt sich nur, wenn man auf das Fundament der Klage zurückgeht. Das außergerichtliche Angreifen der Sache war offenbar nicht etwas Gleichgültiges, sondern eine wesentliche und charakteristische Form des Anfangs. Es war nicht straflos, falls man hinterdrein mit der Klage nicht durchdrang<sup>180</sup>), denn an und für sich fiel es unter die

176) Offenbar entspricht diesen Worten der Ausdruck, dessen sich die Volkrechte bedienen: mittere manum super (in) rem suam (Rogge Gerichtswesen der Germanen, 227).

177) Freiberg. Stat. 9 (Schott. Samml. III, 188): welch man ein pferd anvangen wil, der sal sin warten an der vrien strazen, oder an dem markte, oder an der trenke.. das pfert sal he ufhalten mit des richters bote, mac he des richters boten nicht gehoben so halde he iz selbe uf.... ist iz denne ein wirt (ein angefessener Mann), der es angevangen hat... — Schles. Landr. IV, 13, 1.

178) Schles. Landr. a. a. D. 9: wer guth anefangit, der is in geweren hat, der sal is vorwissen, das her das zu dem rechten vobrenge.

179) Freiberg. Stat. a. a. D.: das pfert sal man antworten einem gemeinen manne und der voit sal sie bescheiden in sin dinc.

180) Der Angreifer mußte dem Beklagten eine Buße, dem Richter ein Gewette entrichten. Sächs. Landr. I, 53, II, 36; Nichtsteig d. Landr. I, 16. Die Nicht-Durchführung der andern, oben erwähnten, Klage (Forderung), bey welcher man sich jener Form durchaus enthalten mußte, war straflos. (S. d. angef. Stellen).

Kategorie desjenigen Frevels, welcher in unsern Quellen unter dem Namen Anvertigung vorkommt<sup>181)</sup>. Gerechtfertigt wurde es nur durch die Bedeutung der jur. Gewere<sup>182)</sup>, so wie diese sich wiederum deutlich in ihm offenbart. Es stellte nämlich symbolisch den Kläger, d. h. den Inhaber der jur. Gewere, wie den Besitzer dar, welcher die unterbrochene Herrschaft über die Sache eigenmächtig reproducirt. (Vergl. Text bey Note 61 e).

Die zweite, oben angekündigte Klage (Forderung) kommt demjenigen zu, welcher freiwillig fahrende Habe aus seiner Gewere in die eines Andern übergehen ließ, also keine juristische Gewere zurückbehält; sie ist nur gegen den Contrahenten und dessen Erben gerichtet und eine Klage gegen den Dritten steht dem Veräußerer nicht zu. Der Beweis hievon liegt vornehmlich in einer Stelle, welche, ziemlich gleichlautend, in fast allen Quellen des Mittelalters sich findet und von welcher der Verf. zu behaupten wagt, daß sie jedem, der sie unbefangen und ohne vorgefaßte Meinung liefert, ein so klares Zeugniß für unsere Behauptung scheinen muß, wie man es nur immer von den ältern Quellen des deutschen Rechts erwarten kann. Das Sächs. Landr., welches nur wegen seines Alters, nicht gerade wegen seiner vorzüglichen Lesart in jener Stelle, an die Spitze gestellt zu werden verdient, drückt sich also aus:

(II, 60) welcher man einem andern leihet sein pferd, oder andere fahrende habe, oder versetzt oder zu welcher weise die aus seinen geweren mit seinem willen kömmt, verkauft sie denn der, der sie in geweren hat, oder versetzt er sie fürbas, oder verspielt er sie, oder wird sie im gestolen, oder abgeraubet, jener, der sie diesem verliehen

181) Richtsteig a. a. D.: ... sint ick der have nit an en verdige, noch my der nit onderwonden en hebbe, ende nit mer dan min ding mit recht gevordert en hebbe, off ick enigen schaden darum liden darf? dat vint me, he en durfe.

182) Wie oben (Note 96) einige Fälle, in welchen die Anvertigung der Person erlaubt war, angeführt sind, so ist auch der Anfang nicht der einzige Fall einer erlaubten Anvertigung der Sache. (S. unten vom eigenmächtigen Realact §. 15). Aber während alle übrigen Fälle, weil sie dem Berechtigten den außgerichtlichen Angriff nur unter Umständen gestatten, wahre Ausnahmen sind, gründet sich der Anfang auf die Natur des Klagrechts.

hat, der mag daran keine forderung<sup>183)</sup> haben, sunder alleine wider den, dem er sie lieh oder versatzte.

Wörtlich übereinstimmend sind mit dem Sächs. Landrechte das Magdeburg. Recht 114 (Schott I, 80), die Stad. Stat. VI, 18 (Pufendorf I, app. p. 205), die Bremer Stat. Ord. 58 (ebendas. II, app. p. 91), die Hamburg. Stat. 123 (ebendas. III, app. p. 263). Vor allen bemerkenswerth aber sind diejenigen Quellen, welche den Satz, mit Beobachtung der technischen Benennungen für die dingliche und persönliche Klage ausdrücken.

Schles. Landr. IV, 13, 13 hat die unterstrichenen Worte des Sächs. Landr. so: jener, der is in let oder vorsatzte, der mag keine vorderung<sup>184)</sup> noch keinen anfang daran gethun, ahir zu deme, dem her si lies, mag her wol vorderunge darumb gehalten<sup>185)</sup>. — Freiberg. Stat. (Schott III, 299): .... der sy vorlygen hat, en mag daruff keinen anfang thun, sunder forderunge mag er wol haben zu deme, dem er sy gelygen hat<sup>186)</sup>.

183) Das forderung hier nicht in dem technischen Sinne des Wortes (der überhaupt nur in wenigen Quellen beobachtet ist) zu nehmen sey, lehrt der Augenschein. Ist es glaublich, daß der Spiegeltrichter auch nur ein Wort darüber verlieren würde, eine persönliche Klage gehe nicht gegen den Dritten? forderung ist hier in dem allgemeinen Sinne für Klage überhaupt genommen, was bey dem Sachsenspiegel um so weniger auffallen kann, da ihm, wenigstens nach dem Zeugniß mancher Ausgaben, das Wort Anfang gar nicht geläufig ist. Das Magdeburg. Recht, welches in dieser Stelle den Sachsenspiegel wörtlich wiedergiebt, gebraucht forderung an einer andern ganz bestimmt für den Anfang (Art. 90 bey Schott I, 74, 75).

184) Dieses Wort ist hier ganz überflüssig und erklärt sich nur aus dem Bestreben des Verfassers, die Unzulässigkeit jeder denkbaren Klage gegen den Dritten mit besonderm Nachdrucke auszusprechen.

185) Dasselbe Rechtsbuch wiederholt diesen Satz an einer andern Stelle (IV, 13, 4): wer dem andern icht aines gutes liet mit willen... das mag er nicht geanfungen, sunder her mag is wol an jeme wedir vorderen mit rechte. — Gosl. Stat. 522, 175 und 530, 7.

186) Andere Rechtsquellen sprechen dasselbe Princip auf eine etwas veränderte Weise aus. Bair. Landr. (Heumann 152): wer gewant oder anderley gut hinleiht umb lon oder umb tains oder durch areu, wirt das von dem, dem es geliehen ist, versetzet, so sol der, des es ist, an jenen komen, dem er es hat geliehen und sol

Bekanntlich drückt man den in Rede stehenden Grundsatz, dessen Eigenthümlichkeit und Widerspruch mit dem römischen Rechte von jeher Aufmerksamkeit erregt hat, gewöhnlich durch die Parömie aus: „Hand muß Hand wahren“ oder „wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder suchen“<sup>187)</sup>. Alle ältere Schriftsteller verstehen sie auf die, im Vorhergehenden angegebene Weise. In der neuesten Zeit aber hat H a s s e eine Widerlegung dieser Ansicht vorbereitet (Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. I, 23) und E i c h h o r n eine solche in seiner Rechtsgeschichte (§. 361) und weitläufiger in seiner Einleitung ins deutsche Privatr. (§. 169) durchzuführen gesucht. Seine Meinung, wie sie sich aus der Darstellung am letztgedachten Orte entnehmen läßt, ist kurz diese: in beyden Fällen, sowohl der unfreiwilligen als der freiwilligen Entäußerung ist eine Klage gegen den Dritten verstattet, nur mit dem Unterschiede, daß dort der Dritte selbst seinen Vordermann (Geweren) aufsuchen und vor Gericht stellen muß, gegen den sich alsdann der Proceß wendet, widrigenfalls jener die Sache dem Windikanten mit Buße und Wette herausgeben muß; hier dagegen mußte der Kläger, freilich nur, wenn er aufrichtig genug war, zugestehen, er habe die Sache ehemals freiwillig einem Andern überlassen, diesen, der dann der unmittelbare oder mittelbare Vordermann des jetzigen Besitzers war, selbst aufsuchen und gegen ihn sein Eigenthum erstreiten, was jedoch, wie im ersten Falle, die Herausgabe der Sache von Seiten des Dritten zur Folge hatte, jedoch ohne Buße und Wette, zu der hier nur

in anlagen und jenen nicht, dem es gesetzt ist, — Rüb. Recht v. J. 1240, 144: ein jeweilic minsche se, wem he sines dinges wat lene, wennte kummet et also, dat de, deme it gelenet is, it vorkoufft, edder versettet, deghene, de it under sic hevet, mag et bet beholden, denn deghene, de dem andern dat gelenet hevet. — Vergl. auch Culm. Recht V, 6.

187) Die Parömie selbst, ihrer eigenthümlichen Form nach, scheint nichts weniger, als alten Ursprungs, da die älteste Rechtsquelle, in der sie gefunden wird, die Verdenschen Statuten (aus d. 14ten Jahrh.) sind. Verd. Stat, 57 (Pufendorf I, app. p. 98): so welk man dem andern lenet sin perdt u. s. w. (S. Sächs. Landr. a. a. D.) ... degene, de it ersten gelenet hefft, de waret sinen man, deme he it gedan hefft. (Eichhorn, Einleitung §. 169 Note l). Das Wort wahren ist hier nicht etwa in dem Sinne von geweren, als Bezeichnung der Verpflichtung des Autors, sondern in einem ganz unjuristischen zu nehmen, nach welchem es dasselbe sagt, was unser heutiges wahrnehmen, im Auge haben, oder behalten.

der erste Empfänger verurtheilt werden konnte. Unter den oben gesammelten Stellen ist es vornehmlich der Artikel des Sächs. Landrechts, auf den Eichhorn seine Meinung gründet. Die wichtigsten Worte desselben (der en mag daran keine forderung haben, sunder alleine (ane) uf den, dem er sie lihe), erklärt er (a. a. D. Note f), wenn ich ihn recht verstehe, dergestalt einschränkend, daß dadurch nur die Befreiung des Dritten vom Bezahlen der Buße und Wette bezeichnet werden soll, die in diesem Falle nur der erste Empfänger erlegte, worauf er sich (Note g) weitläufiger darüber ausläßt, in welchen Fällen dieser wirklich dazu verbunden war. Es sey dem Verfasser erlaubt, die Entscheidung zwischen dieser Interpretation und der seinigen dem Leser zu überlassen. Vor Allem aber müssen zwey Stellen des Sächs. Landr., die in der That wichtige Zweifel gegen die obige Ansicht erregen, und auf die sich auch Eichhorn stützt (§. 168 Note i, §. 169 Note a), entfernt werden.

1) Sächs. Landr. III, 22: wer dem andern leihet sein pferdt oder kleider zu bescheidenen tagen, helt ers über die zeit und wird er darumb beklagt, er mus es zu hand widergeben und bessern, ob er es geerget hat. dieberey noch raubes mag er in aber nicht gezeihen daran, sintemal das ers jm selber lihe. unterwinden mag sich auch wolein man seines gutes, wo er es sieht, mit recht, das man im mit unrecht vorhelt über bescheidene zeit; womit wörtlich übereinstimmt das Schles. Landr. IV, 13, 14.

Wenn man den Ausdruck sich unterwinden seines gutes, wo er es sieht, für Bezeichnung des Anfangs nimmt (Note 168), so scheint diese Stelle mit der kurz vorhergehenden des Schles. Landr. (a. a. D. 4), wie sie oben (Note 185) abgedruckt ist, in unauf löslichem Widerspruch zu stehen. Dennoch weist eben diese letztere Stelle durch einige Worte<sup>188)</sup>, deren Anführung für diesen Ort absichtlich aufgespart ist, auf die erstere (dist. 14) hin, und belehrt uns, wie das Recht, sich der Sache zu unterwinden, als eine unter ge-

---

188) Es heißt dort nämlich so: wer dem andern icht siner gutis liet mit willen und helt her im nicht das vor wedir sinen willen und wedir recht, das mag her nicht geanfangan, sunder her mag is wol an jeme wedir vordern mit rechte.

wissen Bedingungen eintretende Ausnahme mit der Regel, nach welcher nur die Forderung zusteht, zu vereinbaren sey. Worauf gründet sich nun diese Ausnahme? Zunächst kommt Alles darauf an, den Sinn der Worte „das man im mit unrecht vorhelt“ richtig zu fassen. Daß der Commodatar dem Eigenthümer die Sache vorenthält, ist ja, der Natur der Sache nach, Bedingung jeder Klage überhaupt. Soll nun der Eigenthümer die geliehene Sache, derentwegen er klagbar werden muß, nur fordern, nicht anfangen dürfen, so ergiebt sich zunächst, daß dasjenige Vorenthalten, welches die letztere Procedur ausnahmsweise rechtfertigt, nach angestellter Forderungsklage eintreten müsse. Dieses ~~und~~ worin es bestehe, zeigt nun eine Stelle des Richtsteigs, die unverkennbar einen Commentar über die angef. Stelle des Sächs. Landrechts enthält.

Richtsteig d. Landr. 11: dit (fahrende Habe) mach de cleger anspreken twyerleye wüs.. myt ener schlechten ansprache (die Forderung des Schles. Landr.) off hy mach dat anfangen. sprekestu sün wort in schlechter klage, so spreke aldus: N. claget, dat N. dat sin hebbet.. spreke den de antworter: her richter, onschuldig bin ick des, dat ick des süns hebbe. wonoer he aldus von dy kamen will, so hevestu twyerleye kore, woltu, du bewarest dat, dat hü nicht sweren mach, so vrage: her richter.. na dem dat wü dat onder oem bewisen mogen, off hü et oens mit sinem ede versaken moge? so vünt men, he no moge <sup>189)</sup> woltu ihn ock schänden, so laet oen den ed thun unde anfa (al. anfrage) darna deine have, so en helpet oem sin eed nit... sommige lüde seggen dat anfang en geschyt to rechte, denn an deme, dat verstolen off gewonnen wert, des en is doch nit, went ein jclich man moet des sins sich wol unterwinden, wair hüt et siet.

Es ist klar, daß das Anfangen nach dem geleisteten Meineid lediglich die Stelle des Beweises der Sache unter dem Befiger, d. h. der Ueberführung durch den Augenschein, den der

---

<sup>189)</sup> Sächs. Landr. 1, 15: schuldiget man den man umb das, das er unter sich nicht hat, des entgeht er mit seiner unschult, was man aber unter im bewisen (d. h. durch den Augenschein überführen) mag, dafür antwortet er on unschult. (Vergl. d. Note 46 angef. Diff. §. 11).

Kläger vor dem Eide veranlassen konnte<sup>190)</sup>, vertritt. Daher bezeichnet das Wort an dieser Stelle, nicht, seiner technischen Bedeutung gemäß, die Klage gegen jeden Dritten, sondern es ist in seinem ursprünglichen Sinne gebraucht, von dem jener technische selbst erst abgeleitet ist (Note 177), nämlich für: eine Sache bey jemanden finden und ergreifen<sup>191)</sup>, daher liefert ein anderer Coder des Richtsteigs die unterstrichenen Worte so: unde halo (halte, halte auf; vergl. Note 177) oen darna to dem dinghe.

2) Die (oben weggelassenen) Schlussworte des Sächs. Landr. (II, 60): stirbt aber jener (dem der Kläger die fahrende Habe lieh, oder versetzte)<sup>192)</sup>, so ziehe er sich zu seinem gute gegen die erben oder gegen den richter, ob es jm für ledig gut gebüre, erregen Zweifel gegen die oben verteidigte Ansicht, wenn man die technische Bedeutung des Ausdrucks „sich zu der Sache ziehen“ (Note 168) geltend macht, weil alsdann folgen würde, dem Veräußerer stände wenigstens gegen die Erben seines Contrahenten (mithin nothwendigerweise auch gegen ihn selbst) die Wahl zwischen der in rem und personalis actio zu. Daß aber der Spiegel bey jenen Worten lediglich eine Ungenauigkeit des Ausdrucks sich hat zu Schulden kommen lassen, ergiebt sich aus der Art, wie die andern, oben gesammelten Stellen jene Schlussworte haben. Diejenigen, welche im Uebrigen mit dem Sächs. Landr. wörtlich übereinstimmen, drücken sich blos so aus: storve de och, he scolde id vordern up sine erven. Merkwürdiger sind die Worte des Schlef. Landr.: stirbt auch der, dem her is gegin oder versetzt hat, so czihe her sich zu dem erben noch dem gute. Trotz der Ähnlichkeit zwischen diesen Worten und denen des Sachsenspiegels, entfernt doch die Art, wie hier das Wort „ziehen“ construirt wird, jeden Gedanken an seine technische Bedeutung. Am bestimmtesten drücken sich die Freiberg. Stat. aus: stirbt jener, so mag er dy forderunge thun zu synem erben nach synem gute mit rechte.

190) Auf die in der Gl. zum Weichbild, 23, beschriebene Weise.

191) Ueber die Bedeutung dieser Befugniß zum außergerichtlichen Angriff der Sache, welche dem zur Forderung Berechtigten ausnahmsweise zukam, s. Note 182.

192) Daß das Wort jener auf diesen, nicht auf den dritten Besizer bezogen werden muß, kann wohl nicht bezweifelt werden, weil letzterer in der ganzen Stelle gar nicht genannt wird.

## Modifikationen der vorstehenden Grundsätze über den Anfang.

Die Grenze zwischen den Gebieten der dinglichen (Anfang) und persönlichen Klage (Forderung), wie sie im Vorhergehenden gezogen worden ist, ward schon frühe auf einzelnen Punkten verschieden bestimmt und modificirt. Es ist noch übrig, die Modifikationen, so weit sie in das Mittelalter gehören, genauer anzugeben.

I. Die strenge Ausschließung des freiwillig Veräußernden von jedem Anspruch gegen den Dritten, wurde auf folgende Art gemildert:

a) Nach dem Grundsatz „Hand muß Hand wahren“ durfte jeder Commodatar u. s. w. auf jede Weise veräußern, da nur er selbst dem Eigenthümer persönlich verpflichtet war<sup>192a)</sup>; eben daher durfte er sich der geliehenen Sache auch bedienen, um durch sie seine Gläubiger zu befriedigen. Wie aber, wenn er nicht freiwillig sie dazu verwandte, sondern es darauf ankommen ließ, daß man ihn auspfändete? Stand diese gezwungene Veräußerung der freiwilligen gleich? Diese Frage scheinen die einzelnen Rechte nicht auf gleiche Art beantwortet zu haben. Die einen lassen auch bey der gezwungenen Veräußerung die Strenge des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren“ eintreten<sup>192b)</sup>. Die andern dagegen haben den Grundsatz, daß Güter, welche nicht des Schuldners Eigenthum sind, von den Gläubigern zum Zweck ihrer Befriedigung nicht in Anspruch genommen werden dürfen<sup>192c)</sup>. Der Gesichtspunkt, den diese Rechte auf-

192a) Lüb. Recht (cod. Brokes II. 333): ein jeweil minsche se to, weme he sin gudt belove, lenet en dem andern wat.. he mach dat wol verkopen, deme dat gelenet is, sunder broke.

192b) Lüb. R. a. a. D.: lenet en dem andern wat und wirt et bekummert mit rechte von desjenen wegen, de dat gut gelenet hefft, so kann de dat nicht fryen, de dat utgelenet hefft, men idt mot tho den schulden denen, deme idt gelenet is.

192c) Bair. Landr. (Heumann S. 153): wer gewant oder ander gut hialeibt umb lon, oder umb treu, wirt das von dem es gelihen ist, versetzt, so sol der, des es ist, jenen nicht anlagen, dem es gesetzt ist.. chöm auch jeman an jenen, dem es gelihen ist, und wolt im daz gut nemen mit dem rechten umb gelt, so sol jener es versprechen, des es ist. wär auch, das es mit frampoten aus wurd getragen, als der stadt recht

fasten, war, wie es scheint, der, daß man die, von den Gläubigern nachgesuchte, Pfändung wie eine auf die Sache selbst gerichtete Klage ansah, und diese hatte immer die Folge, daß sie dem Eigenthümer, als dem Geweren, angekündigt wurde, damit sie ihm abgewonnen würde.

b) Einige Rechtsquellen machen einen Unterschied zwischen den Geschäften, vermöge deren eine fahrende Habe mit unserm Willen aus unserer Gewere in die eines Andern übergeht, und während sie bey einigen der alten Strenge treu bleiben, gestatteten sie bey andern dem Eigenthümer die Klage gegen den Dritten. Das Princip dieser Unterscheidung war dieses: diente die Sache, der Absicht des Geschäftsgemäßen, den selbstnützigen Zwecken des Empfängers, so blieb es bey der Regel „Hand muß Hand wahren“, im entgegengesetzten Falle trat die Milderung zu Gunsten des Gebers ein <sup>192 d)</sup>; jedoch

ist, und verhauf, und daz er es nicht versprach, ob er es west, so mag der, des es gewesen ist, nicht mer dornoch sprechen, doch chumbt er wol an jenen, dem ers gelihen hat. — Gosl. Stat. 515, 56: heftt eyn ein pant dat he heftt gelovet weder to antworden, wante dat von ome lost werde, dat ne mach men onder ome nicht besetten. — Jura civ. Nordhus. (bey Senkenberg vis. div. p. 344): niemand mag pfanden oder mit gerichte behalten etwelche güter oder dinge, die des nicht seind wissentlich, den man pfandet. — Culum. Recht V, 4: gebit ein man syn gewant eime snyder machene, oder vermitet eime syn pfert, und wirt der snyder abetrünnig und blybet den luten schuldig, so mogen sich dy lute, der daz gewant ist, sich wol dorzu zyhen und es verantworten mit dem rechte und dy lute, den der abetrünnige man ist schuldig blihen, mogen das gewant, oder vihe nicht vor yre schult besetzen noch erlagen. Daz gegen heift es ebendas. 6.: ayn man gibt tzu behalden, odir lyet eime manne syne habe, oder gebit sy ym zu machene, der selbe man versetze dy habe vorbas eime andern manne vor gelt, so darf der man, deme die habe versetzt ist, dem ersten manne nicht antworten.

<sup>192 d)</sup> Lübb. Recht, v. J. 1240 Art. 143: von gute to makende. doit en man kledere, eder anders wat jemande to makende und verkauft, eder vorset dat jene, deme it gedan is, dejenne, de it dede, mag it bet beholden, denn it jemand eme entseggen moge. Dagegen vergl. d. folg. Art.: en jewelic minsche se, weme he sines dinges wat lene, wente kumt et also, dat, deme dat gelenet is, it vorkofft eder vorsettet.... de ghenne, de it under sic bevet, mag et bet beholden, den dejenne, de deme andern dat gelenet bevet. — Augsb. Stat. 298 (Walch IV, 300): emphilet ein man dem andern sein gut,

musste in diesem Falle der Vindicant dem Dritten so viel erstatten, als das Interesse des ersten Empfängers<sup>192e)</sup> an der Sache betrug, z. B. derjenige, der einem Andern Waaren zur Aufbewahrung gegeben hat gegen einen Lohn (Lagermiethe), kann sie selbst zwar den Gläubigern seines Contrahenten entziehen, jedoch nur gegen Erlegung der rückständigen Lagermiethe<sup>193)</sup>. Ein juristisches Princip kann man dieser Modification der Regel „Hand muß Hand wahren“ wohl schwerlich abgewinnen, für die Billigkeit derselben mochte etwa folgende Ansicht sprechen. Derjenige, welcher aus dem Verhältnisse seines Autors überhaupt (man denke an den „Amtmann“ in der Note 192d, 193) und insbesondere zu der einzelnen Sache (z. B. man hatte ihn dieselbe, als bloß deponirtes Gut, nie brauchen und nutzen gesehen) muthmaßen konnte, er sey nicht Eigenthümer, schien in geringerem Grade Sicherheit vor den Ansprüchen Dritter zu verdienen, als derjenige, dem sein Vordermann keinen Grund zu einem solchen Argwohn gab. Ist diese Ansicht richtig, so läßt sich auch folgender Fall unter eben die Modification, von der hier die Rede ist, bringen. Der Herr durfte seine Habe, die sein Diener veräußerte, von jedem Dritten vindiciren, und zwar nicht bloß, wenn sie ihm jener vorher entwendet (dazu reichten die regelmäßigen Grundsätze über den Anfang hin), sondern auch, wenn er sie mit seinem Willen in Händen hatte<sup>194)</sup>.

dafs er im verkaufe... gibt er (seinem Gläubiger) das gut ze gelte, und komet jener hernach, defs das gut gewesen ist, so soll man ihm wideregeben.

192e) Diese Vindication, verbunden mit einem theilweisen Erbsage, ist nicht zu verwechseln mit einer andern Modification der Regel „Hand muß Hand wahren“, nach welcher dem Dritten das Interesse, welches er selbst an der Sache hatte, erstattet werden mußte. S. weiter unten c.

193) Brem. Stat. 43. (Pufendorf II, app. p. 49.) — Einlandes res Beispiel findet sich in den Stad. Stat. V, 15 (ebendas. I, app. p. 194): so we eneme amtmanne doit sin gut to makende (vergl. Lüb. R. 143, Note 192d), de amtman mach dat gut nicht hogher versetten, denne vor sinen lon... de husherre mag ock dat gut nicht hogher holden, den dat lon wert, was daran de amtman heben scholde. — Hamburg. Stat. 71 (ebendas. III, app. p. 246). — Goslar. Stat. 494, 45.

194) Salsfeld. Stat. 12 (Walch I, 17): wird ein knecht in die stad gesant mit eneme pferde, verspilt er das pferd oder kleider seines herrn, kommt der herr darnach und anvangit is, als recht is.. — Schles. Landr. IV, 13, 8 (Note 168). — Die Augsb.

c) Eine sehr wichtige Milderung unserer Regel war es, daß der Eigenthümer von dem Dritten gegen Erlegung des Interesses, welches dieser an der Sache hatte (des Kauf- oder Pfandschillings), sie zurückfordern durfte<sup>195</sup>).

d) Sehr vereinzelt stehen folgende Modifikationen:

Schwab. Landr. 253 §. 3, 4 (vergl. Note 172): und ist, das mir eyn gut verstolen wirt, das nicht mein ist, do sal ich der clager dazu seyn und sterbe ich abir, adir entwyche ich davon, so sal der man, des das gut ist, darumme clagen. Hieraus ist diese Stelle wörtlich übergegangen in das Culm. Recht V, 33<sup>196</sup>). Augsb. Stat. 393 (Walch IV, S. 391): was man einer käufflerin einpfilet... wenn sie es gibt zu verkaufen (statt: wenn sie es verkauft), ob die verkäuferin jenen nicht wehrt (bezahlt), hat sie jener gewehrt, so ist es sein, so mus sich jener heben an die verkäuferin, der er sein gut empfal, ist aber, das jener darauf komt, eh das es der verkäuferin vergolten würde, so soll man dem selbscholen sein pfennig antworten oder sein gut wider, waders er will.

II. So wie nach dem Bisherigen die Regel „Hand muß Hand wahren“ zum Vortheil des Eigenthümers beschränkt, der Umfang der dinglichen Klage erweitert wurde, so fiel auf der andern Seite der Anfang in gewissen Fällen fort, in denen er, der Regel nach, hätte Statt finden müssen.

a) Bekannt ist das Privilegium der Juden, wonach sie auch gestohlene Sachen, die sie bona fide erworben hatten,

Stat. 399 (Walch IV, 395) wenden auch auf diesen Fall den, bei Note 193 erwähnten, Grundsatz an: ob der herr seinem ehalten (Diener) des lohns icht schuldig ist, das soll er jenem geben, in des gewere er das gut funden hat.

195) Rüb. Recht 144 (vergl. Note 192 d): .... kumt dat also, dat deme dat gelenet is, dat verkofft, edder vorsettet, unde ofte idt bekumert wert, eder holt et jemand up, dejenne, de dem andern dat gelenet beff, is pslichtig, dat to losene, esse he dat wedder hebben wil (vergl. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. I. S. 40). — Das Bair. Landr. in der, Note 192 c citirten, Stelle schließt mit den Worten: er mag es auch wol wider lösen alz teur es versetzt und verkauft ist.

196) Sie ist einer von den 58 Artikeln, welche, am Ende des alten Culm. Rechts, aus dem Schwabenspiegel entlehnt sind. (Vergl. hierüber die, Note 33 angef. Abh. Note 41 folg.)

nicht anders, als gegen Erstattung des Kaufpreises oder Pfandschillings sammt den Zinsen herauszugeben brauchten<sup>197)</sup>.

b) Sachen, die im Kriege erbeutet waren, konnten nicht vindicirt werden<sup>198)</sup>.

c) Nach den Hamburger<sup>199)</sup> und den ihnen verwandten Statuten waren Güter, die „über die gesalzene See“ in die Stadt gebracht wurden, der Vindication nicht unterworfen<sup>200)</sup>.

## §. 12.

### Die juristische Gewere, als einziger Grund der dinglichen Klage in Bezug auf Immobilien.

Es ist bereits oben (§. 10 a. A.) bevormortet worden, daß der daselbst aufgestellte Satz in Bezug auf die Immobilien nicht zu dem Grade der Evidenz erhoben werden könne, wie in Bezug auf die fahrende Habe. Die Zweifel, welche die erstern treffen, sind indes nicht von der Art, daß wir auf Fälle stoßen, wo entweder die jur. Gewere unstreitig existirt und dennoch eine dingliche Klage nicht erwiesen werden kann, oder

197) Sächs. Landr. III, 7: was der jude anders dinges (als Keltche, Bücher, Messgewand) keuffet oder zu pfande nimt, unverholen und unverstolen bey tageslicht und nicht in beschlossenen heusern, er behelt seine pfennige daran, die er darumb gab oder darauff lihe, ob es wol gestolen ist. Schles. Landr. III, 1, 25: ... spricht denne der jude: is ist meyn pfand, das wil ich bewern uff moyses buch mit meinem eide, do is mir gesetzt wart, das ich nicht wuste, ap is abegeraubit adir abgestolen were, wenne her das thut, so hot der jude doran sin gelt mit dem wuchir. — Augsb. Stat. 48 (Walch IV. S. 83). — Jura Tremonensia (bey Dreyet, Nebenst. S. 426). — Gosl. Stat. 531, 22.

198) Stad. Stat. VII, 7 (Pufendorf I, app. p. 211): so wat ein man under eines herrn banner wint in eneme stride, spricht dat goet jenich man an dhuye ofte rof, dat is de man nagher to beholdende .. dhan it ome jenich man astowinende si. Hamb. Stat. 98 (ebendas. III, p. 255). Zus. f. d. Erf. Stat. (S. f. 10, 2).

199) Die ältern Codices des Lüb. R. erwähnen dessen nicht; über das neuere Lüb. R. s. Note 270 a.

200) Hamb. Stat. a. a. D.: so welker hand gut ein man bringet in dese vrien stat over de solten see, spreke dat jenich man an vor duve edder roff.. dat is he neger to beholtende in sinten weren mit tven bederven mannen, de dar waren, dat he dat gut koste.

jene unstreitig nicht vorhanden ist, und dennoch die letztere angenommen werden muß, sondern sie haben ihren Grund darin, daß für gewisse Fälle die Existenz der juristischen Gewere selbst sehr zweifelhaft ist. In Betreff einiger dieser Fälle sieht sich der Verf. auch außer Stande, diese Zweifel genügend zu lösen, in Betreff anderer soll es in dem besondern Theile der Abhandlung versucht werden. Die auf diese Weise im Allgemeinen charakterisirte Lage der Sache wird durch Anführung des Einzelnen anschaulicher werden.

Die beyden Sätze, welche wir behaupten, sind diese: die juristische Gewere, als solche führt immer eine dingliche Klage mit sich, und, wo jene fehlt, kann nur eine persönliche Klage Statt finden.

1. Was den ersten Satz betrifft, so läßt sich allerdings für viele Fälle der jur. Gewere das Daseyn der dinglichen Klage mit ausdrücklichen Zeugnissen beweisen, leider aber sind es nur solche, in welchen der Kläger zugleich als Eigenthümer, oder, nach unserer heutigen Ansicht, als Inhaber eines dinglichen Rechts erscheint <sup>201</sup>). Dagegen fehlt es an Beweisen für die

201) Wenn jemanden von einem „Herrn“ sein Erbe mit Gewalt genommen und von diesem einem Dritten verkauft ist, so mag er binnen Jahr und Tag (§. 13) es „ansprechen“ und „sich dazu ziehen“ (Schöffenuyth. bey Böhme VI, 155, 156). — Der Erbe „zieht sich zur Sache, unterwindet sich derselben“ sowohl nach dem Tode seines Vorgängers, als auch, wenn dieser das Grundstück wider den Willen jenes veräußerte (Schles. Landr. I, 14, 1. — Sächs. Landr. I, 52). — Derjenige, welchem ein Gut gerichtlich aufgelassen ist, z. B. zu Sachungsrecht, ohne Uebertragung des Besitzes (§. 17), oder zu Leibgeding, oder dem ein Zins an einem Grundstücke bestellt ist (§. 18), klagt gegen den Dritten, dem es der Eigenthümer hinterdrein veräußerte. Schöffenuyth. a. a. D. 99: vorkauft ein man sinen hoff und reicht das uf vor gerichte, den hoff mogin des mannes schuldiger nicht bekummern vor ere schult (weil sie keine Gewere daran haben), is en si denne, das der man, eh er den hoff vorreicht, den schuldigern hette gelobit vor gerichte ere schult zu bezalen by seinem eigen, wo das geschege, so mochten dy schuldiger den hof wol bekummern und dy ufreichunge by jare und tage wedirsprechin. (Vergl. Culm. Recht IV, 93). — Batr. Landr. (Heumann 87.) — Schöffenuyth. a. a. D. 114: verkauft ein man dem andern ein erbe und vorswiget in dem kaufe des jerlichin zinses, der daruff stet, so sol der man sinen zins behalden, als er den in gewere hot, in dem verkaufte erbe. — Wer sein Eigen nur auf dem Wege der simplen Tradition, oder einer Investitur im Lehengericht (Note 145) einem Andern überläßt, klagt gegen den Dritten, dem es dieser widerrechtlich gera-

dingliche Klage des unrechtmäßigen Besitzers und desjenigen, der, wie wir heutzutage sagen, ein bloß persönliches Besitzrecht hat (Pächter). Der Folgerung aber, die man hierauf gründen könnte, die dingliche Klage sey nicht Wirkung der Gewere an sich, sondern gewisser, mit einem bestimmten innern Charakter begabter Rechte an der Sache (gewisser causae der Gewere), widerspricht auf das Nachdrücklichste der Umstand, daß gerade bey den Immobilien weit häufiger, als bey der fahrenden Habe, statt der causa, allein die juristische Gewere genannt wird, als dasjenige Moment, worauf die ganze Wirksamkeit des Rechts ruht<sup>202</sup>). Der Zweifel, welchem unsre Quellen in Betreff der Klage des improbus possessor, des Pächters und ähnlicher Besitzer, Raum geben, fällt also auf den zurück, ob diesen Personen so gut, wie dem Eigenthümer, Vasallen u. s. w. die jur. Gewere zugeschrieben werden dürfe. (Siebt man dieses<sup>203</sup>) zu, so ist auch die dingliche Klage für sie constatirt.

2. Was den zweiten Satz betrifft, so ist es klar, daß, ob er auch in Hinsicht der Immobilien wahr sey, oder nicht, nur in den Fällen sich zeigen kann, wo jemand durch gerichtliche Auflassung in einem Gericht desjenigen Rechtsgebietes, dem seine Gewere angehört<sup>204</sup>) (der Eigenthümer also im Landgericht)

äußert, z. B. der Lehnherr „unterwindet sich“ des, vom Vasallen ohne seinen Consens verpfändeten, Lehens. Schwäb. Lehnr. 155 §. 1.

202) Die Belege hievon liefert die bisherige Darstellung der jur. Gewere an mehreren Stellen. Wenn gesagt werden soll, es bleibe dem Vasallen, der gewaltsam des Besitzes entsetzt ist, sein Recht an der Sache ungekränkt, so wird nur die Gewere genannt (§. 5, 1). Statt des Eigenthumserwerbes durch gerichtliche Auflassung wird der Uebergang der Gewere auf den Erwerber genannt (§. 8). — Um den Eintritt des Erben in das Recht des Erblassers zu bezeichnen, ist es nicht genug, den Uebergang der causa auf den erstern anzugeben, sondern ein noch größeres Gewicht wird auf die Transmission der Gewere gelegt (§. 6).

203) Gerade diese Fälle sind es, für welche das Daseyn der jur. Gewere zu erweisen, der Verfasser sich außer Stande erklärt hat. Auch die Analogie der fahrenden Habe ist in Hinsicht des Pächters u. s. w. nicht entscheidend, weil bey dieser der Eigenthümer keine dingliche Klage hat, einer aber sie nothwendig haben muß, und, was den Fall des unrechtmäßigen Besitzers betrifft, so ist er auch in Betreff der fahrenden Habe derjenige, für welchen die Existenz der dinglichen Klage und jur. Gewere am ungenügendsten erwiesen werden konnte.

204) Nur diese Auflassung hatte ja die Kraft, die Gewere gänzlich zu zerstören.

ein Recht an seinem Grundstücke constituirte, wodurch das selbige nicht gänzlich und für immer zerstört wurde, wohin denn namentlich die Sagung und die Bestellung eines Leibgedinges gehöret. Sieht man es nun einerseits für gewiß an, daß der Eigenthümer in diesem Falle eine dingliche Klage behalte, und geht andererseits von der Ansicht aus, daß, wie bey der fahrenden Habe die simple Tradition, so bey Immobilien die gerichtliche Auflassung im Landgerichte in jedem Falle, ohne Rücksicht auf die causa des übertragenen Rechts, die Gewere des Eigenthümers zerstöre, so würde auf diesem Punkte unser Grundsatz, eine dingliche Klage sey nur Wirkung der jur. Gewere, widerlegt seyn. In der That aber ist beydes, wenigstens in Hinsicht der Sagung in gleichem Grade ungewiß und bedarf erst einer nähern Untersuchung, die weiter unten folgen wird. Das Resultat derselben wird seyn, daß dem Eigenthümer in jenen Fällen die Gewere (zu Eigenthum) neben der des Leibzüchters und Sagungsgläubigers bleibt, und daher auch die dingliche Klage, so daß bey Immobilien die Vernichtung der Gewere des Veräußerers nicht blos von der Form der Veräußerung, wie bey der fahrenden Habe, sondern auch von der causa des übertragenen Rechts abhängt.

### §. 13.

#### Rechte Gewere an Immobilien.

Der Zusammenhang, in welchem die Untersuchung über die rechte Gewere mit dem Vorhergehenden steht, wird von selbst einleuchten, wenn wir das Resultat derselben in folgendem Satze zusammenfassen: Die dingliche Klage, welche aus der juristischen Gewere an Immobilien entspringt, erlischt zwar an und für sich niemals, wohl aber wird sie dadurch unwirksam gemacht, daß der Gegner in dasjenige Verhältniß zur Sache kommt, welches technisch die rechte Gewere<sup>205)</sup> genannt wird; diese nämlich sichert ihn gegen jede dingliche Klage, sofern deren Zweck mit dem Rechte, welches, als causa, der rechten Gewere

205) Das Erlöschen der Klage war daher nicht Folge einer Extinctiv-, sondern einer Adquisitivverjährung, in deren Kategorie die rechte Gewere gehört. Vergl. insbesondere Note 228.

zum Grunde liegt, unvereinbar ist <sup>206</sup>). Der Gesichtspunkt also, welcher den Zusammenhang zwischen der Lehre von der juristischen und der rechten Gewere vermittelt, ist der, daß letztere als ein Institut erscheint, wodurch die Wirksamkeit der ersteren entweder beschränkt oder gänzlich vernichtet wird <sup>207</sup>). Bey der genauern Erörterung und Begründung des obigen Satzes nöthigt uns die Beschaffenheit der Quellen, mit dem Beweise der Wirkungen der rechten Gewere den Anfang zu machen und dann zur Darstellung der Bedingungen überzugehen, vorläufig jedoch auf eine der letztern, die bekannteste von allen, aufmerksam zu machen, nämlich auf die, daß die Gewere, welche zu einer rechten Gewere erhoben werden soll, Jahr und Tag gedauert haben muß <sup>208</sup>).

206) Wer z. B. eine rechte Gewere zu Leibgeding (ususfructus) oder eine rechte Lehngewere hat, kann zwar den Eigenthümer zurückweisen, so fern er das unbeschränkte Eigenthum, nicht aber, so fern er bloß die nuda proprietas, oder das dominium directum in Anspruch nimmt.

207) Um durch den Gegensatz die hier aufgestellte Ansicht in ein helleres Licht zu setzen, stehe hier eine Skizze derjenigen, welche Eichhorn über die Wirkungen des Besizes von Jahr und Tag (folg. Note) hat (vergl. St. u. R. G. §. 356, Einleitung §. 172 Note h, §. 174). Nur der gesetzliche Erbe ist derjenige, dessen Ansprache durch den einjährigen Besiz des Segners unbedingt vernichtet wird, sey es, daß jener das Gut aus dem Grunde einer, ohne seine Zustimmung vorgenommenen, Veräußerung, oder als ein, durch den Tod des Vorgängers ihm angefallenes, Erbe in Anspruch hätte nehmen können. Gegen andere Kläger gewährt der Besiz von Jahr und Tag nur Sicherheit, so fern sie nicht eine „stärkere“ Gewere nachweisen. Was Eichhorn sich unter stärkerer Gewere denkt, ist mir, gestehe ich, nicht ganz klar geworden; daß aber die Stelle, auf die er sich beruft (R. G. a. a. D. Note h), keinen Beweis für den Sieg einer juristischen Gewere über die rechte Gewere des Beklagten enthalte, wird sich weiter unten ergeben (Note 839 folg.). Den Fall der Klage des Erben sondert Eichhorn von den übrigen auch in so fern ab, als er die Vernichtung der erstern durch den einjährigen Besiz des Segners gar nicht zu den Fällen der rechten Gewere zu zählen scheint (Einleitung §. 174 Note d, e, vergl. mit Note l). Uebrigens sieht er jene als Extinctivverjährung an, wofür aber seine rechte Gewere in den Fällen, wo sie wirklich die Klage unwirksam macht, gelten solle, ob für erlöschende, oder erwerbende Verjährung, darüber erklärt er sich nicht.

208) Vergl. unten No. II. — Eichhorn St. u. R. G. §. 356. Note b.

A. Was nun die der rechten Gewere beigelegte Wirkung betrifft, nach welcher sie jede dem Rechte ihres Inhabers feindliche Klage elidirt, so lassen, wie ich glaube, unsre Quellen gerade in diesem Punkte weit weniger zu wünschen übrig, als in vielen andern, die man dennoch für viel unzweifelhafter hält. Denn

1) erstens liefern sie eine reiche Ausbeute von Stellen, die jenen Grundsatz in der größten Allgemeinheit aussprechen.

Salsfeld. Stat. 150 (Walch I, 50): wer einen hof ansprechen wil, der sal en ansprechen bi jare und bi tage, tete her daz nicht, wenn jar und tag vergeht, her mag ihn nicht gevordern. — Freib. Stat. V, 22 (Schott III, 176). — Ebendas. 35 (S. 180): welch man eigen und erbe hat in gewalt und in siner rechten gewere jar und tag, der beheldet is vor allirmenlich. — Bair. Landr. (Heumann 151): wer umb aigen wirt angesprochen das er jar und tag bey nutz und gewer ist gesessin und das bereden mag, der sal fürbas sein aigen ane alle ansprache haben. — Augsb. Stat. 341 (Walch IV, 329): ist das ein man gut hot, das eigen ist, jar und tag, so sol er fürbas geruhet sein, ist es lehn, hat ers ein jar sechs wochen und einen tag, so sal er fürbas es geruhlich haben, ist es erblehn, zinslehn, wer das jar u. tag in stiller gewer hat, der soll fürbas ein gericht man sein, hat ein frau jar u. tag ein leipding, die soll auch damit geruht seyn <sup>208 a</sup>).

2) Zweitens besitzen wir eine nicht geringe Anzahl von Stellen, nach welchen sich unser Grundsatz auf einzelne Fälle der mannichfaltigsten Art anwenden läßt. Die Frau, der eine

208 a) Daß die Sicherheit, welche in der letztgenannten Stelle dem, der eine rechte Lehn-, Zinslehn-, Leibgedingsgewere darthut, ganz allgemein zugeschrieben wird, auch den Fall umfasse, wo er dem Eigenthümer gegenüber steht, ist doch wohl einer ungezwungenen Interpretation angemessen, während nach der Ansicht Eichhorn's, wenn ich nicht irre, das Eigenthum, als die „stärkere“ Gewere den Sieg davon tragen müßte. — Vergl. noch Note 214. — Ein indirekter Beweis unseres Grundsatzes liegt auch darin, daß der Autor nicht länger, als Jahr und Tag, die Sache zu geweren braucht. Schles. Landr. I, 36, 1, I, 44, pr. — Freib. Stat. (Schott III, 163). — Haubold de orig. et fati usuc. rer. mob. p. 28.

Leibzucht an einem Grundstücke bestellt war, welches der Ehemann hinterdrein veräußert, büßt ihr Recht ein, nachdem der Käufer die rechte Gewere gewonnen hat<sup>209</sup>). Der Mann verliert nach Jahr und Tag sein Revokationsrecht, welches ihm Kraft seiner „Gewere zu rechter Vormundschaft“ (§. 24) in Bezug auf Sachen der Frau zustand, die diese wider seinen Willen veräußerte<sup>210</sup>). Derjenige, welchem ein Grundstück verpfändet wurde (ohne Uebertragung des Besizes, §. 17), muß sein Recht gegen den spätern Käufer desselben binnen Jahr und Tag verfolgen<sup>211</sup>). Der Aftervasall, welcher sein Leben dem Oberlehnsherrn aufträgt und von ihm wieder damit belehnt wird, weist seinen frühern Lehnsherrn nach Jahr und Tag zurück<sup>212</sup>). Selbst derjenige, der durch Raub und Gewalt des Besizes entsetzt worden ist, wird von dem, der eine rechte Gewere an der Sache erworben hat (was freilich dem Diiicienten selbst nicht möglich ist), ausgeschlossen<sup>213</sup>). Dem Lehnsherrn,

209) Salfeld. Stat. 39 (Walsch I, 24): machet ein man siner huz frawen lipgedinge und vorkauft daz wider, swiget si jar und tag, si muz immer swigen. — Schles. Landr. I, 24, 1. — Urk. 396, 402 bey Kennep, Leihe zu Landstedelrecht. — Selbst, wenn der Veräußerer das Gut nach Jahr und Tag wieder erwirbt, erwacht die jur. Gewere der Frau nicht, wie sich aus einem ähnlichen Falle d. Culm. Rechts (IV, 26) ergibt: gebit und vorreichet ein vatir in gehegetem dinge eime syner kinder vor den andern synen hof tzu tune und tzu lasene (d. h. zu Eigenthum, wie dort der Frau zu Leibgeding) und darnach obir etzliche tzeit der vatir vorkouft denselben hof, den her syme sune sunderlich gegeben hatte in syne (jur.) gewere, ist denne daz der son den kauf binnen jar u. tag nicht widerspricht und ob der vatir denselben hof wedir kaufe und darnach sturbe, so hat der vorgespr. son vor andern synen gewistreden kein sunderlich recht. Der Grund hiervon kann nicht darin liegen, daß die übrigen Geschwister, als nächste Erben, die Veräußerung an den Sohn revociren konnten. Denn das Grundstück war in den Händen des Waters; sobald er es wieder kaufte, ein wohlgewonnenes Gut, bey welchem jene Befugniß der nächsten Erben nach Culm. Recht nicht galt (IV, 4, 90, 91).

210) Schles. Landr. I, 14, 15. — Jüt. Lowb. III, 44.

211) Schöffenuyth. bey Böhme VI, 99 (Note 201).

212) Schwab. Lehne. 71 §. 1.

213) Schöffenuyth. a. a. D. 155: ein man sass in einer stadt. . der wart gefangen von seines herrn geheisse, des half im got von des herrn gewalt aus dem lande. nu hat im der herr lofsin nemen erbe und gut und hat das andern leuten verkauft. nu bethen wir uns zu underweysin, ob der man. . seyn erbe und gut nicht anspreche bynnen jar u. tag, ob dy seyn erbe beses-

dessen Basall das Lehen ohne seinen Consens versetzt, bleibt nach Jahr und Tag nichts als das Einlöfungsrecht<sup>214</sup>).

Nach so vielen Zeugnissen kann, wie mich dünkt, bey einigen Stellen, die unserer Ansicht über die Wirkung der rechten Gewere zu widersprechen scheinen, nur davon die Rede seyn, wie sie am wahrscheinlichsten mit jenen in Einklang zu bringen sind. Eine Stelle dieser Art findet sich

1) in dem Schles. Landr. I, 37, 8: verkaufft einer ein erbe, do her nicht recht zu hot und des auch kein vormunde is, wirt das yeme angesprochen, der is yme abe hot gekauft und is wol jar u. tag in siner gewere gehabit hot ane ansprache, das eu hilft im nicht, her mochte denne vollkommen mit rechte, das is mit seinem willen ist geschen, der is im anspricht, das mus her im beweisen mit gericht.

Die wahrscheinlichste Erklärung, auf die der Schluß der Stelle selbst hindeutet, scheint die, daß sie von dem Falle spräche, wo jemand nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen, sey es als Vormund, sey es als Beauftragter, das Erbe aufließ, ohne wirklich in dem behaupteten Vertretungsverhältnisse zu stehen. Da es Pflicht des Erwerbers war, sich hierüber Gewißheit zu verschaffen, so durfte er, dem Eigenthümer gegenüber, sich auf den Besiß von Jahr und Tag nicht berufen.

2) Eine zweite Stelle liefert die Sammlung von Schöf- fenurtheilen bey Böhme (VI. 114):

---

sin, das mit irer gewere behalden sullen, oder ob der man, wenn es ihm fuglich were, sich czyen moge czu seyme erbe?— wil sich der man czyen zu seyme erbe, das sol her thun bynnen jar u. tag... tete her das nicht bynnen der tzeit, so mochte her das nicht darnach wedir tedingen.

214) Während es im Schwäb. Lehnr. 155 §. 1 heißt: setzt ain man ain lehen on seines herrn hant, der herr unterwindet sich desselben gutes und gibt jenem keine losung, sagt der Verfasser an einer andern Stelle (26 §. 1): ob ain man gut versetzt, one des herrn hant und das jener in siner stillen gewer hat jar u. tag, so hat jener recht an der versatzung und der herr muß es darnach lösen. Dieses Einlöfungsrecht verdankt er zwar ebenfalls setzner jur. Gewere, diese aber kann nach Jahr und Tag nur so viel wirken, als mit dem Rechte des dritten Besizers vereinbar ist. (Note 206). — Auch dieser Fall würde wohl, nach der Ansicht Eichhorns über den Sieg der „stärkern“ Gewere, gerade umgekehrt, zu Gunsten des Lehnsherrn, als des Eigenthümers entschieden werden müssen.

verkauft ein man dem andern ein erbe and vorreicht im das vor gehegeter bank und vorswiget des jerlichen zinses, der uf demselben erbe hat gestanden und noch stet, so sol der man sinen zins behalten, als her den in geweren habe, und ap der kaufman spricht, man habe in kaufe des zinses nicht benummet und er habe auch besessin jar und tag, das hilft im alles nicht, sunder er sal den man ansprechen, der im das erbe verkaufte, der sal geweren des erbis, als her is hot verkauft.

Die Ansprache des Zinsberechtigten ist eine auf jur. Gewere sich gründende Klage (§. 18) und müßte also den Wirkungen der Gewere von Jahr und Tag unterworfen seyn. Der Widerspruch, in dem hiemit unsere Stelle zu stehen scheint, erklärt sich wohl am natürlichsten daraus, daß dem Rentgläubiger der Zeitraum von Jahr und Tag nicht von dem Augenblicke, wo der Beklagte in den Besitz kam, sondern von dem, möglicherweise später eintretenden, Zeitpunkte, wo jener zuerst seinen Zins fordern durfte, zu laufen anfing.

B. Die Requisite der rechten Gewere lassen sich unter folgende zwey Rubriken bringen. Die Gewere, aus der sie hervorgehen soll, muß 1) einen besonders qualificirten Anfang und 2) eine besonders qualificirte Dauer haben.

I. Was den erstern anbetrifft, so ist er ein dreifacher: die gerichtliche Auflassung, der wichtigste und gleichsam normale Anfangspunkt, die Erbfolge und das Urtheil des Richters.

a) Nach Beweisen, daß zur Entstehung der rechten Gewere die gerichtliche Auflassung nothwendig sey, braucht man nicht lange zu suchen. Theils sagt es eine Menge von Stellen ausdrücklich<sup>216)</sup>, theils lehrt es der Beweis der

---

216) Die bey Haubold, de orig. et fatis usuc. rer. mob. §. 147 gesammelten können leicht noch durch andere vermehrt werden. Magdeburg. Recht (Böhme I, 22): swaz so ein man gibt in gehegetem dinge, besitzt jener damit jar und tag, des ist er nehri zu behaldene, den is im jemand entpfurin mag. — Grupen antiquit. Hannov. 236: si quis alicui aliquid sub excommunicatione regali dederit et hoc anno et die possidebit, hoc de cetero nullus ei potest frangere. — Soest. Schräë (Emminghaus p. 123): quicumque de manu sculteti domum vel mansum receperit et per annum et diem quiete possederit, de cetero non amplius gravari poterit.

rechten Gewere, welcher sich von dem bloßen Beweise der Dauer des Besizes von Jahr und Tag in seiner Form deutlich unterscheidet <sup>217</sup>), theils endlich fehlt es auch nicht an Stellen, aus denen sich ergibt, daß eine Gewere, die sich nur auf die simple Ergreifung des Besizes gründet, nie zu einer rechten Gewere werden kann, nicht bloß diejenige, welche jedes rechtmäßigen Titels entbehrt <sup>218</sup>), sondern auch die, welcher eine rechtmäßige Erwerbung (simple Tradition) zum Grunde liegt <sup>219</sup>).

b) In welchen Fällen die Erbfolge eine rechte Gewere begründen könne (sie ist nämlich bey weitem nicht so allgemein, wie die gerichtliche Auflassung, Entstehungsgrund derselben), richtet sich nach folgenden Grundsätzen.

1) Sie ist kein Anfangspunkt der rechten Gewere gegen alle diejenigen, welche bereits zur Zeit des Erblassers eine jur. Gewere <sup>220</sup>) an der Sache hatten; bey dem Erben kann die Entstehung einer rechten Gewere gegen jene

217) Vergl. die Note 46 cit. Dissert. §. 43 und Note 225.

218) Schles. Landr. I, 28, 1: welch man gut hot in gewere jar u. tag ane rechte wedersprache, de hat an dem gute eine rechte gewere, diwile man obir in clagit und er es behelt obir jar und tag, das heist mit gewalt (das hat die Wirkungen einer violenta possessio), so gewinnet her nimmer de rechte gewere an. — Freiberg. Stat. (Schott III, 175): helt ein man einen unrechten bu in gewalt und in gewere 4 jar, 6, 10 oder joch 20 jar von sinen nakeburen iz si von gunst (Note 219) oder von gewalt, den hat he nicht mit rechte, wanue es im sine nakeburen nicht mer gunnen wollen, so muz he rumen, wi lange he in gehabt hat, das hilft im nicht.

219) Culm. Recht III, 5: ist das erbliche gut der eldistin swestirn man mit ir gegeben vor dem richter und vor den scheppen in gehegetem dyng und haben sy das jar u. tag besessen ane ansproche, so sol die gabe macht haben und dy jungiste swestir kan darzu nicht komen, und ist is der eldistin swestir manne nicht gegeben vor dem richter. im dinge, so kumet dy jungiste swestir zu dem erbe und das dy eldiste und ir man besessen haben in der gewere, und dy jungiste das nicht gevordert hat, das sol ir nicht schaden. — Sächs. Lehnr. 66. (Note 806 d). — Batr. Landr. (Heumann 93).

220) Es versteht sich von selbst, daß, so fern diese aus einer Veräußerung (ger. Auflassung) des Erblassers entsprang, die ohne Einwilligung des Erben nicht gültig geschehen konnte, er den Ansprüchen des Dritten so wenig ausgesetzt war, daß es dazu eines einjährigen Besizes von seiner Seite gar nicht bedurfte.

Personen nur vollendet werden, die bey Lebzeiten des Erblassers bereits begonnen hat. Der Grund liegt darin, daß die Gewere des Erben lediglich die des Erblassers ist <sup>221)</sup> und folglich nie zu einer rechten Gewere werden kann, wenn sie bey dem letztern dazu nicht geeignet war <sup>222)</sup>. Daher, um einige Beispiele aus den Quellen selbst zu wählen, konnte der Lehnsfolger, welcher die Muthung unterließ und das Gut Jahr und Tag, wie sein Eigenthum besaß, ohne von dem Herrn angesprochen zu werden, die Wirkung einer rechten Gewere zu Eigenthum nicht gegen ihn geltend machen <sup>223)</sup>. Da die Frau, welcher ein Leibgedinge bestellt worden war, schon bey Lebzeiten des Ehemannes die jur. Gewere hatte (§. 22), so konnte der Erbe, der nach dem Tode des letztern die Sache an sich zog, durch den bloßen Besitz von Jahr und Tag sich nicht gegen die Ansprüche der Frau schützen (so fern er nicht überhaupt die Veräußerung anfechten durfte <sup>224)</sup>, vergleiche Note 220 <sup>225)</sup>.

221) Vergl. §. 6.

222) So konnte unstreitig weder derjenige, welcher sich mit Gewalt in Besitz eines Grundstückes gesetzt hatte, noch sein Erbe, jemals eine rechte Gewere gewinnen und dadurch die Klage des Eigentümers entfernen.

223) Sächs. Lehnr. 13 (Note 69 b).

224) Z. B. er war zur Zeit der Veräußerung nicht der nächste Erbe; der „nachgeborene“ hatte das Revokationsrecht nicht. Sächs. Landr. I, 21.

225) Sächs. Landr. II, 44: wer auch an seinem leben oder leibgedinge seiner mutter oder seiner muinen jm eigen zusaget, er mus des eigens gewere mit sechs schöffenbaren freien mannen gezeugen oder im wird gebruch an dem eigen. Daß der hier bezeichnete Zeugenbeweis nicht ein Beweis der Erbenqualität und des bloßen Inhabens von Jahr und Tag sey, erkennt man daraus, daß jene durch den einfachen Eid (Note 226), dieser durch das Zeugniß von sechs „gemeinen“ Leuten, we se sin (ummesaten) constatirt wird (vergl. die Note 217 cit. Diff. a. a. D.). Vielmehr wird durch das Zeugniß von sechs schöffenbaren Mannen die Eigengewere als eine solche charakterisirt, die entweder von einer gerichtlichen Auflassung, oder einem Urtheile ihren Anfang nahm, und, falls dieses nöthig war, um den Anspruch des Klägers zurückzuweisen, Jahr und Tag gedauert hatte (Sächs. Landr. I, 8 und die ob. Diff. a. a. D.). Unterstützt wird diese Interpretation dadurch, daß die Stelle selbst den Fall des Leibgedinges demjenigen völlig gleich behandelt, wo jemand sich an seinem Lehen Eigenthum zusagt, und somit auf die, in der vorhergehenden Note citirte Stelle zurückweist.

2) Gegen denjenigen dagegen, der eine juristische Gewere erst im Augenblick des Todes des Erblassers gewinnt, d. h. gegen den nächsten gesetzlichen Erben, erwirbt ein entfernterer, der in den Besitz des Erbguts gekommen ist, nach Jahr und Tag eine rechte Gewere<sup>226</sup>). Dem Erben, der, weil sich kein näherer Verwandter meldet, in den Besitz kommt, steht die Obrigkeit gleich, die ein Erbgut, als *bonum vacans*, einzuziehen berechtigt ist<sup>227</sup>). Man könnte die Fälle, von denen hier die Rede ist, der rechten Gewere zwar ähnlich finden, dennoch aber bezweifeln, ob sich bey ihnen der Gesichtspunkt, aus welchem sie oben (Note 205) betrachtet worden ist, festhalten ließe. Es könnte nämlich scheinen, daß hier lediglich von einer Extinctivverjährung der Erbschaftsklage die Rede sey. Allein aus dem eben (Note 226) angeführten Schöffennurtheile erhellt, daß nicht der bloße Verlauf von Jahr und Tag nach dem Tode des Erblassers, sondern der Besitz, den der entferntere Erbe Jahr und Tag fortsetzt, den nächsten ausschließt, daß daher, wenn innerhalb des ersten Jahres ein näherer Erbe den entferntern, welcher sich inzwischen des Erbgutes unterzogen hatte, verdrängte, jener selbst erst durch einen einjährigen Besitz gegen den nächsten geschützt ist<sup>228</sup>).

226) Schöffennurth. (Böhme VI, 91): weme erbe anirsterbit, der sal komen vor gehegit ding und sal benennen den, der das erbe gelassen hat und das her im gesippet si und sal die mogeschaft bewisen mit seines eines hant uf den heiligen, also sal her sich zu dem erbe zihen und sal es vorwissen mit stendem eigene, ap jemant keme binnen jar u. tag, der dem toten nehir gemoget si, das her den darzu lasse komen.

227) Schlesf. Landr. I, 14, 1: was erblos irstirbit von erbe.. das sal sich unterwinden das gericht, und sol das halden jar u. tag in sinen geweren und kumpt in der zit nymant, der sich dorzu zubet, so kere is der richter in sinen nucz. Wie das Sächf. Landr., welches diesen Grundsatz in einer ganz ähnlichen Stelle (I, 28) ausschließlich auf fahrende Habe zu beziehen scheint, zu verstehen sey, s. Text zu Note 256 u. folg.

228) Nach den oben citirten Worten heißt es weiter: kompt dornoch ein andir und spricht her si nehir, der sal auch in gehegetem dinge sine mogeschaft bewisen... der andere sal abetretten. .t. (jener) sal das erbe vorwissen mit stendem eigene, ap jemant komme binnen jar u. tag, der nehir gesippet were. — Vergl. Culin. Recht IV, 86, 87.

c) Der Fälle, wo ein Urtheil unzweifelhaft <sup>228 a)</sup> Entstehungsgrund einer Gewere an Immobilien ist, sind zwey: die Zuerkennung eines richterlichen Pfandrechts und die Vertheilung des Gutes zur Strafe <sup>229)</sup>. Kann die so entstandene Gewere zu einer rechten Gewere werden? Im ersten Falle bedarf es nicht erst eines Zeitraumes von Jahr und Tag, um den Gläubiger die Sicherheit zu verschaffen, welche die rechte Gewere erzeugt <sup>230)</sup>. Wenn dagegen dem Geächteten oder in Overhore Gefündigten sein Eigen vertheilt wird, so ist die definitive Vertheilungssentenz für den Richter gerade so ein Anfangspunkt einer rechten Gewere, wie die Entledigung eines Eigen durch den Tod des bisherigen Besitzers, dessen Erbfolger unbekannt ist <sup>231)</sup>. Bey der Vertheilung eines Lehens <sup>232)</sup> sind zwey Fälle zu unterscheiden. Ist sie Folge der Acht und geschieht also im Landgericht, so treten für den Lehnsherrn dieselben Verhältnisse ein, wie für den Landrichter in Betreff des Eigen <sup>233)</sup>. Ist die Vertheilung Folge der Felonie, so bedarf es für den Lehnsherrn nach der Ansicht über die Folgen der Felonie für die Descendenten, welche oben als die wahrscheinlichste angenommen ist <sup>234)</sup>, nicht erst des Ab-

228 a) Vergl. §. 7 a. A.

229) Vergl. Note 74.

230) Der Grund hiervon liegt darin, daß der Richter nur in so fern Immobilien der Pfändung unterwerfen durfte, als keine dingliche Ansprüche Dritter daran hafteten (Note 354 d). Wie aber, wenn er dieses Gebot, aus Nachlässigkeit, oder Irrthum, nicht befolgt hatte? Alsdann, glaube ich, setzte das richterliche Dekret den Gläubiger allerdings in den Stand, nach Verlauf einer gewissen Zeit die Ansprüche Dritter zurückzuweisen, ob aber Jahr und Tag dazu nöthig war, oder nur die Zeit, welche für das „Aufbieten“ des Pfandes (in der Regel sechs Wochen) gesetzt war, wage ich nicht zu entscheiden.

231) Vergl. Note 112, 227.

232) Es bedarf wohl kaum einer Rechtfertigung, daß diese mit der Vertheilung zu Landrecht in eine Kategorie gestellt wird. Zwar erzeugt sie nicht erst für den Lehnsherrn die juristische Gewere, da er sie schon vorher hatte, wohl aber vereinigt sie mit dieser seiner Gewere (zu Dbereigenthum) die Lehngewere des Vasallen.

233) Sächf. Landr. I, 38: die auch jar u. tag in des reichs acht sein, den verteilt man eigen und lehn, das lehn verteilt man dem herrn ledig, das eigen der königlichen gewalt. zihens die erben nicht aus in jar u. tag, sie verlierens mit samt im.

234) Vergl. Note 117, 118.

laufs von Jahr und Tag, um vor den Ansprüchen des Lehnfolgers gesichert zu seyn.

In dem Vorhergehenden ist nur die definitive Vertheilungsentenz als Anfangspunkt einer rechten Gewere geltend gemacht worden; läßt sich nicht aber auch die Gewere, welche sich auf das erste, interimistische Urtheil gründet, so fern der Beklagte sich binnen Jahr und Tag des Ausziehungrechtes nicht bedient, als eine, gegen ihn allein gerichtete, rechte Gewere betrachten? Diese Frage muß, wie ich glaube, verneint werden. Denn der Verlust des Rechtes, welches der Beklagte an der Sache hatte, ist für ihn nicht bloß an die Dauer der, auf eine qualificirte Weise entstandenen, Gewere des Gegners geknüpft, sondern an ein Urtheil, welches ihn nach Verlauf von Jahr und Tag ausspricht, eben daher erfolgt er um nichts weniger, wenn auch der Beklagte selbst während dieser Zeit im Besitze war, ein Umstand, den der Gegner niemals zu einer rechten Gewere<sup>235)</sup> hätte gelangen lassen<sup>236)</sup>. Die Absonderung dieses Falles von denjenigen, die in das Gebiet der rechten Gewere gehören, ist darum wichtig, weil, wenn man jenen gleichfalls dahin rechnete, man zu dem falschen Schlusse gelangen würde, daß, wie bey ihm nach Verlauf des Jahres, während dessen der Beklagte selbst zu seinem Gute gelangen kann, seinem Erben ein gleicher Zeitraum gesetzt ist, so auch in den Fällen der rechten Gewere, diese erst gegen den gegenwärtig Berechtigten und dann gegen seinen Erben gewonnen werden müsse.

II. Das zweite Requisit der rechten Gewere bestand darin, daß die Gewere, die dazu erhoben werden soll, Jahr und Tag ohne Widersprache gedauert haben muß. Es unterscheidet sich von dem ersten, dem qualificirten Anfange, im Allgemeinen dadurch, daß es nur relativ, d. h. nicht erforderlich ist, wenn überhaupt kein

235) Denn jede (nicht gewaltsame) Ausübung der Gewere von der einen Seite hindert die Entstehung der rechten Gewere von der andern. Vergl. Note 243.

236) Aus denselben Gründen ist auch die Consolidation des Lehens wegen veräumter Muthung in der Regel nicht als Folge einer von dem Lehnsherrn erworbenen rechten Gewere anzusehen, außer in dem Falle, wo sie den Lehnfolger, der binnen Jahr und Tag weder im Besitze war, noch sich meldete, trifft.

Dritter einen dinglichen Anspruch auf die Sache hat, welches selbst in Betreff des regelmäßig vorkommenden Anspruches der nächsten Erben eintritt, falls die Sache aus echter Noth veräußert wird, oder wenn alle etwanigen Interessenten einwilligen, oder endlich, wenn sie bey der solennen Uebertragung vor Gericht gegenwärtig sind und nicht auf der Stelle <sup>237)</sup> (oder, nach einigen Rechten in den nächsten drey Tagen) <sup>238)</sup> widersprechen.

In dem aufgestellten Sage sind vier Punkte genauer zu betrachten: 1) der Sinn der Worte „ohne Widersprache“, 2) die Beschaffenheit der Gewere binnen Jahr und Tag, 3) der Anfangspunkt dieses Zeitraumes, 4) die Zeitbestimmung, Jahr und Tag, selbst.

1) Unter der Widersprache, welche das Entstehen der rechten Gewere unterbricht, denkt man sich zwar zunächst die Anstellung der Klage <sup>239)</sup>, dennoch ist sie in einem allgemeineren, umfassendern Sinne zu nehmen, nämlich für jede Art, wie der Gegner seine juristische Gewere ausübt, geltend macht. Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Klage sowohl, als der von einem Hinterlassen gutwillig gegebene Zins <sup>240)</sup>, und die Pfändung wegen Nicht=Entrichtung des

237) Hamb. Stat. 48 (Pufendorf III, app. p. 259): so welkerhande gut vor dem rade upgelassen wirt, und so wat ordel vor dem rade gevunden wirt, unde de to antworde is, deme dat angeit, unde wedderspreket he nicht, idt blikt stede. — Sächf. Lehnr. 17: welches mannes gut der herr verlibet an sin antworde, ane des mannes widersprache, nichein recht mac her mer an dem gute haben, dez len es ee was. — Schles. Landr. I, 39, 3: der Fronbote, der das Gut anbietet zum Zweck des Friedewirkens, erklärt: wer hiezu gegenwortig ist und swigit, der mus immer swigen.

238) Vergl. §. 8 g. d. C.

239) Sächf. Landr. II, 44: welch man ein gut hat in geweren jar u. tag one rechtliche widersprache, der hat daran eine rechte gewere, dieweil man abir ein gut unter im beklaget und wie lang er es doch darüber helt, nimmer gewinnt er da eine rechte gewere, dieweil man die rechte klage gezeugen kann.

240) Daß hierin eine Ausübung der Gewere liege, §. §. 18.

selben <sup>241</sup>), so fern sie ohne Gewaltthätigkeit <sup>242</sup>) geschieht <sup>243</sup>).

2) Ueber die Beschaffenheit der Gewere binnen Jahr und Tag sind die Nachrichten sehr widersprechend. Nach einigen scheint sie nothwendig mit dem faktischen Besitze der Sache <sup>244</sup>), nach andern wenigstens mit dem Genuß einer, auf das Grundstück gelegten, Rente <sup>245</sup>) verbunden seyn zu müssen, nach noch andern endlich eine juristische Gewere ohne

241) Richtsteyg d. Lehnr. 29: ..so vrage der herr, we dar denne die rechte were an hebbe? so vint me: de den tins darut voret ein jar und sechs wochen up welkeren denne dat kumpt, do vrage: sint he dat in olderen weren hebbe, effte he des nicht neger si to beholdende? dar vrage jegen: sint he dat klagede vor synem herrn, effte eme dat upboren ichts to schaden komen moge und jenem syne were icht sterken moge? so vindt men: idt ne moge... ..so vrage he vort: sint dat he alle jarlike dath uthgepand et hefft, und idt dar mede in synen weren gehalt heft, effte he eme darumme nicht antworten moth? dat vint me.

242) D. h. der Hintersasse muß dem Pfändenden seine jur. Gewere nicht abstreiten; denn nur alsdann liegt in der eigenmächtigen Pfändung keine Gewaltthätigkeit. Gewalt aber ist keine „rechtliche Ansprache.“ Schles. Landr. I, 36, pr.: wer erbe wil ansprechen, der sal is thun mit gerichte, was man on der ansproche thut ane gerichte, das en ist nicht ansproche, noch en heisst ansproche. — Urf. bey Senkenberg sel. jur. et hist. III, p. 543.

243) Um so mehr hindert der faktische Besitz des Gegners, so fern auch er nicht gewaltsam ergriffen wurde, das Entstehen der rechten Gewere, eine Bemerkung, die nach dem Folgenden vielleicht weniger überflüssig ist, als sie auf den ersten Blick scheinen könnte.

244) Sächs. Landr. I, 34: welcher man sein eigen einem herrn usgibt und das wider zu lehn von im empfehet, dem herrn bilst die gabe nicht, er behalte denn das gut in seinen lediglichen geweren (Note 26) jar u. tag, darnach mag er es im leihen also das keiner seiner (des Vasallen) erben kein eigen daran bereden müge. — Von der Frau, wiewohl sie schon bey Lebzeiten des Mannes die jur. Gewere an ihrer unbeweglichen Morgengabe (Note 481) hat, heißt es dennoch im Bair. Landr. (Heumann 88): wenn ein frau ir morgengabe nach ires wirtes to de sitzt jar u. tag an alle rechte ansprache, und die gewer erzeugen mag, das soll si geniessen gegen allermänlich. — Urf. 11 bey Gerken cod. dipl. Brandenb. III, 66.

245) Vergl. Note 241 und §. 19 g. d. E. Nur hieraus erklärt sich, daß bey der precaria niemals von einem Verfahren die Rede ist, wie im Sächs. Landr. (Note 244) für den Lehnsauftrag vorgeschrieben wird.

irgend eine Art von Ausübung, zu genügen<sup>246</sup>). Eine Vereinigung dieser Nachrichten mit einander scheint mir unmöglich, vielmehr glaube ich in ihnen Zeugnisse zweyer verschiedener Ansichten über den in Rede stehenden Punkt erblicken zu müssen, einer ältern, zu welcher sich die beyden ersten, einer jüngern, zu der sich die letzte bekennt. Diese Annahme wird man zugeben geneigt seyn, wenn sich mit großer Wahrscheinlichkeit darthun läßt, daß der Grund der strengern Forderungen des ältern Rechtes hinsichtlich der Beschaffenheit der Gewere in einem Grundsatz lag, dessen späteres Verschwinden nachgewiesen werden kann. Dieser Grundsatz, von dessen Existenz uns namentlich die Lehre von den Erbverträgen überzeugen wird (§. 20), war der, daß jede Veräußerung, so lange dem Disponirenden selbst der Genuß der Sache, ganz ungeschmälert blieb, von seinen Erben als durchaus ungünstig behandelt werden durfte, eine Ungünstigkeit, die viel weiter ging, als die, auf welche sich das bekannte Revokationsrecht des nächsten Erben in Betreff der Veräußerung von Immobilien gründete; denn jene traf eben so gut die fahrende Habe, wie die Immobilien. Daher mußte der Veräußerer entweder den Besitz und Genuß der Sache gänzlich aufgeben, oder wenigstens in der Form einer Realrente den Erwerber daran Theil nehmen lassen; erst dann war diejenige Ungünstigkeit der Veräußerung gehoben, welche in dem obigen Rechtsprincip ihren Grund hatte und nun erst fing die Zeit von Jahr und Tag zu laufen an, welche überdies bey Veräußerung von Immobilien dem Revokationsrechte der Erben gesetzt war. Die Idee, aus welcher jenes Princip hervorging, war, wie die Quellen selbst sie ausdrücken (Note 517), die, daß, wer eine Sache veräußerte, ohne sich selbst den Genuß derselben in

246) Schöffenerth. hinter d. Ausg. des Sächs. Landr. I, 12, 3: ob ein man keme in geheget ding und gebe uf seinem weibe, oder wem er es gahn, stehend erbe nach seinem tode erblich zu thun und zu lassen,.. ob nu dieselben leut die gabe behalten möchten nach seinem tode mit meherem rechte, denn seine rechte erben in keinerley weise die gabe verschweigen möchten, oder wie sie die verschweigen möchten vor seinem tode, oder nach seinem tode?... vergeb ein man anerstorben eigen, das möchten seine erben widersprechen hinnen jar u. tag, wenn es in wissentlich würde, darnach, als die gabe were geschehn. — Das Schles. Landr. (I, 89, 3) rätth sofort nach der Auflassung eine Urkunde anzufertigen der jarzal willen. — Eben hieher gehört Kub. Recht bey Broekes cod. II, 59. (Vergl. Note 789.)

irgend einem Grade zu entziehen, so anzusehen sey, als disponire er nicht über sein eigenes Gut, sondern über das Recht dessen, der nach ihm zum Besitze desselben berufen war. Aus dieser Ratio des obigen Grundsatzes folgt, daß er nicht bloß zu Gunsten des Erben gelten konnte, sondern auch zu Gunsten jedes andern mit einer juristischen Gewere Ausgestatteten, der aus gesetzlichen oder vertragmäßigen Gründen nach dem Veräußerer, sey es nach dessen Tode, sey es von irgend einem frühern Momente an, Anspruch auf den Besitz und Genuß der Sache hatte (der Leibzüchter, der Lehnherr); um so mehr mußte er auch zu Gunsten dessen gelten, der schon jetzt von Rechts wegen Besizer hätte seyn müssen, (der wahre Eigenthümer), so, daß also der Grundsatz, die Zeit von Jahr und Tag laufe erst von dem Augenblicke, wo der Veräußerer sich des Genusses ganz oder zum Theil begiebt, für die rechte Gewere nach dem ältern Rechte <sup>247)</sup>, in dem er galt, ein durchaus allgemeines Requisit enthält <sup>248)</sup>. — Wie die Lehre von den Erbverträgen vornehmlich das Daseyn des Principis, auf welchem dieses Requisit der rechten Gewere ruht, anschaulich macht, so ist sie es auch, welche lehrt, daß die Idee, aus welcher es hervorging, in späterer Zeit allmählig in den Sintergrund trat, ihre Wirksamkeit verlor <sup>249 a)</sup>, und somit die neuere Ansicht entstand, welche nach dem Zeugniß der, Note 246 angeführten Stellen, die Zeit von Jahr und Tag unmittelbar von der Auflassung datirt, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Gewere des Erwerbers binnen jenes Zeitraumes.

3) Die Zeit von Jahr und Tag fing demjenigen, der durch ihren Ablauf seine Ansprüche verlieren sollte, erst von

247) Dieser Zusatz ist nicht unwichtig. Unter den möglichen Gegnern dessen, der in der Lage war, eine rechte Gewere gewinnen zu können, war einer, der zu keiner Zeit den Genuß der Sache erwarten konnte, nämlich der Gläubiger, dem die Sache ohne Uebertragung des Besitzes (§. 17) verpfändet war. Auf ihn paßt also die Ratio des obigen Grundsatzes nicht. Allein eine Satzung in dieser Form gehört überhaupt dem neuern Rechte an und kommt nur in Rechtsquellen vor, die in Hinsicht des in Rede stehenden Requisites der rechten Gewere der neuern Ansicht (Note 246) folgen.

248) Dagegen sieht man, daß es nicht allgemeines Erforderniß war, der Erwerber müsse binnen Jahr und Tag Genuß von der Sache haben. Ein anderer, außer dem Veräußerer, konnte die Sache besitzen, ohne jenem einen Bins zu geben, nichts desto weniger entstand durch die Fortdauer seiner juristischen Gewere nach Jahr und Tag die rechte Gewere.

248 a) Vergl. §. 20.

dem Augenblicke zu laufen an, wo ihm die Nicht-Anstellung der Klage zugerechnet werden konnte. Entschuldigt wurde er

a) dadurch, daß er die Veränderung, welche mit dem Gute vorgegangen war, nicht wußte. Die Frage nach dem Momente der Wissenschaft ist aber nicht von einer speciellen Erbörterung bey jedem einzelnen Individuum abhängig, sondern entscheidet sich zunächst nach einer allgemeinen Präsumtion, dergestalt, daß von allen Gegenwärtigen, d. h. von allen innerhalb eines gewissen Bezirkes <sup>249)</sup> Anwesenden angenommen wird, ihnen sey der Uebergang des Gutes in die Hand eines Andern, nicht unbekannt geblieben, eine Präsumtion, die durch die Publicität des Aktes, woran der Anfang der Gewere des Gegners geknüpft war, sich rechtfertigt. Dem Abwesenden dagegen läuft die Zeit von dem Augenblicke, wo er von der Veränderung, die sich mit der Sache zutrug, Kenntniß erhält, unter andern also auch von dem Augenblicke seiner Rückkehr <sup>250)</sup>. Das Nicht-Können wegen trifftiger fak-

249) Genauere Bestimmungen hierüber finden sich in den einzelnen Rechtsquellen. Schles. Landr. I, 28: ... abir 30 jar stet zu gewin und verlust dem, der ansprach mochte haben zu einem erblichen gute, ab her in der czit nicht in das land kommen were, d. h. in dem lande czwischen dem Romischen walde und czwischen der selbin (?) und doringischen gemerke, das ist in meisnerlant, in ostirlant, in pilsenlant, ... wer dorin besessen ist, der verlor sine ansprache in der jarczal (Jahr und Tag). — Baitr. Landr. (Heumann 55): ... und der bey dem lande nicht wer, d. i. aufserhalb der vier wälder, d. i. düringerwald, behaimerwald, swartwald und schärenzerwald. — Augsb. Stat. 235 (Walch IV, 237): und wer über 20 meil ist von der stat, der ist wohl ufserhalb landes. — Daß zu den Gegenwärtigen, die hier gemeint sind, diejenigen nicht gehören, welche bey der gerichtlichen Auflassung selbst zugegen waren, ergibt sich aus Note 237.

250) Daß die Abwesenheit allein ihm nicht nütze, ergibt sich aus folgenden Stellen. Leobschüg. Stat. (Böhme II, 20): were ez, das eyner erbe keufte und das were anspreche (?) von des mannes frunde, der yn fremdem lande were gesezzen. wer das erbe keufet, der zal nemen zainer stat brif und zal den zenden dem richter yn dy stat, do yener gesezzen ist und zal en heysen komen by jar und by tag czu ansprechen zyn erbe, kommt her nicht by jar und tag, her verleusst zyn ansprache. — Augsb. Stat. a. a. D.: kommt ein erbe, der in dem lande nit gewesen ist, der berede, das er innerhalb nit en wäre und auch nit enweste, das er geerbet hatte. — Schles. Landr. I, 14, 15. — Stat. b. Petri (Schannat hist. episc. Worm. 45). — Culm.

ischer Bewinde, d. h. die ehehaftte Noth (Sächs. Landr. II, 7) verlängert zwar dem Abwesenden, wie dem Gegenwärtigen, die Frist von Jahr und Tag (Schles. Landr. I, 14, 15 u. an mehr. O.), aber, ohne Verbindung mit dem Nicht-Wissen, schiebt es, wie es scheint, nicht den Anfang derselben auf, so daß man nach Beendigung des Hindernisses sofort klagen muß.

b) Denjenigen, die nicht zu ihren Jahren gekommen sind, läuft der Zeitraum von Jahr und Tag erst von dem Augenblicke der Mündigkeit <sup>251)</sup>.

4) Die Zeit von Jahr und Tag <sup>252)</sup>, d. h. ein Jahr, sechs Wochen und drey Tage (Eichhorn, Einleitung §. 174 Note g) ist zu eigenthümlich, als daß man glauben könnte, sie sey aus reiner Willkühr und nicht aus einer bestimmten Idee hervorgegangen. Auch liegt diese Idee in Betreff der sechs Wochen und drey Tage klar vor Augen. Dieser Zeitraum bildet nämlich eine dreifache (peremptorische) Frist, wie sie bey den gebotenen Gerichten im Mittelalter üblich war, da diese in Zwischenräumen von 14 Tagen gehegt zu werden pflegten <sup>253)</sup>, wobey, wie es scheint, der Gerichtstag selbst nicht mit gerechnet wurde. Aber auch das Jahr muß, wie ich

Recht III, 107. — Bekanntter sind die Stellen, wo blos der Moment der Rückkehr als Anfangspunkt von Jahr und Tag angegeben wird. Schles. Landr. I, 35, 1. — Sächs. Landr. I, 28. — Guden cod. dipl. II, 183.

251) Schles. Landr. I, 44, pr.: wenne ein man ein hus kauft, der is im verkauft, der sal is im jar und tag geweren und wenne jar und tag uskompt, so hat er im nicht me czu geweren vor allen denen, die im wickbilde sint, adir in dem lände. hette aber yemant icht rechtis dorczu, der auswennig landes were, so mus er ein gewere sin, und vor kindern, die nicht en mundisch sint und auch vor die, die bynnen eren jaren sint. — Augsb. Stat. 240 (Walch IV, 241): wanne die kint geerben, die ze ihren tagen nit komen sind, .. komen sie ze 13 jaren, haben die eygen, das in ein ander hand kommen ist, das sollen sie rechtfertigen in dem 14ten jare. — Süt. Lowb. I, 14, 4. — Rügisch. Ritter. 50, 56.

252) Der Rechte, welche einen längern Termin zum Erwerb der rechten Gewere setzen, möchten sehr wenige seyn. Das Süt. Lowb. liefert ein Beispiel; nach ihm wird lawhafft, d. h. rechte Gewere in drey Jahren gewonnen. Andre Ausnahmen sind blos scheinbar. S. Note 255 folg.

253) Sächs. Landr. III, 5, I, 67. — Schles. Landr. II, 12, 3. — Heineccius, elem. j. germ. III, 3, §. 120.

glaube, bey unserm Institute nicht bloß als ein natürliches, sich von selbst darbietendes Zeitmaaß, sondern als eben das für die ungebotenen Gerichte (Ehtedinge) betrachtet werden, was der Zeitraum von sechs Wochen für die gebotenen war. Da nämlich, nach Zeugnissen, die bis zur Zeit der Carolinger heraufreichen, drey Ehtedinge im Jahre gehalten zu werden pflegten<sup>254</sup>), so nahm die dreifache Ehtedingsfrist, d. h. der Zwischenraum zwischen vier Ehtedingen, die Zeit eines Jahres ein. Wenn man nun auch darauf verzichten muß, von der Cumulirung der dreifachen Ehtedings- und gebotenen Gerichtsfrist einen tiefern Grund aufzusuchen, so erkennt man doch, daß die Idee, welche dem ganzen Zeitraum von Jahr und Tag zum Grunde lag, die einer peremptorischen Frist war.

Die Unbestimmtheit, welche jedes tempus utilis, mithin auch die Verjährungszeit von Jahr und Tag, mit sich bringt, erzeugte das Bedürfniß, daneben ein tempus continuum für diejenigen festzusetzen, deren Schweigen innerhalb Jahr und Tag durch Abwesenheit und Unbekanntschaft mit der vorgegangenen Veränderung entschuldigt wird. Beispiele von Aufstellung eines solchen tempus continuum finden sich in mehreren Rechtsquellen<sup>255</sup>), vor allen aber verdient die Be-

254) Gruben discept. for. p. 653. Dess. deutsche Alterth. 7. — Magdeburg. Recht (Böhme I, 21). — Schlef. Landr. II, 12, pr. Goslar. Stat. 518, 100. — Culm. Recht II, 17. — Brem. Ord. 31 (Pufendorf II. app. p. 83). — Wenn es an einigen Stellen heißt, man müsse an einem von drey auf einander folgenden Ehtedingen klagen (Lüb. Recht v. J. 1240, 24. — Augsb. Stat. 234, Balch IV, 236), so ist dieses unmöglich so zu verstehen, daß die Klage nur in einem Ehtedinge angebracht werden dürfe. Denn alsdann würde dem Betheiligten im günstigsten Falle gerade nur ein Jahr vergönnt seyn. Dieser Fall würde nämlich eintreten, wenn die Gewere des Gegners durch gerichtliche Auflassung entstand; war diese z. B. am ersten Ehtedinge eines Jahres geschehen (vergl. Note 123 b), so war das dritte Ehteding, d. h. der letzte Termin zur Klage, wiederum das erste Ehteding des folgenden Jahres. Jene Stellen haben vielmehr bloß das Gewöhnliche im Auge, welches allerdings darin bestand, daß ordentlicher Weise alle Klagen im Ehteding angebracht wurden (Eichhorn, St. u. R. G. §. 382).

255) Ingoßstädt. Stat. 22 (Heumann 150): in dem gericht sal man aygen bestäten jar und tag und für erben, die außserhalb landes sind. . 10 jar und 1 tag (vergl. Meichelbeck hist. Frising. II, 151). — Bair. Landr. (ebendas. 105): . . . jar und tag für erben in dem lande, für erben außser landes 2 jare.

stimmung des Sächs. Landr. (I, 29): an erbe und eigen mag sich der Sachse versweigen 30 jar und jar und tag und ehe nicht, die ebenfalls nichts anderes, als Sanctio- nierung eines tempus continuum ist, einer Erwäh- nung. Zwar sollte man auf den ersten Anblick den Gegensatz zwischen dem angeführten Artikel und dem vorhergehenden <sup>256)</sup> nicht darin finden, daß jener das tempus continuum, dieser das tempus utile angebe, sondern vielmehr darin, daß der eine von Immobilien, der andere von fahrender Habe spreche. Allein, wenn schon die Stellung der Worte „dieses ist geredet von fahrender habe“ in Betreff ihrer Rechtheit Verdacht erregen <sup>257)</sup>, und dieser in hohem Grade dadurch verstärkt wird, daß in der Stelle des Schles. Landr., welche dem 28sten Artikel des Sachsenspiegels vollkommen entspricht <sup>258)</sup>, keine Spur jener Schlussworte sich findet, so wird andererseits auch auf positive Weise unsre Ansicht über den Zusammenhang der beyden Artikel des Sächs. Landrechts durch ausdrückliche Zeug- nisse bestätigt:

Schles. Landr. I, 28, 1: jar und tag ist ein jar sechs wochen und drei tage. aber dreisig jar und jar und tag stet zu gewin und zu verlust dem, der anwar- ten mocht habin zu erbelichim gute, ob her in der zit nicht in das land were komen. — Schwáb. Landr. 287: was säliches dinges erblos erstirbet, erbe oder hergewette oder rade, das soll der richter behalten jar u. tag und warten, ob sich jemand darzu ziehe, darnach so mag er es an seinen nucz keren, es en sey, das er gefangen oder in des reiches dienste ge- faren sey außser landes, so soll man sein warten mit dem erbe also lange, twent er kome, wan er mag

256) I, 28: was soliches dinges erblos erstirbt, als hergewette, erbe und gerade, das soll der richter halten jar u. tag, ob sich jemand dazu zihen wolt ... dieses ist geredet von fahrender habe.

257) Bekannt ist übrigens, welchen wichtigen Einfluß sie demunge- achtet auf die Gestaltung der Lehre von der Erfindung der Mobili- lien nach dem neuern Sächsischen Rechte gehabt haben. Haubold de orig. et fat. usuc. rer. mob. p. 13, 14, 63 sq.

258) Schles. Landr. I, 14, 1.

sich dyweil an seym<sup>e</sup> erbe nicht versaumen in runt dreissig jar und tag <sup>259</sup>).

Vergleichen wir die Wirkungen der rechten Gewere mit denen der gemeinen, worunter hier jede, die nicht rechte Gewere ist, verstanden wird, so ergibt sich, daß sie nur dem Grade nach verschieden sind. Die gemeine Gewere macht jede, ihr entgegenstehende, Gewere unwirksam, welche später, als sie selbst, ihren Anfang nahm, während sie derjenigen, die frühern Ursprungs ist, weichen muß. Dieses zeigt sich sowohl bey der gemeinen Gewere an Immobilien und wird in Hinsicht derselben an einer andern Stelle erwiesen werden (§. 25 a. U.) <sup>259 a</sup>); als auch bey jeder <sup>259 b</sup>) Gewere an Mobilien. Es bedarf nur eines Beispiels, um sich davon in Betreff der letztern zu überzeugen. Ein Commodatar A <sup>259 c</sup>) verliert zufällig die Sache, ihm bleibt also die jur. Gewere, dem B, in dessen Besitz sie kommt, wird sie gestohlen und ge-

**259)** Vergl. noch Leobschüg. Stat. (Böhme II, 20). — Wie die obige Stelle des Sächs. Landr. (I, 29) hier angesehen worden ist, würde auch die Abweichung, welche ebendasselbst in Betreff des Reichs und der Schwaben angeführt ist (an erbe und eigen. mag sich der Sächs. Vürsweigen bey 30 jahren, das reich und die Schwaben mügen sich nitmer verzwigen an irem erbe, dieweil sie es hezeugen können), nur so zu verstehen seyn, daß für beyde die Verjährung von 30 Jahren, nicht aber die von Jahr und Tag, als tempus utile, geläugnet wird.

**259 a)** Hier nur ein Beispiel: Der Pächter ist gegen die dingliche Klage; die der spätere Käufer in Folge der gerichtlichen Auflassung hat, gesichert, nicht aber gegen den Pfandgläubiger, dessen Recht (jur. Gewere) vor der Verpachtung entstand. — Der unredliche Besitzer war zwar auch gegen den spätern Käufer nicht gesichert, aber aus keinem andern Grunde, als aus welchem auch der Pächter nach dem Tode seines Autors jedem Inhaber der jur. Gewere weichen mußte, nämlich deswegen, weil er die proteffualische Bedingung der Erhaltung seines Besitzes, die Stellung des Autors, nicht erfüllen konnte (§. 25 a. U.). In den Fällen, wo der Gang des Processus dieses nicht erforderte, stand er dem rechtmäßigen Inhaber der gemeinen Gewere gleich. Vergl. Note 259 c).

**259 b)** Ich sage: jeder; denn bey fahrender Habe kam keine rechte Gewere vor, wenige Fälle, wo etwas Aehnliches erscheint, abgerechnet. S. d. folg. §.

**259 c)** Dasselbe ließe sich auch von dem improbus possessor behaupten.

langt wieder auf irgend eine Weise an A. Wenn nun B gegen A den Anspruch anstellt, so wird der Beweis des Beklagten, daß die Sache ehemals wider seinen Willen aus seiner Gewere kam, hinreichen, den Kläger abzuweisen. Dagegen würde der Commodatar einer ältern Gewere, z. B. dessen, dem die Sache früher gestohlen wurde, weichen müssen. Was in den obigen Beispielen für die gemeine faktische Gewere gezeigt worden ist, eben das gilt natürlicherweise auch für die gemeine juristische Gewere, da die eine Fortsetzung der andern, nur in verschiedener Form ist (Note 62c). Wie also der Inhaber der erstern nur gegen den Kläger sich mit Erfolg vertheidigt, dessen jur. Gewere später, als die seinige entstand, so dringt auch der Inhaber der letztern nur gegen diejenigen durch, deren faktische Gewere spätern Ursprunges ist<sup>259d)</sup>. Letzteres jedoch erhält eine Ausnahme bey Immobilien dadurch, daß, wenn die spätere Gewere zu einer rechten Gewere geworden ist, die ältere juristische gegen sie nichts ausrichtet. (S. d. Folg.)<sup>259e)</sup>. — Die rechte Gewere dagegen machte jede, ihr gegenüberstehende, Gewere unwirksam, mag sie früher, oder später begonnen haben, sofern sie die letztern nicht selbst zu einer rechten Gewere werden läßt, durch die sie dann wiederum, als frühere Gewere, besiegt wird; also die jüngste rechte Gewere trägt immer den Sieg davon. Auch hier bedarf es, nach dem, was oben über die Wirkungen der rechten Gewere gesagt ist, nur eines Beispiels, um das hier ausgesprochene Resultat zu bestätigen. A verkauft dem B ein Grundstück, dieser erwirbt durch Besiz von Jahr und Tag die rechte Gewere und schließt dadurch alle dinglichen Ansprüche aus früherer Zeit aus, B giebt es hierauf jemanden zu Lehen, dieser verkauft es hinterdrein an C, C erwirbt eine rechte Gewere und schließt dadurch den Lehnherrn B aus<sup>259f)</sup>.

Diese Vergleichung der beyden Geweren wirft nun auch auf den Namen „rechte Gewere“ Licht. Gewere ist das Recht, die Sache gegen jeden Dritten zu vertheidigen. Bey der gemeinen Gewere hat die Ausübung dieses Rechtes nicht immer

259 d) Der Commodatar in dem obigen Beispiele würde gegen B klagen können, nicht aber gegen denjenigen, dem die Sache früher gestohlen ist.

259 e) Einer gemeinen faktischen Gewere kann eine rechte Gewere niemals gegenüberstehen. Note 243.

259 f) Einer faktischen rechten Gewere kann niemals eine jüngere juristische rechte Gewere gegenüberstehen. Vergl. die vor. Note.

Erfolg, weil es Fälle giebt, wo ein anderer ~~haben~~ kann, daß es dem Besizer nur als formelles Recht (Note 30 a) zukam, ihm, als dem wirklichen Inhaber der Gewere, gegenüber, nur ein Faktum sey. Bey der rechten Gewere tritt dieses niemals ein (bey der jüngsten nämlich), oder es steht wenigstens immer in ihrer Macht, es zu verhindern (bey jeder, sofern sie das Entstehen einer jüngern durch zeitige Widersprache verhüten kann); sie hat nie blos den Schein der juristischen Existenz, sie ist die Gewere, welche sich stets als wirkliches Recht zeigt, daher der Name. (Vergleiche Note 62 d) <sup>260</sup>).

§. 14.

**Rechte in Bezug auf fahrende Habe, welche der rechten Gewere an Immobilien analog sind.**

Der technische Name, rechte Gewere, gehörte allein in das Gebiet der Immobilien, die Sache aber kam auch bey den Mobilien vor, so weit dieses möglich war, d. h., so weit die Bedingungen in Betreff des Anfangspunktes der Gewere, die zu einer rechten Gewere erhoben werden soll, auch bey der fahrenden Habe eintreten können, erlöscht auch bey ihr durch die Dauer jener Gewere während einer bestimmten Zeit die juristische, welche ein Anderer daran hatte <sup>261</sup>). Da aber, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, der Fälle, wo bey fahrender Habe jene Bedingungen eintreten, nur äußerst wenige sind, so erklärt sich der, an mehreren Stellen ausgesprochene Grundsatz, als die Regel betrachtet, an fahrender Habe könne man sich nicht verschwei-

---

260) Eben diese Betrachtung möchte dazu dienen, den Sprachgebrauch, nach welchem für rechte Gewere so häufig Gewere schlechthin gesagt wird, zu rechtfertigen. (Sächs. Landr. II, 42, Schles. Landr. I, 36, 2, vergl. auch §. 25). Die rechte Gewere allein entsprach vollständig dem Begriffe der Gewere, als dem Rechte zur Vertretung der Sache gegen jeden Dritten.

261) Fälle, wo die dingliche Klage auf fahrende Habe nach einer gewissen Zeit erlöscht, der Anfangspunkt aber der Gewere des Gegners auf eigenthümlichen, der rechten Gewere nicht analogen, Bedingungen beruht, sind im höchsten Grade partikularrechtlich. S. davon ein Beispiel a. E. dieses §.

gen<sup>262)</sup>. Um uns nun von der Richtigkeit des obigen Princips zu überzeugen, gehen wir die Bedingungen der rechten Gewere in Betreff ihres Anfangspunktes einzeln durch, und sehen, ob so fern sie bey der fahrenden Habe eintreten, die Wirkungen daran geknüpft sind.

1) Von den Fällen, wo ein Dekret des Richters Anfangspunkt einer rechten Gewere war, kann nur<sup>263)</sup> der, Note 230 angeführte und nicht mit völliger Gewißheit entschiedene, Fall bey der fahrenden Habe in Frage kommen. Allerdings war es, wie bey Immobilien, Pflicht des Richters, bey der Auspfändung nur solche Mobilien zu wählen, an denen keine dinglichen Ansprüche Dritter hafteten. Wenn er aber diese Verpflichtung nicht gehörig beobachtet hatte, war alsdann der Gläubiger dennoch nach einer gewissen Zeit vor jenen Ansprüchen gesichert? Wie diese Frage oben bey den Immobilien verimuthungsweise bejaht ist, so glaube ich sie auch bey der fahrenden Habe bejahen zu müssen: der Gläubiger konnte, nachdem er das Pfand gehörig aufgeboten hatte (d. h. in der Regel nach sechs Wochen), es sicher vor jeder Vindication distrahiren<sup>264)</sup>.

2) Gerade so, wie bey Immobilien, wird der Fall der Succession behandelt. Wer fahrende Habe, als Nachlaß eines Verstorbenen, in Besitz nimmt, ist nach Jahr und Tag gegen die Ansprüche näherer Erben gesichert. Dieses ist in Betreff des Heergewettes und der Gerade, die der Richter,

262) Schöffenerth. hinter d. Sächs. Landr. I, 11, 3: Ein Mann hatte seiner Frau eine Summe als Morgengabe zugesagt (§. 20, II), später substituirt er, ohne ihre Einwilligung, eine kleinere Summe. Nach seinem Tode fordert die Frau das größere Quantum, die Erben des Mannes entgegen, sie habe die letzte Gabe wohl gewußt und Jahr und Tag geschwiegen. Die Frau erwiedert: und wenn es denn nun gut gelt antrifft und nicht antrifft erbe, so mochte ich mich nicht daran verschweigen. Das Urtheil spricht ihr hierauf die erste Gabe zu. — Kaiserrecht II, 87: wer dem andern ist fahrende habe schuldig, der mag der ansprache beyten, wie lange her wil, her mag sich daran nicht versfumen.

263) Eine Vertheilung zur Strafe kommt bey Mobilien allein nicht vor.

264) Bair. Landr. (Note 192 c): wär auch, daz es mit franpoten aus würd getragen, alz der stad recht ist, und verkauft, und daz er (der es hätte vindiciren können) es nicht verspräch, ob er es west (die Zeit der Aufbietung wird, wie Jahr und Tag, utiliter gerechnet), so mag der, des es gewesen ist, nicht mer dar-mach gesprechen.

weil sich kein Erbe meldet, in Betracht kommt, durch ausdrückliche Stellen außer Zweifel gesetzt<sup>265)</sup>, daß dieses aber lediglich eine Anwendung des allgemeinen auf alle fahrenden Habe und auf Successoren aller Art sich erstreckenden Grundfahndung sey, scheint aus dem, Note 26 citirten Schöffenspruch geschlossen werden zu können, in welchem das Wort „Erbe“ nur so mehr auf den Nachlaß jeder Art bezogen werden muß; da Immobilien in derselben Stelle mit dem Ausdrücke „stehen des Eigen“ bezeichnet werden.

3) Die Form der gerichtlichen Auflassung war zwar den Immobilien ganz eigenthümlich und mit ihr fehlt dem deutschen Rechte in Rücksicht der fahrenden Habe die wichtigste und umfassendste Bedingung zur Beendigung der juristischen Gewere und dinstlichen Klage. Aber merkwürdig ist es, daß dem Principe, welches jener Form zum Grunde liegt, nämlich dem der Publicität, wo es in veränderter Gestalt im Gebiete der fahrenden Habe erscheint, auch hier wiederum sein Recht widerspricht, indem es dieselben Wirkungen auf die fingirte Gewere der Mobilien äußert, wie bey Erbe und Eigen. Die Fälle, wo dieses eintritt, sind folgende:

Sächs. Landr. II, 37: was ein man findet oder dieben oder feinden oder raubern abjagt, das sal her uf bitten vor sinen geburen und zu der kirchen kumt jene binnen sechs wochen, deme es zugehört, her sal sich darzu zihen selbdritt.. en kumt aber nieman binnen 6 wochen, so nimt der richter 2 theil und jene behelt das dritte teil.

Ebendaf. II, 31: wer von gericht halben seinen leib verliert, oder wer im selber den tod giebt, dieberey oder raub, die man unter im findet, die sol der richter behalten jar und tag, ob sich darzu nimand zeucht, so kere es der richter in seinen nutz.

Ebendaf. II, 29: sweme eines andern mannes habe zufließet in wasser, der sol sie jenem widergeben, deste her sich dazu ziehe ... her sol es auch uf bitten und halten unverthan sechs wochen.

---

265) Sächs. Landr. I, 28: was solches dinges erblos erstirbt, als hergewett und gerade, das soll .. der richter behalten jar und tag und warten ob sich jemand darzu ziehen wolt mit recht. darnach kere es der richter in seinen nutz. — Schles. Landr. I, 14, 1. — Brem. Stat. 28 (Pufendorf II. app. p. 44): so weme ein herwede bestervet, de schal idt fordern binnen jare und dage. — Lüneburg. Stat. (Dreyer Nebenstunden 400, 119.)

Die Bedingungen der rechten Gewere, ihrem Wesen nach, finden sich hier wieder, ein Besitz, der eine bestimmte Zeit hindurch dauert und Publicität des Anfangs, vermöge des öffentlichen Aufbietens<sup>266</sup>), Proklamirens. Zeugnisse, die in Hinsicht der Fälle selbst mit dem Sächs. Landrechte genau übereinstimmen, kommen fast in allen Rechtsquellen des Mittelalters vor<sup>267</sup>), aber in Betreff der Verjährungszeit findet sich die Verschiedenheit, wie schon in dem Sächs. Landr.<sup>268</sup>) selbst erschein, indem bald die Zeit von sechs Wochen, bald von Jahr und Tag festgesetzt wird. Eine Stelle, die sich in dem Görlitzer Codex des Sächs. Lehnrechts findet, giebt als Princip dieser Verschiedenheit an, daß in jedem der obigen Fälle die Verjährung zu Gunsten der Privatperson, z. B. des Finders, in sechs Wochen, die zu Gunsten des Richters in Jahr und Tag vollendet sey<sup>269</sup>). Andre Rechte aber, namentlich die in Note 259 nachhaft gemachten, haben nur die Verjährungszeit von Jahr und Tag.

Neben diesen, wie man wohl sagen darf, gemeinrechtlichen Fällen, in welchen die Dauer der dinglichen Klage auf fahrende Habe begränzt ist, verdient noch ein Fall bemerkt zu werden, den die Statuten Hamburgs und mehrerer benachbarter Städte erwähnen.

Die Hamburger Statuten fahren in der Note 200 beigebachten Stelle also fort: is idt ock anders genegherhande gut (was nicht über die „gefoltene See“ in die Stadt gekommen ist), dat yn dulse stad kame (Stadt Stat. VII. 7. ut dieser grafscap) unde dat hierinne

266) Daß hiezu auch der Richter in dem Falle der zweiten Stelle verpflichtet war, scheint wenigstens sehr wahrscheinlich, wegen der vollkommenen Aehnlichkeit desselben mit dem ersten Falle, und durch die längere Verjährungszeit im zweiten konnte eine Abweichung in jener Rücksicht nicht wohl gerechtfertigt werden.

267) Hamb. Stat. 149 (Pufendorf III. app. p. 270) Stad. Stat. XI. 6 (ebendas. I. p. 225) Brem. Stat. 90, Ord. 83 (ebendas. II. p. 28) und andre bey Haubold de orig. et fatis usuc. p. 18.

268) Auf diesem stimmt überein das Schles. Landr. III. 8, 4 u. IV. 15, 12, Richtst. d. Landr. I, 12.

269) Görlitzer Handschr. 47 (bey Zepernick, Miscell. z. Lehnr. I, 76): swelich man findet eines andern mannes ding, der sal is offinhare 6 wochen halten, . . . komt er nach dieser vrist, so sol der dritte teil des vinders sein, en komt nieman, so sol der richter der zweier teil sich undirwindin und sal si widergebin, oh jemand binnen eine jare komit, der das gezeuget, das er es verloren habe.

gewesen hevet jar und tag sunder bisprake, dhat is ein man nagher to beholdende mit twen guden mannen to taghe, dan it eme jenich man aftowinnende is.

Der Sinn dieser Worte ist natürlich nicht der, daß denjenigen Sachen, die anders woher, als über Sand und See in die Stadt gekommen sind und daselbst Jahr und Tag unangesprochen sich befunden haben, fortan für immer das ausgezeichnete Privilegium gestattet werde, daß jeder Besitzer, der einen *justus titulus* beweisen kann, von der Vindication eines jeden befreit seyn solle. Vielmehr ist die Wirkung der Frist von Jahr und Tag offenbar lediglich gegen die Auswärtigen gerichtet, deren Ansprüche sich aus der Zeit, bevor die Sache in die Stadt kam, herschreiben. In Hinsicht aller Rechtsverhältnisse, die hinterdrein die Sache betreffen, treten die allgemeinen Regeln ein. Daher hatte jener Grundsatz in Bezug auf bewegliche Sachen eben dieselbe Bedeutung, wie ein sehr bekanntes Privilegium vieler Städte in Betreff der unfreien Einzüglinge, in Folge dessen diese nach Jahr und Tag von ihren Herrn nicht mehr in Anspruch genommen werden durften<sup>270)</sup>. Hier, wie dort, zerstörte der Zeitraum von Jahr und Tag diejenige juristische Gewere an der Sache oder dem Hörligen, die aus der Zeit, bevor sie in die Stadt kamen, herstammte<sup>270a)</sup>.

Wenn man sich das vergegenwärtigt, was in dem Obigen über jede der drey Formen der Gewere, der faktischen,

270) Eichhorn *St. u. R. G.* §. 313. Note b.

270a) In den ältern Stat. der Hansestädte bildeten die Sachen, die über Sand und See, und diejenigen, die anderwärts herkamen, in der Art Gegensatz, daß der Besitzer der erstern (falls er einen *justus titulus* nachwies) so fort gegen die Vindication sicher war, der Besitzer der letztern erst nach Jahr und Tag. Wertwürdigere Weise ist in den neuern Statuten die Verjährung auf die erstern Sachen übertragen worden (*Lüb. Recht VI, 5, 5.* — *Hamburg. Stat. II, 19, 3*) und im Lübschen Rechte (nicht in dem Hamburgischen) auch bey den letztern, wie im ältern Rechte, stehen geblieben (*Lüb. R. I, 8, 1*). Sehr sonderbar scheinen die angef. Art. des *Lüb. Rechts* den Worten nach noch immer die beyden Gattungen von Sachen im Gegensatz zu denken, wiewohl einen Unterschied in der juristischen Beurtheilung beyder aufzufinden, die Interpreten sich vergebens bemühen (*Mevius comm. ad. j. lubec. I, 81, 23 sq.*)

juristischen und rechten Gewere gesagt ist, so findet man leicht, worin im Allgemeinen das Eigenthümliche besteht, welches, als Folge dieses Begriffes, das ältere ~~deutsche~~ Recht von dem römischen oder heutigen unterscheidet. Sagen wir für den Begriff der Gewere, der in das Recht zur Vertretung der Sache gesetzt worden ist, einen ihm entsprechenden, welcher ihn unserm heutigen Rechte näher bringt, so bietet sich ein solcher in dem Begriffe der Dinglichkeit dar. Gewere ist dasjenige, was einem Verhältnisse der Person zur Sache (ich sage absichtlich nicht: einem Rechte an der Sache) dingliche Wirksamkeit, d. h. eine dingliche Klage <sup>270 b)</sup>, oder Sicherheit gegen die dingliche Klage eines Andern giebt; wem die Gewere fehlt, dessen Interesse kann nur noch persönliche, obligatorische Wirksamkeit haben. Das Eigenthümliche des deutschen Rechtes zeigt sich nun darin, daß jene formelle Eigenschaft der Dinglichkeit niemals absolute und eigenthümliche Eigenschaft gewisser Rechte, daß sie vielmehr, unabhängig von dem materiellen Charakter der Verhältnisse einer Person zur Sache, nach eigenen Regeln im Gebiete des Sachenrechts vertheilt ist. Es giebt kein rechtliches Interesse an einer Sache, welches nicht in die Lage kommen kann <sup>270 c)</sup>, jener Eigenschaft in einem gewissen Grade theilhaftig zu werden; selbst das bloß faktische Verhältniß zur Sache, der Besitz ohne alles Recht, ist davon nicht ausgeschlossen. Umgekehrt giebt es, wenigstens bey fahrender Habe, kein Recht, welches nicht unter Umständen, in denen nicht ein Aufgeben des Rechts selbst liegt <sup>270 d)</sup>, jene Eigenschaft wiederum verliert und

270b) Man erinnere sich der Wirkungen der juristischen Gewere.

270c) Falls nämlich die Bedingungen, die das Entstehen oder die Fortdauer der Gewere begründen, vorhanden sind: das Innehaben der Sache, der Verlust desselben wider unsern Willen. Offenbar kann man nicht sagen, das Ergreifen des Besitzes sey nur in so fern Bedingung der Dinglichkeit, als erst dadurch das Eigenthum (an fahrender Habe) erworben wird; ist dieses geschehen, so liegt in dem Eigenthume, der causa des Besitzes, der Grund der Dinglichkeit. Denn jenes Ereigniß hat immer dieselbe Folge, zu welcher causa es auch hinzutreten mag. Noch einleuchtender tritt die Richtigkeit dieser Ansicht hervor, wenn man das, im Texte zur folg. Note, Gesagte hinzu nimmt.

270d) Im Falle einer jeden freiwilligen Entäußerung des Besitzes.

auf die obligatorische Wirksamkeit reducirt wird <sup>270 e</sup>). Nur diejenigen Rechte, die in die Lage kommen können <sup>270 f</sup>), jener Eigenschaft im ganzen Umfange theilhaftig zu werden, d. h. deren Gewere eine rechte Gewere werden kann, bilden eine geschlossene Anzahl.

Der besondere Theil unserer Untersuchung wird sich mit denjenigen Fällen beschäftigen, wo mehrere Rechte mit dem Charakter einer Gewere an einer Sache neben einander bestehen. Eine Uebersicht dieser Fälle wird die Anordnung des Folgenden rechtfertigen. An einer beweglichen Sache können, mit wenigen, vielleicht nur mit einer Ausnahme <sup>270 g</sup>), niemals zwey Rechte mit dem Charakter der Gewere neben einander, d. h. im Verhältnisse gegenseitiger Anerkennung, bestehen, vielmehr schließt eine Gewere jede andere aus, ohne Rücksicht darauf, ob das Recht, welches jener zum Grunde liegt, ihre causa, mit dem Rechte des Gegentheils vereinbar ist, oder nicht, das letztere kann nur als persönliches, obligatorisches, bestehen <sup>270 h</sup>). Anders bey Immobilien. Hier schließt eine Gewere die andere immer nur so weit aus, als ihre causa mit der der andern unvereinbar

270 e) Das Eigenthum und jedes andere Recht an Immobilien kann, sofern es nicht selbst gänzlich aufgegeben wird, niemals in die Lage kommen, daß es nur durch eine persönliche Klage geschützt ist.

270 f) Die dingliche Wirksamkeit der Rechte mit dem Charakter der rechten Gewere ist nicht erst Folge des Eigenthums u. s. w., welches nach Jahr und Tag erworben ist. Denn sie kommt dem Erwerber schon vorher zu, nur nicht in dem vollen Umfange, und diese beschränkte Dinglichkeit, vor Ablauf von Jahr und Tag, ist nicht Folge einer solchen Idee, wie sie der dinglichen Klage des b. f. possessor im römischen Rechte zum Grunde liegt, zu dessen Gunsten nämlich fingirt wird, daß das Eigenthum bereits durch Usucapion erworben sey. Denn diese dingliche Wirksamkeit kommt jedem, der die Gewere hat, zu, von welcher Beschaffenheit auch seine causa seyn mag.

270 g) Die unzweifelhafte findet sich in dem, §. 24 dargestellten, Verhältnisse, eine zweifelhafte a. E. des §. 15.

270 h) Neben einer juristischen kann eine faktische niemals auf ihr Bestehen rechnen (Note 62 d). Neben der faktischen Gewere des Commodatars u. s. w. besteht das Eigenthum als Recht mit einer Gewere, nicht (§. 10).

ist, so weit die causas beyder mit einander verträglich sind, bestehen an einer Sache zwey (oder auch mehrere) Rechte mit dem Charakter der Gewere. Dabey aber ist an den Unterschied in den Wirkungen der rechten und gemeinen Gewere zu erinnern (§. 13 a. E.). Die rechte Gewere schließt durchaus jede, ihr feindliche, Gewere aus, mag diese früher, oder später, als sie, ihren Anfang genommen haben, sofern sie die letztere nicht selbst wiederum zur rechten Gewere werden läßt. Dagegen die gemeine Gewere an Immobilien schließt gerade so <sup>270 i)</sup>, wie jede Gewere an Mobilien, nur diejenige, ihr feindliche, Gewere aus, welche spätern Ursprunges ist und selbst dieses nur so lange, als ihr Autor lebt (falls nicht ausnahmsweise die Verpflichtung, die Sache zu geweren, auf den Erben übergang), eine Beschränkung, die zwar ein sehr entgegengesetztes Resultat von dem, was bey der fahrenden Habe gilt, hervorbringt, dennoch nicht auf einer Verschiedenheit im Principe beruht <sup>270 k)</sup>. Umgekehrt wird die gemeine Gewere von derjenigen, die ihren Anfang früher nahm, ausgeschlossen. — Es rechtfertigt sich hieraus von selbst, daß die vollständige Bezeichnung eines Rechtes an Immobilien es als eine, durch die causa spezifisch von jedem andern verschiedene, Gewere darstellen und daher von einer Gewere zu Eigenthum, zu Leibzucht, oder Eigensgewere, Leibzuchtsgewere sprechen müsse, eine Terminologie, für welche die Quellen selbst das Vorbild liefern, indem sie von einer Gewere zu rechter Vormundschaft (§. 24), Lehns-gewere (Note 25), Eigensgewere (Note 225) reden. Daß bey der fahrenden Habe von einer ähnlichen Terminologie keine Spur vorhanden ist, erklärt sich von selbst daraus, daß die Gewere an derselben immer nur eine und dieselbe ist, von welcher Art auch die causa derselben seyn mag, während bey Immobilien die Theilung der Nutzungs- und Dispositions-befugnisse unter mehreren Personen, auch eine Theilung des Rechts der Vertretung der Sache, die Verschie-

**270 i)** Jedoch, wie sich von selbst versteht, immer mit dem Unterschiede, daß die Ausschließung nur so weit geht, als die causa es verlangt, während sie bey fahrender Habe immer total ist. Der Pächter schließt den spätern Käufer des Grundstückes dergestalt aus, daß letzterer ihn, so lange sein Recht währet, sitzen lassen muß, er zerstört aber die Eigensgewere desselben nicht. Vergl. Note 259 a.

**270 k)** Den Beweis dieser Sätze s. §. 25 a. U.

denheit der causa auch eine Verschiedenheit der Gewere mit sich führt.

Uebergeht man diejenigen Fälle, wo die Gewere, die neben einem andern an Immobilien besteht, blos den Charakter der gewöhnlichen (nicht rechten) Gewere hat <sup>2701)</sup>, so läßt sich der Gegenstand des besondern Theiles auch so bezeichnen: diejenigen Rechte an Immobilien, welche durch gerichtliche Auflassung, die nothwendige Bedingung der rechten Gewere, constituirt werden und neben denen eine Gewere des Veräußerers fortbesteht. Unter diesen Rechten, oder Arten der Gewere zeigt sich eine Verschiedenheit zwiefacher Art. Zunächst gehen aus der Verschiedenheit des Rechtsgebietes, dem sie angehören, indem sie entweder durch die Auflassung im Land-, Lehn- oder Hofgerichte entstehen, drey Hauptgattungen hervor: (rechte) Gewere zu Land-, Lehn- und Hofrecht. Jede dieser Gattungen schließt dann aber mehrere Species ein, indem die Form der Auflassung in einem Gerichte desselben Rechtsgebietes mehreren, der causa nach, verschiedenen Geweren zum Entstehungsgrunde dient. Die Gewere zu Landrecht enthält z. B. die zu echtem Eigenthume, zu Pfandrechte, zu Leibgebing in sich, die Gewere zu Lehnrecht die zu rechtem Lehn, Burglehn, Zinslehn.

Die Grenze, die nach dieser Uebersicht der folgenden Untersuchung gesteckt ist, scheint an einigen Punkten überschritten zu seyn, indem nämlich erstens von einer Art der Gewere gesprochen ist, die nicht durch gerichtliche Auflassung entsteht, nämlich von der Gewere zu rechter Vormundschaft (§. 24). Allein das Gesetz vertrat hier die Stelle der gerichtlichen Auflassung, ein Gesichtspunkt, der sich, als der richtige, vornehmlich dann empfiehlt, wenn man jenes Verhältniß mit einem andern, ähnlichen vergleichen, der Gewere zu treuer Hand, welche wirklich durch gerichtliche Auflassung entstand (§. 23). Zweitens sind einige Rechte an fahrender Habe in die Darstellung hineingezogen, namentlich das Pfandrechte, der Erbvertrag und die eben genannte Gewere zu rechter Vormundschaft ist in Bezug auf beyde Gattungen von Sachen, bewegliche und unbewegliche, erörtert worden. Der Grund hievon liegt, was die beyden ersten Institute betrifft, hauptsächlich darin, daß sie in Beziehung auf die Immobilien nur durch die

---

<sup>2701)</sup> Sie werden nur eine kurze, nicht in die Natur der einzelnen dahin gehörigen Rechte eingehende Erörterung bedürfen. S. §. 25 a. N.

stete Vergleichung mit den Mobilien zur klaren Anschauung gebracht werden können: was das dritte Institut betrifft, so war bey ihm noch ein viel dringenderer Grund vorhanden, die Darstellung desselben auf die fahrende Habe zu erstrecken; denn gerade dieses bildet die einzige unzweifelhafte <sup>270 m)</sup> Ausnahme, wo eine zwiefache Gewere an fahrender Habe besteht, also ein Fall eintritt, welcher recht eigentlich in die Kategorie derjenigen gehört, mit denen sich der besondere Theil der Untersuchung beschäftigt.

---

270 m) Vergl. Note 270 g.

## Besonderer Theil.

### Erstes Kapitel.

#### Gewere im Gebiete des Landrechts.

##### §. 15.

#### Pfandrecht an fahrender Habe.

1) Der Entstehung nach ist das Pfand an Mobilien <sup>270 n)</sup> ein zwiefaches, ein freiwilliges und ein vom Richter gegebenes. Die erstere Entstehungsart wird bezeichnet durch die Phrase: „eine Sache versehen“ <sup>270 o)</sup>, die letztere durch die Worte: „pfänden (Salfeld. Stat. 89, bey Walch I, 35, Sächf. Landr. I, 53), bekümmern <sup>270 p)</sup> (Salfeld. Stat. 168), fronen“ (Erfurt. Stat. 39 bey Walch I, 116, Zus. zu dens., ebendaf. II, 27). Das richterliche Pfand kommt wieder in zwey Anwendungen vor, theils als dasjenige, welches einem beklagten Schuldner, der gegen die peremptorische Ladung ungehorsam ist, entrißen wird <sup>270 q)</sup>, theils als dasjenige, wel-

---

<sup>270 n)</sup> Außer dem gewöhnlichen Namen Pfand dienen zur Bezeichnung desselben die Ausdrücke: Weddeschatt (Lüb. Recht v. J. 1240 Art. 43: so we deme andern wat lovet uppe sin gut, is it up erve, so is it weddeschatt, sint it ock kledere oder anders welker hande gut dat si, so is it ock weddeschatt. — Brem. Ord. 51), Ristenpfand, so fern von leblosen Gegenständen die Rede ist (Haltaus p. 1091; wiewohl dieses Wort auch für fahrende Habe selbst gebraucht wird), Schreynpfand in demselben Sinne (Bair. Landr. bey Heumann 116).

<sup>270 o)</sup> Sächf. Landr. II, 60 u. and. D. — So wird Sazung auch von Mobilien gebraucht (Schlesf. Landr. III, 1, 22).

<sup>270 p)</sup> Bekümmern (verkümmern) wird indeß auch vom freiwilligen Pfande gesagt. Schlesf. Landr. II, 2, 17.

<sup>270 q)</sup> Salfeld. Stat. 89: dit ist der stad recht: ist daz man eyne thud dri gebod, der mag sitzen uf sine wette, da verlust her nicht kegen dem kleger, zu dem virden gerichte sal her in vorebrange mit sinem pfande. Vergl. 42: swelch man dem andern vorgebutet, alze recht ist, kommt der man nicht vor, hilst im der richter eines pfandes. — Verden. Stat. 50 (bey Pufendorf I, app. p. 95): so wor ein borger schuldig ist und

ches dem Beklagten, der vor Gericht erschien und condemnirt wurde, entrisfen wird, falls er nicht binnen des gesetzten tempus judicati Zahlung leistet <sup>270 r</sup>). Die Bedeutung des erstern ist folgende. Wenn der Schuldner vorher mit seinem Eide die Schuld abläugnen durfte (was ihm bekanntlich nach dem Rechte des Mittelalters in der Regel frey stand, sobald der Kläger ihn nicht durch ein gerichtliches Zeugniß überführen konnte <sup>271</sup>), so verliert er nunmehr durch seinen Ungehorsam gegen die (dritte) peremptorische Ladung dieses Recht und der Gläubiger erhält die Befugniß, durch seinen Eid die Schuld ihrer Existenz und Größe nach, zu erhärten <sup>272</sup>), was übrigens nichts als Anwendung des allgemeinen Grundsatzes ist, jeder Pfandbesitzer dürfe („auf dem Pfande“) die Schuld und ihre Größe durch seinen Eid erhärten <sup>273</sup>). Hieraus ergiebt sich, daß die Stellung des Beklagten, der sich des Ungehorsams gegen die peremptorische Ladung schuldig macht, nicht vollständig die des confessus et convictus ist <sup>274</sup>), die Möglichkeit, sich

nicht to rechte komen will, so schall man one panden ut den weren. Brem. Ord. 83 (ebendas. II. p. 83.) Stat. Stat. VI. 5 (ebendas. I. p. 201.)

270 r) Magdeburg. Recht 65 (bey Schott I, 69): swelch man den andern um schult beclaget und gewinnet her die mit notrecht, her muz en des tages berichten, oder muz dem richtere wetten. wirt ein man beclaget und bekennet der schult, so sol her im binnan virzehn nachten geldin. Sächs. Landr. I, 53; wer gewette und buß nicht gibt zu rechter zeit, der fronbot sol in darumb pfanden und sol das pfand zu haut versetzen oder verkaufen für die schuld. Schwäb. Landr. 97, 133, §. 16.

271) S. die, Note 46, angeführte Dissertation §. 1 folg.

272) Brem. Ord. 83 (bey Pufendorf II. app. p. 83) so wor ein borger schuldig is unde nicht to rechte komen wil; den schal men twie mit dem fronen to rechte vorebeden, to dem der den male schal he one beden laten mit tugen, kumpt he denne nicht, so schal man one panden ut den weren. wolde ock hirna de anlager (Beflagte) vor komen und disse schuld vorsaken, so weré de clager des naerre de schuld mit sinés sulvest hand up den hilegen to holden, denn ome des der ander to ertgande. Verord. Stat. 50 (ebendas. I. p. 95) Häbel. Landr. II, 2 (ebendas. p. 14).

273) S. die, Note 271, cit. Dissert. §. 7 a folg.

274) Allerdings giebt es Fälle, wo der ungehorsame Beklagte im dritten Termine, und selbst noch früher, wie völlig überwiesen behandelt wird; sie sind aber von der Contumacia, die sich bloß in dem Nicht-Erscheinen zeigt, wohl zu unterscheiden. 1) wen man vor gericht beschuldigt in seiner gegenwertigkeit und wird er dingflüchtig, er ist in der klag überwunden (Sächs. Landr.

von dem Ansprüche zu befreien, war ihm nicht gänzlich entzogen<sup>275)</sup>, sondern nur erschwert. Denn einestheils mußte ja der Gläubiger auch jetzt noch die Forderung (durch seinen Eid) beweisen, andernteils stand es dem Beklagten ohne Zweifel frey, sich seiner Einreden z. B. der Zahlung<sup>276)</sup> zu bedienen, ja auch durch einen den Eid an Stärke überwiegenden, nämlich durch Zeugen geführten, direkten Gegenbeweis die Existenz der Schuld abzulugnen<sup>277)</sup>.

2) Uebertragung des Besizes an den Gläubiger gehörte wesentlich zu einem gültigen Pfande an fahrender Habe<sup>278)</sup>;

II, 45. Reichsbild 110). 2) wen man für gericht beschuldiget und der richter in zu rechter antwort gebeut und will er nicht antworten, antwortet er zum dritten mal nicht, so ist er überwunden der schult (Sächs. Landr. II, 39; vergl. Schwab. Landr. 101: ist das eynem fürgeboten wirt drei stund und kömmt daran dy schranne und will doch nicht antworten:.) 3) wer auch beginnet zu antworten und wirt im denn wider ein ding angelegt, komt er nicht für, er ist der klage überwunden (Sächs. Landr. II, 9). Nicht zu läugnen ist, daß in einigen Rechten Stellen vorkommen, nach welchen der Proceß im peremptorischen Termine als völlig beendigt angesehen zu werden scheint (Salfeld. Stat. 89: .. so mochte der, den man schuldiget nymmer zu siner antwort komen. Culin. Recht III, 105. S. Note 281). Ein Versuch zur Vereinigung mit dem Obigen scheint unnötig, vielmehr die Annahme, daß verschiedene Ansichten bestanden, nicht unnatürlich. Auf jeden Fall ist die erstere als Regel und namentlich der Sachsenpiegel, als ihr zugethan, zu betrachten, daher die Wirkungen der Contumacia im heutigen Sächsischen Rechte in ihm keine Rechtfertigung finden.

275) Sächs. Landr. I, 70: .. man sol das pfand halten sechs wochen (Note 281) unverthan. entredet jener die schuld darinnen nicht, darnach mag er sie nicht entreden. Schwab. Landr. 94, §. 9.

276) Stad. Stat. V, 16 (Pufendorf I. app. p. 159). Vergl. die angef. Diff. §. 7.

277) Vergl. die angef. Diff. Note 44 a.

278) Baitr. Landr. (bey Heumann p. 113): antwort man einem pfant, das varnte hab ist, der sol er sich unterwinden und haymen in seine gewalt, tät er des nicht und lies si jenem, der ims geantwurt hat, in seiner gewalt, und begriffe si ein ander in seiner gewalt mit dem rechten, der mag sich derselben pfant mit dem recht wol unterwinden. — Jura civ. Nordhusae (bey Senkenberg vis. div. app. monum. V. p. 327): quicunque pignoraverit talia, que de possessione pignorati possint duci vel pelli sub potentiam pignorantis et relicta in possessione pignorati fuerint, alius si supervenerit, salvo jure pignorabit; dico autem duci et pelli ad differentiam domorum et arearum et horum similium.

es gab datan also nur ein Faustpfand. Dieser Besitz aber gab dem Gläubiger an und für sich nur die custodia, nicht das Recht der Benützung zu eigenem Vortheil. Daher der oft ausgesprochene Grundsatz: was dem verpfändeten Thiere zwischen der Krippe und dem Wasser zustößt, trägt der Gläubiger (ohne erweisliches Versehen) nicht, bey jedem Gebrauche aber, der darüber hinaus geht, wird jeglicher, auch ganz unverschuldeter, Verlust, als casus mixtus, von ihm getragen <sup>279</sup>).

3) Was die Formen, welche bey der Distraction beobachtet werden mußten, betrifft, so läßt sich Folgendes als die Regel betrachten.

a) Die Distraction mußte gerichtlich geschehen <sup>280</sup>).

b) Bey dem freywilligen und demjenigen richterlichen Pfande, welches im Falle der Contumacia des Beklagten zuerkannt wurde, mußte der Gläubiger vor Gericht, an drey, durch einen vierzehntägigen Zwischenraum von einander getrennten, Gerichtstagen verkündigen, er sey Willens, das Pfand zu Verkauf zu bringen, d. h. das Pfand aufbieten, und zugleich den Schuldner zur Einlösung auffordern, d. h. das Pfand ihm anbieten <sup>281</sup>); bey Eintritt des vierten Gerichts-

279) Bair. Landr. (a. a. D. 118): setzet einer dem andern ros zu pfand, was dem zwischen parus und wasser geschicht (durch Zufall nämlich, Brem. Ord. 56 bey Pufendorf II. p. 91), das ist dem geschehen, der ims gesetzt hat, ritt oder fuer er über land damit an seinen willen, so sol er im je vor der meil sechs pf. gebe hin und her, also das es im nicht geergeret werde, gesche es aber, so sol er ims gelten. Schlef. Landr. II, 18, 9. Verb. Stat. 54 (bey Pufendorf I. p. 97).

280) Freyh. Stat. I, 40 (bey Schott III. p. 165): wirt einem manne gesatzit kistenpfant odir allirhande sarnde habe, di sal man nirgen eigen (Note 354a) zu rechte, niwan in den vir benken, als man sie usgebutet zwei dinc. Das Schlef. Landr. erklärt die gerichtliche Distraction nur in dem Falle für nothwendig, wenn das Pfand, in Folge einer Klage, vor Gericht bestellt ward. II, 18. 1 u. 2: setzet einer ein pfand an varenden habe, vor gerichte irclagit und gewonnen, das sal her auch vor gerichte usbitten drei firzehn tage. pfant, die eime gesatzit werden, unvorclagit vor gerichte, der en darf man nicht usbitten vor gericht. Das dieses aber nicht überall galt, ergiebt sich aus den Augsb. Stat. 381o (bey Walch IV, 378): ist das einem man ein pfand gesatzit wirt ohne gericht, gat der dar und verkauft es ohne gericht, so soll er es jenem gelten. und hat auch niemand kein recht, das er ohne gericht pfand verkaufe. Vergl. Note 281.

281) Stab. Stat. I, 10 (Pufendorf I. app. p. 174): so wenne einem manne ein pant geset wirt, (is si erwe ofie) ein kistenpant,

tages oder nach „drey vierzehn“ Tagen durfte er veräußern. Bey dem richterlichen Pfande, welches dem condemnirten Beklagten nach Ablauf des tempus iudicati genommen wurde, fiel diese Frist von 6 Wochen und mit ihr die Formen des Auf- und Anbietens weg.<sup>282)</sup>

4) Merkwürdig ist der Grundsatz, der, wie es scheint, ganz allgemein galt, daß der Gläubiger den das Pfandobject treffenden Casus trägt, zwar nicht so, daß er die Sache, ihrem wahren Werthe nach, dem Schuldner ersetzt, aber in so fern, als er durch ihren Untergang zugleich seinen Anspruch einbüßt<sup>283)</sup>. Indem man das Pfandrecht in Bezug auf diesen Grundsatz ganz abgesondert betrachtete, hat derselbe dazu beigetragen, eine falsche Ansicht über jenes zu verbreiten (s. weiter unten), während schon der Zusammenhang, in welchem jener Grundsatz meistens in den Quellen erwähnt wird, auf den richtigen Gesichtspunkt, von dem aus er betrachtet werden muß, sehr deutlich hinweist. Es steht nämlich mit der gan-

das schel he, uß b eden to deme negesten dinge, to dem andern dinge, to dem dridden dinge und b eden it deme goden manne to hove und to huse mit goden luden und verkopen deume, dar he wil. — Schles. Landr. III, 1, 14, Verb. Stat. 49 (Pufendorf I, app. p. 94), Salsfeld. Stat. 42. (Walch I. p. 25) Lüb. Recht 251. (bey Brookes, obs. for. p. 67) Leobsch. Stat. (bey Böhme II, 15). Note 280. — Abweichungen von diesem regelmäßigen Verfahren zeigen sich vornehmlich darin, daß nach einigen Rechten der Zeitraum von drei — vierzehn Tagen verkürzt ist (zu vierzehn, acht, drey Tagen), theils für alle Fälle (Schwäb. Landr. 94, Bair. Landr. bey Heumann p. 116, Augsb. Stat. 380 bey Walch IV, p. 376, Braunschw. Stat. 44 bey Leibnitz III, 436), theils für gewisse (Lüb. Recht a. a. D. und 247, Leobsch. Stat. a. a. D., Bair. Landr. p. 115). Merkwürdiger ist die Abweichung des Culm. Rechts (III, 105), wonach das dem ungehorsamen Beklagten abgenommene Pfand sofort veräußert werden darf, was auf eine von der Regel wesentlich abweichende Ansicht dieser Rechtsquelle von den Wirkungen der Contumacia hindeutet (vergl. Note 274).

282) S. Note 270. .. und sol das pfand zu hant versetzen. — S. jedoch jura Tremon. bey Dreyer, Nebenst. 418.

283) Sächs. Landr. III, 5: stirbet aber ein pferdt oder ein vihe in der versatzung, on jenes schuld, der das unter im hatte; beweiset er das, er gilt es im nicht, er hat aber sein gelt verlorren, da es im vor versatz stund, ir gelübde stünde denn anders. Schles. Landr. III, 1. 11: ...so verlust der jude (Pfandgläubiger) sine pfenninge und der crist sin gut. Ebendaf. IV, 13, 16. Hamb. Stat. 155 (bey Pufendorf III, app. p. 272). Culm. Recht V, 34. — Schöffenuyth. hinter d. Sächs. Landr. I, 6, 6.

zen Lehre über das Tragen der Gefahr in contractlichen Verhältnissen in der genauesten Verbindung. Diese Lehre beruht auf folgenden Hauptsätzen. 1) Derjenige, welcher Kraft eines Vertrages eine fremde Sache besitzt, ist von dem Casus frey, wenn der Vortheil des Vertrages lediglich auf Seiten des Gebers ist, wie z. B. bey dem reinen Depositum<sup>284</sup>). 2) Dagegen trägt er den Casus so, daß er die verlorene Sache vollständig ersetzen muß, wenn er unentgeltlich die Vortheile des Gebrauchs und Genusses derselben hat<sup>285</sup>). 3) Falls aber der Geber aus der Ueberlassung der Sache an den Andern einen Gewinn zieht, so treten die Grundsätze des ersten Falles ein, der Besitzer trägt nicht die Gefahr<sup>286</sup>)<sup>287</sup>). Zwischen den beyden ersten Fällen in der Mitte liegt das Faustpfand; der

284) Sächs. Landr. a. a. D.: welcher man dem andern sein gut thut zu behalden, wird es im gestolen oder stirbet es, er darf da keine not um leiden, thar er seinen eid darzu thun, das es on seine schuld sey geschehn. Hamb. Stat. a. a. D., Schles. Landr. IV, 13, 15. Culm. Recht a. a. D. Lüb. Recht 239 a. a. D. p. 66. — Daß der in einigen Stellen erwähnte gemeinschaftliche Verlust der eingenen und deponirten Sachen nicht Bedingung dieser Freiheit ist, beweisen die Augsb. Stat. 212 (Walch IV, 217): verlüset ein man gut, das im zu behalten ist geben, beredt er denne das er man gut, es mit andern sinem gute verloren, so ist er ihm endbrosten, verlüset er aber nicht darmit, dennoch sol er sin recht darumb nehmen, das ers aun gevärd verloren hab. Ebdas. 300. p. 301. Schles. Landr. IV, 13, 15.

285) Sächs. Landr. a. a. D.: was man aber dem manne leihet, das sol er unverderbet widerbringen oder sol es gelten nach seinen werden. Schles. Landr., Culm. Recht, Hamb. Stat. am a. D. S. jedoch d. folg. Note a. S.

286) Augsb. Stat. 213, 214 (Walch IV, 217): leihet ein man dem andern sein gut um lohn, verlüset er das, oder was im geschicht aun schulde, das soll er nit gelten, wan er ihms um lohn gelihen hat, leihet ein man dem andern sein rofs oder vich aun lohn durch lieb und verleurt er im das, das soll er gelten (aun als verre er mög denn bereden, das es das gemein mord hab geschlagen, eine Einschränkung, die sonst, so viel ich weiß, nirgends erwähnt wird). Lüb. Recht v. J. 1240 Art. 41 (Westphalen III, 648). — Vergl. I. wisigoth. V, 5. Capit. VI, 23.

287) Beabsichtigt der Empfänger, wenn er gleich nicht den Gebrauch und Genuß hat, einen Gewinn, so tritt der Grundsatz des zweiten Falles ein, er trägt selbst den unverschuldeten Verlust. Lüb. Recht v. J. 1240 Art. 184: so wor en man deme andern gut doit to makende, um me lohn, verluset deghene dat gut, (selbst) mit sineme gude, he scal deme manne dat gut weder gheven ofte gelden. Megabuch S. 141. — Vergl. I. Bajuvar. 14, 1.

Gläubiger hat nicht die Vortheile des Gebrauchs und Genusses, aber die Custodia, die er übernimmt, gereicht nicht bloß dem Verpfänder, sondern ihm selbst zum Vortheil, und so läßt das deutsche Recht auch in Bezug auf die Uebernahme der Gefahr einen mittlern Grundsatz eintreten: jeder trägt die Gefahr seines Interesses an der Sache, dem Verpfänder geht mit der Sache sein Eigenthum, dem Gläubiger seine Schuldforderung zu Grunde<sup>288</sup>). Eine Modifikation, die auf ähnlichen Principien beruht, wie der in Note 287 erwähnte Fall, tritt bey dem Pfande ein; wenn dieses dem Gläubiger nicht bloß für die Wiedererlangung seines ursprünglichen Eigenthumes, sondern auch für einen positiven Gewinn (Zinsen) Sicherheit gewährleisten soll. In diesem Falle trägt er den Casus nicht bloß nach jenem mittlern Maßstabe, sondern im ganzen Umfange<sup>289</sup>).

5) Als Regel muß man es ansehen, daß nach erfolgter Distraktion die Hyperocha dem Schuldner zurückgegeben wurde<sup>290</sup>). Nach einigen Rechten aber durfte der Gläubiger die ganze aus dem Verkauf gelöste Summe behalten, ohne andererseits seine Ansprüche auf den Rest zu verlieren, falls die Schuld durch jene Summe nicht gedeckt wurde<sup>291</sup>).

288) Ein Mittelweg anderer Art findet sich in d. l. Rotharis 257, wonach die Gefahr, der Zeit nach, zwischen beyden Contrahenten getheilt wird.

289) Schöffennurth. (bey Böhme VI, 113): setzt ein Xpen man eime juden ein pfand vor gelt, do her im wuchir von gebit und vorlust der jude das pfand mit andirum sine gute her sal is dem Xpen manne geldin.

290) Sächf. Landr. I, 70. Augsb. Stat. 380 (Walch IV, 376). Bair. Landr. (Heumann p. 116). Hamb. Stat. 12 (Pufendorf III. app. p. 229).

291) Freiberg. Stat. I, 40 (Schott III. p. 165): waz die pfant bezzer sint, wen sie sten, daz mag he behalden, he mac iz auch widergeben ab he wil, waz ouch si erger sint, wen si sten, da mac he jeme umme schult geben, der muz darumme antworten. Merkwürdig ist es, daß dieselbe Stelle bey Walch (III, 182, 52) also lautet: jener mag es (das Pfandobject selbst) ihm widergeben, wo er will, und mag es behalten, ob er will, doch dafs dieses pfand geschätzt sey durch gericht und die besserung an den, des das gut gewest, geweisert werde, was aber nach der anerkannten schlechtern Qualität des Walchischen Oeder (Schott am a. D. 76) nicht als eine bessere Lesart, sondern höchstens als eine neuere Modifikation anzusehen ist.

Bekannt und früherhin häufig vertheidigt<sup>292)</sup> ist die Ansicht, daß das Pfandrecht an fahrender Habe nichts, als ein widerruffliches Eigenthum sey. Was davon zu halten sey, wird sich aus dem Vorhergehenden leicht beurtheilen lassen, wenn man die Gründe, welche für jene Ansicht angeführt werden, ins Auge faßt. Insbesondere stützt man sich darauf, daß der Verpfänder die vindikation des Pfandobjekts entbehrt, und nur durch eine persönliche Klage geschützt ist. Daß dieses als bloße Folge des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren“ dem Pfandrechte nicht eigenthümlich sey, sondern in derselben Art bey jeder freiwilligen Entäußerung der Gewere eintritt, ist klar<sup>293)</sup>. Woher man gerade bey dem Pfandrechte auf dieses Verhältniß aufmerksam wurde und es zur Begründung jener Ansicht benutzte, erklärt sich wohl daraus, daß man in dem Principe, der Gläubiger trage den Casus, einen zweiten Grund fand, jene Ansicht zu vertheidigen. Wie dieses Princip sich consequent an die ganze Lehre vom Tragen der Gefahr anschliesse, ist oben erörtert worden.

Die größtentheils gleichen Namen, mit welchen die durch den Richter verhängte Auspfändung und die Anlegung eines Arrestes an fahrender Habe bezeichnet werden<sup>294)</sup>, nöthigt uns zu untersuchen, ob dieser äußern Gleichsetzung eine innere entspreche, oder nicht. Der Zweck des Arrestes besteht darin, daß man gegen einen Schuldner, der nicht „sicher“ (gewiß) ist, theils und zunächst in Betreff des Erscheinens vor Gericht, theils in Betreff seiner Zahlungsfähigkeit Sicherheit erhalte.

292) Heineccius elem. j. germ. II. tit. 11. §. 319 sq. Riccius de dominio pignoris germ.

293) Vergl. §. 10.

294) Die Ausdrücke, mit welchen der Arrestschlag bezeichnet wird, sind außer den dreien „aufhalten“ (Schles. Landr. II, 11, 11, 11, 1), „Arrest vom Personalarrest gebraucht, Salf. Stat. 7), „verhüten“ (Bair. Landr. bey Heumann p. 127, 154, Gosl. Rechtspr. bey Bruns, Beitr. 238), und „besetzen“ (Schles. Landr. II, 11, 2), dieselben, welche oben für das richterliche Pfand erwähnt sind, nämlich: „fronen“ (Zus. zu d. Erfurth. Stat. bey Walch II, 41) „bekümmern“ (Verb. Stat. 82 bey Pufend. I. p. 105, Habeler Landr. ebendas. I. p. 32) und „pfänden“ (Bair. Landr. 153, 154, Gosl. Stat. 514, 29).

Hieraus erklären sich die Beschränkungen, unter denen er erlaubt ist. Für sicher nämlich in jenen beiden Hinsichten galt nur der angefessene Mitbürger, für unsicher dagegen zunächst jeder Fremde (Gast), aber auch in der Regel jeder Mitbürger, der nicht Erbe und Eigen hatte<sup>295</sup>). Diese Beschränkungen werden theils ausdrücklich in den Rechtsquellen erwähnt<sup>296</sup>), theils ergeben sie sich zum Theil schon daraus, daß die meisten Stellen, die über Arrest handeln, immer nur von Gästen sprechen<sup>297</sup>). Das Eigenthümliche des Arrestes gegen diese Personen bestand darin, daß er, ohne eine besondere, im concreten Falle nachgewiesene, *causa arresti*<sup>298</sup>) eintreten durfte; die allgemeine Unsicherheit derselben schien ein hinreichender Grund, das Verfahren gegen sie sofort und in jedem Falle mit dem Arreste zu eröffnen<sup>299</sup>)<sup>300</sup>). Der Arrest nahm

295) Augsb. Stat. 118 (Walch IV, 144).

296) Gosl. Stat. 515, 45: veret eyn man von hennen, dewile he seck anderswor nicht neder let to wönende, und one de rad vor eren borgher vordeghedinget, so ne mach men des sines nicht besetten. Kaiserr. I, 32. Schlef. Landr. II, 11, 2. — Verd. Stat. 82 (Pufendorf I. 105): es schall nemandt unsers borgers god besaten, de erve und egen hefft. Brem. Ord. 77 (ebendas. II, 96), Salzwe. Stat. (ebendas. III, 402).

297) Schlef. Landr. II, t. i, 11, Lüneburg. Stat. 50. 134 (Dreyer, Nebenst. 382, 408.) Batr. Landr. 155. Antiq. leg. Cell. 14; 27: (Pufendorf II, 15, 16).

298) Unter Voraussetzung einer besondern *causa arresti* war auch jeder Mitbürger dem Arrest unterworfen. Cell. Stat. III, 44 (Leibnitz III, 441): eyn unser borgher mach den andern unsen borgher wol uphalden umme schult, he mot aver schweren, dat he id dor angst siner scholt dede. — Rechtsb. bey Bergmann, Gesch. v. München 113. Braunschw. Stat. 16 (Leibnitz III, 483).

299) Höchstens nach vorgängiger einmaliger Ladung (Sächs. Landr. I, 70).

300) Namentlich der Arrest gegen Gäste war im Mittelalter, wo Zurücksetzung fremder Kläger so häufig seyn mochte, ein sehr wichtiges Mittel, dem Rechtsverkehr zwischen den Eingefessenen zweier verschiedener Gerichte Realisation zu verschaffen, wodurch es selbst gerechtfertigt schien, dem Gläubiger es zu gestatten, sofern eine Gerichtsperson nicht zur Hand war, selbst, mit Zuziehung einiger Mitbürger, den Arrest zu vollstrecken. (Antiq. leg. Cell. 27. Salsfeld. Stat. 48. Schlef. Landr. II, 11, 1) und selbst, wenigstens im Fall einer wirklich eingetretenen Rechtsverweigerung von Seiten des fremden Gerichts, statt des eigentlichen Schuldners, jeden seiner Mitbürger, mit Arrest zu belegen (Schlef. Landr. II, 11, 11; Kurz, Destr. Handel. S. 167 folg.). Daher bedurfte es in der

also bey einem Beklagten, der in die Kategorie der unsichern Leute gehörte, gerade die Stelle in dem Verfahren ein, welche bey andern die Citation ausfüllte, er war eine verstärkte, so zu sagen, eindringlichere Citation. Diese Bedeutung behielt er eine gewisse Zeit, die nach mehreren Rechten genau derjenigen gleichkam, welche von der dreimal wiederholten Ladung ausgefüllt wurde (sechs Wochen) <sup>301)</sup>, dann verwandelte er sich in das, was durch die, sonst auf die dritte Citation folgende, Auspfändung erlangt wurde. Die arrestirte Sache diente dem Kläger zum Pfande, welches nach Verlauf desjenigen Zeitraumes, der für das Auf- und Anbieten gesetzlich war, verkauft wurde (Sächs. Landr. in d. R. 301) <sup>302)</sup>. Das Verhältniß der Partheyen zur verkümmerten Sache war daher während der zwey bezeichneten Zeiträume, ein durchaus und wesentlich verschiedenes. Während des ersten Zeitraumes kam es blos darauf an, dem Beklagten die Ausübung seiner Rechte an der Sache zu beschränken, der Kläger aber erhielt noch gar kein Recht an derselben, namentlich kein Pfandrecht. Daher war es nicht durchaus nothwendig, daß er während dieser Zeit die Sache besaß. Die Frage, an welchem Orte die Sache vor der nachtheiligen Einwirkung des Eigenthümers sicher sey, war die Hauptsache, die dagegen, wer sie besitzen sollte, ganz gleichgültig, und es konnte eben so gut jeder Dritte, als der Kläger, ja selbst die Angehörigen des Beklagten, die Sache

---

Regel besonderer Verträge, wenn der Arrest gegen Fremde zu einem blos subsidiären Sicherungsmittel herabgesetzt werden und man des Vortheiles, einen Gast für den andern anzugreifen, entbehren sollte. Ein Beispiel solcher Verträge liefert Günther, cod. Rheno-Mosell. II. dipl. 151. an. 1252.

301) Sächs. Landr. I. 70: klaget man umb schuld uber den, der da nicht dingpflichtig ist, man sol ihn pfänden und das pfand sol man zu bürgen thun (N. 305) drey stund je uber 14 tage, ob mans zu borge begert, hegeret mans nicht, man sols doch halten 6 wochen unverthan. dann sol man das pfant versetzen oder verkauffen. Rig. Ritterr. 117 (Delrichs, dat. Rigische Recht S. 110). Eine kürzere Zeit findet sich z. B. in d. Hildesheim. Stat. 17 (Pufendorf IV, 287), Schles. Landr. II. 11, 3. S. auch d. folg. Note.

302) Bair. Landr. (bey Heumann 154): wirt einem gast sein gut verboten mit franpoten, das bey einem purger steht, der (Gast) soll das verantwurten in 14 tagen ob er inner landes ist, oder in dreien 14 tagen, ob er außer landes ist, wenn die zeit verget, wer denn das gut verpoten hat, der sol sich des unterwinden und damit gelarn als pfandes recht ist. — Rig. Ritterr. a. a. D.

besitzen<sup>303</sup>). Daher erst nach Ablauf des ersten Zeitraumes für den ungehorsamen Beklagten die nachtheiligen Wirkungen der Auspfändung eintreten<sup>304</sup>). Daher während des ersten Zeitraumes die Sache freygegeben werden muß gegen bloße Bürgschaft, die freilich nicht allein auf eine cautio de iudicio sisti, sondern de iudicato solvendo gerichtet seyn muß, weil bey dem Arrest jenes zwar der nächste, dieses aber der entferntere Zweck ist<sup>305</sup>). Daher trägt während des ersten Zeitraumes der Beklagte allein die Gefahr, vom Anfange des zweiten aber der Kläger (in der oben, Note 283, angegebenen Weise<sup>306</sup>). Da der Arrest an und für sich kein Pfand gab, so genoß auch der Gläubiger, der ihn früher ausbrachte, keinen Vorzug vor den übrigen Gläubigern in Bezug auf die Befriedigung aus der arrestirten Sache<sup>307</sup>). Jedoch ließ man Ausnahmen davon zu<sup>308</sup>).

303) S. Note 302. Augsburg. Stat. 404 (Walch IV, 398). Schles. Landr. II, 11, 3. Salsfeld. Stat. 48 (Walch I, 26). Schwab. Landr. 114, 4. Braunsch. Stat. (Leibnitz III, 444, 41). Salf. Stat. 157: were daz ein burger enweg fure und hinder yme lize wip und kinder, solte der jemant gelten. so sol der richter daz gut verbiten frauwen und kindern, daz sullen sie alz halden, daz sin icht abkomme.

304) Nämlich der Verlust des Rechts, der Ansprache mit seinem Eide zu entgehen (Note 272), s. Note 311; oder (nach einigen Rechten) der Verlust jeder Vertheidigung (Note 274 a. G.)

305) Sächs. Landr. (Note 301). Verdr. Stat. 84 (Pufendorf I, 106): so wor ein man des andern gut bekümmert, und he einen borgen bütet, der also vele erves hefft, also sine klage werth is, den schal he nemen, unde bekümmert he dat gut anderwarve.

306) Brem. Ord. 75 (Pufendorf II, 96): so we bekümmert, also ein recht is, perde, edder quick, stervet idt; ehr it ome geweldiget (Note 302; 347) were, den schaden schall de hebben, dem idt sin is, id en sy also, dat men omereet verrokeloet hebbe. — Verdr. Stat. 83.

307) Lüb. Recht (cod. I. bey Brockes) 73: is dat jemant des andern gut, de wech ghevaren is dorch schult; hefft moth to besatende, nicht mer de leste denn de erste, de andere, denn also de drudde schal neten der besettinge.

308) Lüb. R. (cod. II. a. a. D.) 280: we umme schult vorfluchtig wert in läbschen rechte unde sin gut mede vorfluchtig wert, also dat idt buten der landtwere edder buten dem boem gekomen is unde enem schuldener dat tho wettende is, unde he dat wedder halt ofte behindert mit rechte buten der landwer, de hefft de erste beredinge (vergl. Braunsch. Stat. III, 13, bey Leibnitz III, 440. Jara Tremon. bey Dreyer, Nebenff. 428). Lüb. Recht a. a. D. 256.

Fragen wir endlich, wie der Arrest auf die Gewere des Schuldners an der Sache wirke, so glaube ich behaupten zu dürfen, daß, zufolge der Regel, die Gewere an fahrender Habe gehe nur durch Urtheil und Recht, oder freiwillige Tradition verloren, während des ersten Zeitraumes, bis zu dem Augenblicke, wo die Sache dem Gläubiger als Pfand zu haften anfängt, in Betreff der Gewere juristisch keine Veränderung vorgehe, also in der Regel der Schuldner sie behält (natürlich in der Form der juristischen Gewere), so fern nicht schon vorher ein Anderer <sup>309)</sup> die Sache, kraft eines Depositums, Commodats u. s. w., besaß. Ist diese Ansicht richtig, so erscheint die Stellung des Schuldners zur Sache, während des Arrestes, ganz ähnlich derjenigen, in welcher wir den Beklagten nach der ersten, provisorischen Vertheilung seiner unbeweglichen Habe, bis zum Ablaufe von Jahr und Tag gefunden haben <sup>310)</sup>, seine Befugniß, die verkümmerte Sache gegen Bürgschaft zu befreien, kann daher allerdings mit dem Namen des *Auszziehungsrachtes* bezeichnet werden, und wahrscheinlich ist dieser Name wirklich dafür gebraucht <sup>311)</sup>.

309) Dieses kann auch der Gläubiger selbst seyn. Braunschw. Stat. IV, 41 (a. a. D. 444): deyt eyn man gud to hudeene eneme, deme he schuldig is, so mach he dat gut undir sek besetten mit dem richte unde upbeden na der stadt rechte.

310) Vergl. Note 74 g.

311) Magdeb. Recht 74 (bey Schott I, 71): besetzt ein man kaufschatz oder andere varende habe umme schult von gerichtes halben und butet her daz uf zu (dreyen Reichbild 64) dingen also recht ist (vergl. Sächs. Landr. Note 301) und wirt her des geweldigt zu dem virden dinge und gibet her sine vridebuzen daruf vor dem richter und vor den shepphen und cumet jener darnach sin gut zu verstene dirre erste ist naher sine wetteshaft (Weddeschaft, d. h. Pfandreht) zu behaldene (mit seinem Eide [Note 272] und) mit dem richter und den shepphen als gezuge (welche das gesetzmäßige Verfahren bezeugen), dann jener zu behaldene, wanne iz uz sinen weren comen ist (Note 273).

## Pfandrecht an Immobilien.

### Ältere Saßung.

In Bezug auf unbewegliche Güter kommt während des ganzen Mittelalters, von den ältesten Zeiten an, sehr häufig ein Institut vor unter folgenden Namen: pignus, hypotheca (titulo pignoris seu hypothecae rem obligare)<sup>312)</sup>, Pfand<sup>313)</sup>, Saßung<sup>314)</sup>, Weddeschatt<sup>315)</sup>. Was sich mit ziemlicher Gewißheit aus den vorhandenen Nachrichten<sup>316)</sup> über die Natur des Instituts entnehmen läßt, wird sich unter folgende Punkte zusammenstellen lassen.

1) Das Geschäft, welches dabei zum Grunde lag, gehörte zu denjenigen, die eine gerichtliche Auslassung erforderten. Eichhorn sieht dieses als unzweifelhaft an, indem er sich auf Stellen der Lüb. und Hamburger Statuten beruft<sup>317)</sup>, allein diese sind deswegen keine unzweideutige Belege, weil sie eben sowohl von einem andern Geschäfte gleiches Namens, verstanden werden können, dessen Verhältniß zu dem unsrigen uns weiter unten beschäftigen wird. Ein größeres Gewicht kann man theils darauf legen, daß die Saßung in Urkunden<sup>318)</sup> vielfältig als Gegenstand eines rechten Lehns vorkommt, indem jedes Object eines Lehns nothwendig ein Recht seyn muß, dem der Charakter einer rechten Gewere zukommen kann<sup>319)</sup>, und dieses wiederum voraussetzt, daß es zu den-

312) Haltaus p. 1467. Rindlinger, Münster. Beitr. II, Urk. 47. I, Urk. 141, 148. Günther, cod. Rheno-Mosell. II. Urk. 253.

313) Haltaus a. a. D. „in pandeswyse setzen.“ Günther a. a. D. III, 1. Urk. 303.

314) Haltaus, 1592. Rindlinger a. a. D. I, Urk. 142. Mon. boica XXI. p. 475.

315) Eichhorn St. u. R. G. §. 361 a. Gerken fragm. march. I. Urk. 51.

316) Die sich vorzugsweise in Urkunden finden, da die Rechtsbücher und Statuten ungleich seltener unzweideutig (vergl. §. 17) und ausführlich davon sprechen.

317) St. u. R. G. §. 359 Note b, §. 361 a Note a.

318) Schilter, cod. j. feud. alem. p. 278. — Schannat, client. Fuld. p. 286. — Böhmer pr. j. feud. §. 76. — Nicht so nach der Lehre der Rechtsbücher. S. Note 320 und 328.

319) Vergl. §. 25.

jenigen Rechten gehört, die durch gerichtliche Auffassung constituirt werden; theils auf das ausdrückliche Zeugniß des Sächs. Lehnrechts<sup>320)</sup>, dessen Satzung nicht wohl auf jenes zweite neuere Geschäft gedeutet werden kann.

2) Worüber am wenigsten Zweifel seyn kann, ist, daß der Gläubiger den Besitz und vollständigen (nach dem Ausdrücke der Urkunden, wie der Eigenthümer) Genuß der Sache erhielt<sup>321)</sup>. Jedoch kommt dabey folgende merkwürdige Verschiedenheit vor: bald sollte der Gläubiger die Nutzungen auf das dargeliehene Kapital abrechnen und es auf diese Weise allmählig tilgen<sup>322)</sup>, bald (und das mochte die Regel seyn) sollten sie ihm als reiner Gewinn zukommen und der Schuldner verbunden bleiben, dereinst die dargeliehene Summe unverkürzt zu erstatten<sup>323)</sup>; dort also ging der Zweck des Geschäfts lediglich auf Sicherstellung der Forderung, hier dagegen zugleich auf einen Gewinn, nach Art unsers zinsbaren Darlehns.

3) Der Schuldner behielt (falls nicht von selbst die Sache an ihn zurückfiel, vergl. Note 322) das Recht, sie gegen Erlegung der dargeliehenen Summe einzulösen. Die Ausübung dieses Rechts war aber oft, nach dem Uebereinkommen der Contrahenten beschränkt, theils so, daß überhaupt erst nach Verlauf einiger Jahre<sup>324)</sup>, theils noch häufiger so, daß nur

320) Art. 59. swer so spricht gut zu saczunge si geligen der saget unrechte, wend saczunge en mac nieman liben. sal man gut seczen, das schal geschen vor des landes richtere, so daz man die dingpflichtigen zugezue habe. sal aber lenunge geschen, di sal geschen vor des herrn mannen.

321) S. die Citate in den Noten 312 folg. und Günther a. a. D. II. p. 419, 494, 496. I, 497. III, 325.

322) Gerken cod. Brandenburg. I. Urk. 156 an. 1333: .. das er mir gesetzit umb 300 mark mit sogetanes bescheidenheit, daz ich das vorge. gut inne sulle haben, alz lange, biz ich di 300 m. darabe genomen von dem nutz. Günther I, 440.

323) Günther a. a. D. II, p. 338, III. p. 162 u. a. a. D. — Die Stipultrung jenes Gewinnes wird bisweilen motivirt dadurch, daß er als Vergeltung pro cultura et cura dargestellt wird. Günther III. p. 149.

324) Haltaus p. 1467: ick sette N. N. ein gud vor 500 m. to 80 jaren to enem brukeliken pande. Urk. bey Böhme dipl. Beltr. III. p. 188. Gerken c. dipl. Brand. III, Urk. 186.

zu einer gewissen Zeit im Jahre davon Gebrauch gemacht werden durfte <sup>325</sup>).

Trotz diesen Nachrichten bleiben noch wichtige Fragen über die Natur der *Sagung* unbeantwortet.

1) Ist die *Sagung* wirklich das, wofür sie die gewöhnliche Meinung <sup>326</sup>) ausgiebt, nämlich Uebertragung des *Eigenthumes* unter Vorbehalt des Rechtes der Wiedereinlösung, so daß die Gewere des Verpfänders inzwischen gänzlich suspendirt ist, oder besteht neben der Gewere des *Sagungs*-gläubigers die Eigengewere des Verpfänders ununterbrochen fort? Forschen wir, um diese Frage zu entscheiden, danach, welche Wirkungen das deutsche Recht einem, bey Uebertragung des *Eigenthumes* hinzugefügten, Vorbehalte der Wiedereinlösung beilegte, so finden wir, daß es denselben nicht anders beurtheilte, als einen simplen Vertrag, durch den ein *Eigenthümer* (hier der *Sagungs*-gläubiger) einem andern sein Erbe und *Eigen* zusagte. Ein solcher Vertrag aber band weder den Erben, noch weniger einen andern *Successor* des *Eigenthümers* <sup>327</sup>). Man braucht sich diesen Erfolg nur zu denken, um sich genöthigt zu sehen, die gewöhnliche Vorstellung von der *Sagung* aufzugeben, und die zweite, oben angegebene, an ihre Stelle zu setzen. Die Gewere des *Sagungs*-gläubigers war an und für sich eine andere, als die zu *Eigenthum* <sup>328</sup>), welche dem Verpfänder blieb, der kraft dieser

325) Günther a. a. D. I. p. 497, II, 416 und mehrere andre der obigen Urf. 3. B. Rindl. Münstr. Beitr. I. Urf. 142.

326) Eichhorn, St. u. R. G. §. 361 a.

327) Eine Uebertragung des lehnbaren *Eigenthumes* mit Hinzufügung eines solchen Vorbehalts ist offenbar die *lenung uf truwe*, von welcher es im Sächs. Lehnr. 57 heißt: wirt einem manne gut geliben uf truwe, das er ez wider uflaze, wenne ez sin herr lose.. die sone en durfen ez nicht uflazen dem herrn ume losunge, sie en haben ez denn selbe gelobet. 58: das kint ist nicht pflichtig zu leistene sines vaters gelobede umbe sin gut zu lazene. — Vergl. §. 25 a. U.

328) Bemerkenswerth ist, daß zwar der *Rentekauf* öfters als eine Zusammenfügung zweier Geschäfte (Kauf der Sache und Ueberlassung derselben an den Verkäufer unter der Verpflichtung zur Zins-Zahlung) dargestellt wird (Note 409), nie aber etwas Aehnliches bey der *Sagung* vorkommt, die immer durch einfache Worte „setzen, versetzen u. a.“ bezeichnet wird. Dasselbe Streben, durch besondere Namen und Bezeichnungen die *Sagung*, als wesentlich verschieden von Uebertragung des *Eigenthumes*, darzustellen, offenbart sich auch darin, daß bey einer *Sagung* von

gegen den Erben des Gläubigers, wie gegen jeden Dritten (so fern ihn nicht eine rechte Gewere schützte) eine Klage hatte. Die angeführte Stelle des Sächs. Lehnrechts selbst hat gerade den Zweck, den Gegensatz zwischen der, unter Vorbehalt der Einlösung geschehenen, Veräußerung und der Sagung, in Bezug auf das Lehen, anschaulich zu machen. Die Verleihung „auf Treue“, sagt der Verfasser des Rechtsbuches <sup>328 a)</sup>, gebe dem Empfänger ein „rechtes Lehen“, weil der hinzugefügte Vertrag die Gewere an sich nicht afficirt und ändert. Eine „verliehene Sagung“ dagegen sey weder Lehen, weil ihre Gewere das, was dem Wesen der Gewere zu rechtem Lehen geradezu widerstreitet, nämlich Widerruflichkeit von Seiten des Lehnherrn, als spezifische Eigenschaft, an sich trägt, noch sey sie Sagung, weil eine solche nicht durch Investitur im Lehngerichte, sondern nur durch Auflassung im Landgerichte gültig entstehen könne <sup>329)</sup>. Zwar könne das Recht des Sagungsgläubigers, wie das rechte Lehen, unwiderruflich werden durch die Zusage des Verpfänders, das Gut nicht einlösen zu wollen (die Sagung „stät zu lassen“), aber auch so könne sie nicht zu Lehnrecht „verliehen“ werden, weil jene Zusage gerade so, wie der entgegengesetzte Vorbehalt der Einlösung bey dem rech-

Land und Leuten sogar die Hulldigung, die dem Berechtigten geleistet werden mußte, durch die Worte „zu seinen pfennigen hulldigen“ von der dem Eigenthümer gebührenden „Erhulldigung“ unterschieden wird. Gerken cod. dipl. Brandenb. IV. dipl. 251.

328 a) Sächs. Lehn. a. a. D.: ...deme ein gut alsus (uf truwe) gelihen wirt, brechen und versagen mag erz, daz erz nicht lazzen solle, do mag her wol sin unschuld vor tun, man en muge in des verzugen, daz erz binnen lenrechte gelobet habe (nach dem bekannten Grundsatz des Sächs. Landr. I, 7). gut, daz dem manne geligen wirt uf sin truwe, do mach her lenrechte mit tun und erbet ez uf sinen sun (wie rechtes Lehen)... gut mac der herre setzen a ne manschaft (Lehnseid) einem manne, daz erz im stete laze, will erz brechen, mit siner unschult, daz mag her wol tun, der man en muge in des verzugen, daz erz ime vor gerichte also gesatzt habe... swer so spricht, gut zu sazunge si gelihen, der saget unrecht, wend sazunge mac nieman lihen.. gelihen sazunge, das en ist weder len noch sazunge. sal man gut setzen, als ez helfendi si, das sal geschen vor des landes. richtere, sal aber lenunge geschen, als ez helfende si, di sal. geschehn vor des herrn mannen.

329) Vergl. Note 845.

ten Lehen, auf einem hinzugefügten Vertrage beruhend, den Charakter der Gewere nicht ändert <sup>330)</sup>.

2) Eine Folge der gewöhnlichen Ansicht über die Natur der Sazung ist, daß das Recht des Darleihers nicht, wie das des Pfandgläubigers, aus zweyen, aus einer Forderung und einem dinglichen Rechte, zusammengesetzt erscheint, sondern lediglich aus einem Rechte der letzten Art (Eigenthum) besteht, wofür das vorgestreckte Kapital, als Kaufpretium gegeben ist. Soll diese Folge mit jener Ansicht zugleich wegfallen? Ich glaube mich für die Beibehaltung derselben erklären zu müssen. Offenbar läßt sie sich eben so gut mit der oben vertheidigten Ansicht vereinigen, da nach dieser bloß der Gegenstand des Kaufes ein anderer ist (nämlich nicht das Eigenthum, sondern die davon verschiedene Sazungsgewere), und es käme also nur darauf an, zu beweisen, daß sie wirklich der Natur unseres Instituts entspricht. Einen Beweis finde ich darin, daß in den vielen Urkunden über Sazung auch nicht eine ist, die des Rechts der Distraktion erwähnt, vielmehr diejenigen, in denen eine Frist für die Einlösung festgesetzt ist, für den Fall der Nicht-Einlösung entweder nur bestimmen, daß die Sazung unverändert fort dauern solle <sup>331)</sup>, oder daß die etwanigen Bürgen zur Einlösung angehalten werden könnten <sup>332)</sup>, oder endlich die Sache, vermöge einer *lex commissoria* Eigenthum des Gläubigers werden solle <sup>333)</sup>.

---

330) Außer der eben erklärten Stelle läßt sich als Beweis davon, daß durch die Sazung die Gewere des Veräußerers nicht zerstört wird, noch folgende ansehen. Rigisch. Ritterr. 8: wor also denne samende hant ys (an einem Lehen) unde will eyn syn gudt vorköpen edder vorsetten, de schall ydt eer dem andern biden, de de samende hant daran hefft. en will deser des gudes nicht, so mach yener dat gud vorköpen edder vorsetten, weme he will, unde wat also vorköfft wert, dar ys de samende hant mede gebraken, överst de utsettinge breket keine samende hant hat, wente man settinge lösen mag. Die gesammte Hand am Lehen besteht in einer Lehensgewere, welche den Gesammthändern, als einer juristischen Person, zusteht. Diese wird durch die Sazung nicht gebrochen.

331) Günther a. a. D. II, 494.

332) Ebendaf. 496.

333) Gerken cod. dipl. Brandenb. V. dipl. 31.

## Neuere Satzung an Immobilien.

Das eben beschriebene Institut ist offenbar nicht das einzige, welches mit den Namen Pfand, Satzung, Wed, Beschatt, bezeichnet wird, vielmehr erscheint noch ein anderes unter eben denselben Benennungen in Rechtsdenkmälern, die jünger sind als der Sachsenspiegel, und, während das erstere vornehmlich aus Urkunden erkannt werden muß, ist es das letztere allein oder vorzugsweise, dessen die eigentlichen Rechtsquellen, insbesondere die städtischen Statuten, gedenken. Was als unterscheidendes Merkmal des letztern zuerst in die Augen fällt, ist, daß die bey der ältern Satzung wesentliche Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger bey ihm fehlt. Darüber kann, wie ich glaube, nach folgenden Zeugnissen kein Zweifel obwalten:

Hamb. Stat. 12 (Pufendorf III. app. p. 228): so wenne einem manne ein panth gesettet, id sy erve edder ander panth, dath sall he upheden to dem negesten richte, so sall men tho dem ersten male dach geven dat panth tho holdende 14 nacht, to dem anderen dinghe, also he id upbüt, schall men ehme dach dingen aver 8 dagen, tho dem drüdden male aver 2 nachten unde darna verkopen, unde ys id erve.. so sal ehm de vageth des erves weldigen und sol dem manne (dem Schuldner) gebeden, darüth to varende <sup>334</sup>).

Vair. Landr. (Heumann p. 112): wer dem anderen pfant antwurt, daz aign oder lehen ist und das pfant in seiner gewalt bleibt und das er es jenem, ze hant nicht untertänig macht, da sol er im brief über geben mit seinem insigel und mit gerichtz insigel. antwurt man einem aber pfant das varnte hab ist.. (vergl. Note 278) <sup>335</sup>).

<sup>334</sup>) Vergl. Lüb. Recht v. J. 1240. Art. 147 (Westphalen. III, 656). Leobschütz. Stat. (Böhme II, 22).

<sup>335</sup>) Vergl. Schles. Landr. I, 39. 6: hot einer ein haus zu pfande, vorkouft her do zins an, e denne her das haus uffgeboten und e denne her das in rechte gewere hot brocht wirt deme (Käufer) der zins mit recht entsagit (von dem) des das eigen ist... — Schöffenuyth. hinter dem Sächf. Landr. I, 6, 8. — Wennes in den Brem. Ord. 50 heißt: dar en mach nemant bin-

Eine zweite Verschiedenheit zwischen dieser neuern und der ältern Satzung liegt darin, daß bey der erstern ganz entschieden eine Distraction unter Beobachtung ähnlicher Formen, wie bey dem beweglichen Pfande vorkommt <sup>336</sup>). Dagegen stimmen beyde nicht bloß im Namen, sondern auch in andern Beziehungen überein. Die neuere Satzung entsteht eben so wie die ältere durch gerichtliche Auflassung <sup>337</sup>), verschafft folglich dem Gläubiger die Gewere <sup>338</sup>). Ferner, was bey der ältern Satzung aus der Natur der Sache herfloß, daß dem Verpfänder, so lange er die Sache nicht eingelöst hatte, keine anderweitige Satzung zustand, das wird auch bey dem neuern Geschäfte ausdrücklich verboten <sup>339</sup>).

Schon diese Uebereinstimmung zwischen der ältern und neuern Satzung weist darauf hin, daß sie nicht zwey ganz verschiedene, einander fremde, Institute sind, sondern in der

nen vier bencken wickbelde (Immobilien) weddeschatt holden, de buten sinen weren is, men we den weddeschatt heft in sinen weren, de mach sin gelt holden up den hilligen, so wird damit nicht gesagt, daß eine Verpfändung von Immobilien ohne Ueberstragung des Besitzes ungültig sey, sondern nur, daß dem Gläubiger in diesem Falle ein bekanntes Privilegium des Pfandbesizers, mit seinem Eide die Schuld zu beweisen, nicht zukomme (s. Note 273).

336) Hamb. Stat. a. a. D. Schles. Landr. a. a. D. Stad. Stat. I, 10 (Pufend. I. app. p. 174): so wenne enem manne geset wirt erve, that scal he up beden dre et dage und beden et an mit guden luden theme manne und verkopent thenne, thar he wille. Brem. Ord. 31 (Pufend. II. app. p. 83).

337) Bair. Landr. (Heumann 150): wer aigen ze pfant wil setzen, der soll das thun vor gericht in offner schranne. Stad. Stat. I, 9. Brem. Ord. 48.

338) Schöffenerth. a. a. D.: wirt einem ein erbe gesatz vor gericht, der hat ein rechte gewere daran, ob jener der es setzt, nu wol blib in dem erbe.

339) Gosl. Stat. 493. 41: set en en hus uth, dat en mag he nicht mer bekümmern, he en hebbe dat (wedder) gekoft. Daß hier von einer Satzung die Rede sey, wo der Verpfänder im Besiz der Sache bleibt, ergiebt sich klar aus den hierauf folgenden Worten: he en mach id ock nicht vermeden denne went up de tydt, dat idt (vom Gläubiger) upgehoden wert und des vrede gevracht is unde besetten also der stadt recht is (§. 8, a. G.), wenne dat alles overgegan is, so en mach de it nicht lenger geweren, de dat uthgetan heft an medinge oder an andern dingen, id en sy dat de medinge geschehen vor der settinge, dar mot he deme erlegen, dem he de settinge gedan heft (Note 259 a). — Vergl. Hildesheim. Stat. 71 (Pufend. IV. app. p. 295).

letztern die erstere, nur in einer verfeinerten Form, erscheint, und daß es nicht erst des Einflusses fremder Rechte bedurfte, um eine solche, der Hypothek ähnliche Verpfändung, wie sie in der neuern Satzung enthalten ist, in das deutsche Recht einzuführen. Der Fortschritt von der ältern zur neuern Satzung ruhte auf der einfachen Betrachtung, daß die letztere in vielen Fällen die erstere in Betreff der praktischen Brauchbarkeit nicht bloß ersetzte, sondern übertraf. Bey der ältern Satzung war, wie oben bemerkt wurde, der Zweck bald dem Gläubiger bloß Sicherheit für seine Forderung, bald daneben auch einen Gewinn aus dem Fruchtgenuß der Sache, zu verschaffen. Man denke sich nun diejenigen Fälle, wo die Absicht des Geschäfts lediglich auf das Erstere gerichtet war und außerdem etwa auch den Zeitpunkt, wo das Schuldverhältniß beendigt seyn sollte, in eine mäßige Entfernung hinausgerückt, so ist es klar, daß für diese Fälle die neuere Satzung dem Gläubiger dieselben Vortheile gewährte, wie die ältere, und auf der andern Seite dem Schuldner Nachteile ersparte, die mit der ältern fast nothwendig verbunden waren. Die Sicherheit vor anderweitigen Veräußerungen des Schuldners, welche dem Gläubiger der eigne Besitz der Sache bey der ältern Satzung gewährte, konnte höchstens nur aus zufälligen Ursachen eine stärkere seyn, als diejenige, die er durch die dingliche Klage, kraft seiner juristischen Gewere, bey der neuern erhielt. Was bey der ältern Satzung der Gläubiger durch die Befugniß gewann, sich aus den Nutzungen allmählig bezahlt zu machen (von den Fällen, wo er diese lukrirte, ist hier nicht die Rede), gewährte ihm bey der neuern sein Distraktionsrecht eben so vollständig, zumal, wenn der Augenblick, wo dieses geltend gemacht werden durfte, von dem Zeitpunkte der Entstehung des Pfandrechts nicht so entfernt war, daß inzwischen die Beschaffenheit, der Werth der Sache, zu seinem Nachtheile verändert werden konnte. Auf der andern Seite wurden die Verluste, die für den Eigenthümer mit der Verwaltung und dem Genusse der Sache durch einen Andern verknüpft waren, und die verwickelten Berechnungen, die daraus häufig entstehen mußten, bey der neuern Satzung glücklich vermieden <sup>340</sup>).

---

340) Wie die neuere Satzung die Stelle der ältern in denjenigen Fällen vertrat, wo sie den Zweck der reinen Verpfändung hatte, so läßt sich für diejenigen Fälle, wo der Gläubiger von der ältern Satzung Sicherheit und Gewinn zugleich erwartete, der Rentekauf (§. 18) als Surrogat derselben betrachten, indem an die Stelle des Genusses der natürlichen Früchte, der Genuß der civilen trat. —

Außer dem Verhältnisse, in welchem die neuere *Satzung* zu der ältern steht, bietet die erstere vornehmlich noch zwey Punkte dar, die einer nähern Betrachtung werth scheinen, nämlich die Vergleichung derselben mit dem Pfande an Mobilien in Hinsicht der Formen und Wirkungen der Distraction, und die Stellung, welche sie gegen ein anderes, uns bereits bekanntes Institut, nämlich die Vertheilung in Folge der *Over-hore* einnimmt.

Was den ersten Punkt betrifft, so findet sich zwischen dem Verfahren bey Distraction der unbeweglichen und beweglichen Pfänder zunächst der Unterschied, daß, während das Auf- und Anbieten der fahrenden Habe regelmäßig den Zeitraum zwischen vier gebotenen Gerichten („drey vierzehn Tage“) einnahm, dasselbe bey Immobilien, mit Abweichungen, die sogleich erwähnt und erklärt werden sollen, den Zeitraum zwischen vier Echtedingen, d. h. ein Jahr, ausfüllte<sup>341)</sup>, zu welchem denn noch eine Frist von sechs Wochen und drey Tagen<sup>342)</sup>, oder eine halb so große<sup>343)</sup> hinzugefügt wurde, so daß augenscheinlich wiederum die bekannte Zeit von Jahr und

---

Werkwürdig ist es, daß einige Statuten auf eben diesem Wege den Zweck der ältern *Satzung*, dem Gläubiger zu einem Gewinne zu verhelfen, auch mit der neuern *Satzung* zu verbinden suchten. Brem. Ord. 70 (Pufend. II. app. p. 94): so we schuldigh is und wikbelde settet und dat loesen wil, dejennē dem idt gesettet is, de schal upboren tins oder die frucht von dem wikbelde na der tidt in dem jare dat het to pande holden heft. wanede he (der Schuldner) ock darinne, so scholde he ome von 20 mark schulde geven 1 mark. — Vergl. Verden. Stat. 45 (ebendas. I, 93).

341) Brem. Ord. 31 (Pufendorf II, app. p. 83): drie in einem jare schal wesen echteding. so we wikbelde upbeden wil, dat men anweldigen schal, de schal idt upbeden to ver echtedingen, also to welchem echtedinge he dat ersten upbut, to demsulven schal he dat leste upbeden. — Stad. Stat. I, 10, (ebendas. I, 174): so wanne enem manne ein pant gesettet wirt kistenpant, that scal he upbeden to dem negesten, to dem andern, to dem driden dinge, mer wert enem manne ervegut geset; that scal he upbeden dre eddaghe. — Verden. Stat. 47 (ebendas. 94).

342) Verden. Stat. a. a. D.: danach schall de radt mit des richtes baden den upbeden weren und weldigen laten in dat erve, dat schall he den holden 6 weken und 3 tage.

343) Stad. Stat. a. a. D.: so scal ene thes erves weldigen de voghet und scal dem manne beden ut to varende binnen 14 nachten.. binne 8 dagen.. over twer nacht. — Hamburg. Stat. 12 (Pufendorf III, app. p. 228).

Tag hervorblickt<sup>344</sup>). Diese Verschiedenheit zwischen dem Verfahren bey beweglichen und unbeweglichen Pfändern ist nichts weniger, als willkürlich und zufällig, sondern die Zeit von Jahr und Tag sollte dazu dienen, damit in jedem<sup>345</sup>) Falle der Gläubiger bis zur Distraction eine rechte Gewere gewänne, kraft deren er die Sache, frey von Ansprüchen der nächsten Erben oder anderer, veräußern konnte. Daher war, wenn die Satzung unter solchen Umständen, wo der nächste Erbe sie nicht anfechten durfte, nämlich in echter Noth geschah, und auf der Sache auch keine anderweitigen Ansprüche hafteten („freies Erbe“), die Zeit der gerichtlichen Verfolgung gerade dieselbe, wie bey dem beweglichen Pfande. Den Gegensatz, der in dieser Beziehung zwischen der Satzung auf echter Noth und derjenigen obwaltete, welche das Erbe vor Abgang der fahrenden Habe angriff, drückt die angef. Stelle der Stad. Statuten also aus: so wanne enem pant geset wert is si erve, that eme ane sinen dank wert geset, ofte kistenpant, that scal he upbeden to dem negesten, andern, dridden dingē, .. mer wert eme erve to pande geset bi erer beider wilkore, that scal he upbeden dre eddage. Die unterstrichenen Worte erklären sich daraus, daß jedem Gläubiger das Recht zustand, die ihm angebotene Satzung unbeweglicher Güter zurückzuweisen, wenn nicht der Schuldner nachwies, daß er kein anderes disponibles Vermögen hätte<sup>345 a)</sup>. Bediente sich jener dieses Rechts, so konnte

344) Leobschüg. Stat. (Böhme II, 15): setzet he ym ein pfand, daz mus her halten dry virzehn tage, setzt her im aber erbe, daz muz er halten jar und tag-

345) Da nach den Rechten, in welchen überhaupt die neuere Satzung vorkommt, der Zeitraum von Jahr und Tag von der Auflassung gezählt wurde (Note 246, 247), so konnte freilich der Gläubiger die rechte Gewere schon vor dem Anfange, oder wenigstens vor dem Ende der Aufbietungsfrist, erlangt haben, und diese war zur Erwerbung der rechten Gewere nur in dem Falle nothwendig, wenn sofort nach der Satzung der Gläubiger sie realisiren wollte, der Schuldner im Zahlungstermine selbst durch jene sich einen Aufschub auswirkte, ein Fall, den augenscheinlich mehrere der angef. Stellen (Stad. Stat.: ..that schal he upbeden to dem negesten dingē.. Leobsch. Stat.) im Auge haben.

345 a) Hamburg. Stat. 121 (Pufendorf III, app. p. 262): so wer dem andern schult gift umme gelt und bekennet de anders de schult und but eme erve to pande, dat en darf he nicht nemen, he en wolle es doen, de andere gewere up den hilegen, dat he noch pennige, noch kistenpant en hebbe, und so schall he em

von ihm gesagt werden, er habe das Erbe nothgedrungen, im entgegengesetzten Falle, aus freiem Entschlusse zum Pfande angenommen. Da, vermöge jener Befugniß des Gläubigers, die Sagung „*anc sinen dank*“ als die regelmäÙige anzusehen ist, so erklärt sich, woher in mehreren Rechten die gerichtliche Verfolgung des unbeweglichen Pfandes schlechthin an die kürzere Zeit des beweglichen gebunden ist<sup>346</sup>).

Nachdem mit dem Auf- und Anbieten auf die gehörige Weise verfahren war, wurde der Gläubiger in Besitz der Sache gesetzt, sie wurde ihm angeweldigt<sup>347</sup>), und nun war es zwar Regel, daß er sie veräußerte, oder gegen eine Lage bezieht und die Hyperocha dem Schuldner auslieferte<sup>348</sup>), so daß die Erlangung des Eigenthumes ohne Lage, als etwas der ursprünglichen Absicht der Sagung ganz Fremdes, eine neue gerichtliche Auflassung von Seiten des Schuldners nöthig machte<sup>349</sup>); aber auch bey dem unbeweglichen Pfande<sup>350</sup>) weichen einige Rechte von dieser Regel ab, dergestalt, daß sie dem Gläubiger die Sache, wie sie ist und ohne Abzug über-

vry erve setten. — Stad. Stat. VI, 16 (ebendaf. I, 205). — Leobsch. Stat. (Böhme II, 11). Daher heißt es in d. Brem. Ord. 14 (Pufendorf II, 78): so wor ein borger beklaget wirt umb gelt.. vor de penninge ne machen man erve setten, men he settet to kistenpandesrecht, also schal idt ock wesen, we erve kofft, wolde he betalen mit erve to enem pande, dat schal he setten to kistenpandesrecht.

346) Schlesf. Landr. II, 18, pr. — Freiberg. Stat. 51 (Walch III, 180). — Culm. Recht III, 110.

347) Stad. Stat., Hamburg. Stat., Verd. Stat., Freiberg. Stat. a. a. D. — Das Wort anweldigen, geweldigen wird übrigens nicht bloß von Einweisung in den faktischen Besitz gebraucht, sondern auch auf die juristische Gewere bezogen, so daß auch von dem, dessen Sagungsgewere ein Dekret des Richters bloß ausspricht, anerkennt, gesagt wird, die Sache werde ihm angeweldigt. (Nöden. Stat. 50, 46. — Vergl. Note 354 c).

348) Stad. Stat. a. a. D.: unde that goet, that ein man aldus vervolghet, that mot he wol verkopen vor sine penninghe, so weme he will, unde wert ome wat over, that scal he ome wether keren, theme dat goet to hort hadde. — Hamb. Stat. a. a. D. — Braunschw. Stat. 51 (Leibnitz III, 439): deme id geeghenet is, de mach id wol verkopen, eder behalden, oft id eme de rad werdige, he scal aver jeneme, des dat erve was, gheven, wat eme wert boven sine pennige. — Schlesf. Landr. II, 18, pr.

349) Vergl. Note 74.

350) Vergl. Note 291.

lassen. Merkwürdig ist es, daß, während der bey Schott abgedruckte Coder der Freiberg. Stat. diesem Grundsatz folgt<sup>351)</sup>, der von Walch herausgegebene dem Schuldner die Hyperocha zuspricht<sup>352)</sup>, und daß das Culm. Recht beyde Systeme neben einander hat, nämlich so, daß der Gläubiger entweder nach der Distraction die Hyperocha herausgeben<sup>353)</sup>, oder das Gut, wie es ist, behalten kann, dann aber dem Schuldner die Einlösung binnen Jahr und Tag verstaten muß<sup>354)</sup> 354a).

351) Freiberg. Stat. I, 37 (Schott III, 163): wirt auch einem manne ein hus gesatz und wil he deme nachvolgen, das man es im eigene, so sol he is ufbiten drie dinc. . . so sol der richter mit im gehn. . . und sprechen also: set, ich eigene iz ouch vor also vil geldis. kumt jener, der das erbe versatz hat in demselben tage und bringet pfennige, he sal iz im zu losen geben. ist aber das he den tag versumet, jener mac dann wol sprechen, is si sin eigen, und mac is behalden, ob is joch 10 mark oder 20 bezzer were, er behelt is. —

352) Freiberg. Stat. 53 (Walch III, 182): ... er mag es behalten, doch dafs dieses pfand geschätzt sey durch gericht und die beserung on den, des das gut gewest, geweisat werde. (Note 291).

353) Culm. Recht III, 110: wirt eynem manne syn gut gevronet (vronen hier s. v. a. pfänden, wie sich aus dem Folgenden ergibt), er sal es ufhyten zu dren dingen, immer obir virzeen nacht, zu dem virden dinge sol ym der richter vride wirken und sol is ym eigenen, verkoufen mag her is denne, loufet yme denne icht oberyg, her sal is yme wederkeren.

354) Ebendas. III, 104: wirt einem manne gesatz ein erbe vor 10 mark, das 100, odir mer wert ist und das alle dyngetage ufbutet und das erbe wirt im geeigenet mit rechte, so mag her das gut. . behalden. . so mag is jener noch losen vor dy pfennige hyne jar u. tag, vorsumet her is aber, darnach en mag her is nicht ledigen. (Auch bey einem Dritten, an den es der Gläubiger etwa veräußert hat, kann der Schuldner es einlösen). Man könnte denken, daß der eine Grundsatz bey dem richterlichen Pfande (Note 354b), von dem allerdings die Stelle in der vorhergeh. Note spricht, der andere bey dem vertragmäßigen galt. Dagegen aber ist III, 124: gelobet ein man dem andern ein gelt zu gebene uf einen benumeten tag, der tag kome und her habe im das gelt nicht zu gebene, so werde yener man gewysat in das erbe des schuldigers und der verkoufe is vor syn gelt, darnach hat der schuldiger dy losunge an dem erbe bynnen jare u. tage.

354a) Das Wort „eigenen“ (s. die vorhergeh. Noten) wird zwar hauptsächlich von denjenigen Rechten, die dem Gläubiger die Sache ohne Abzug überlassen, statt des Wortes „geweldigen“ gebraucht. Jedoch ist dieser Sprachgebrauch nicht konstant, wie sich z. B. aus den Braunschweig. Stat. (Note 348) ergibt.

2) So wie das Pfand an der fahrenden Habe theils ein vertragsmäßiges, theils ein richterliches war, welches im Falle der Contumacia, oder der Condemnation des erschienenen Beklagten, ihm genommen wurde, so auch das Pfand an Erbe und Eigen<sup>354 b)</sup>, und da das richterliche Pfand an Immobilien immer nur im Mangel hinreichender fahrender Habe<sup>354 c)</sup> und, wie sich von selbst versteht, nur auf „freyes“ (Note 345) Erbe zuerkannt wurde, so ward es immer, wie die vertragsmäßige Sagung, die der Gläubiger „ane sinen dank“ erhielt, nach Ristenpfandsrecht aufgeboten<sup>354 d)</sup>. — Die richterliche Sagung trifft nur in Hinsicht ihres praktischen Zweckes mit der Vertheilung zusammen, indem beyde die, auf das Immobilien-Vermögen sich beziehenden Mittel waren, gegen den ungehorsamen (sey es im Erscheinen, sey es in Befolgung des condemnatorischen Urtheiles) Beklagten zu verfahren. Das historische Verhältniß beyder ist schon oben (S. 7) dahin festgestellt, daß die Vertheilung den ältern Quellen angehöre, in den neuern das Pfand an die Stelle getreten sey.

Die praktischen Unterschiede zwischen beyden liegen, wenn man die Darstellung des Pfandrechts an Mobilien und Immobilien und der, mit der Overhore verbundenen, Vertheilung zusammenhält, klar vor Augen. Hier: die Form der Bekreuzigung des Grundstücks, das Innesitzen des Schuldners, das Recht des Gläubigers, jenen, wo er sich außerhalb seines Asyls zeigt, aufzuhalten und ihm dadurch die Befugniß zum Reinigungsede zu benehmen, ferner das Recht des Be-

354 b) Salsfeld. Stat. 151 (Walch I, 50): irvordert ein man gelt vor gerichte und hilft ime der richter pfandes an eime hofe und thud der klegler recht mit dem hofe und bit den richter, das er en gewaldic thu sines pfandes, der richter sol den schuldigen mit der hant fure uz den hof und sol den klegler fure in die gewere.

354 c) Brem. Ord. 33 (Pufendorf II. app. p. 83): so wor ein borger schuldig is und nicht to rechte komen wil, kumt he to dem derdenmale nicht, so schal men ene panden ut den weren, en funde men ock in den weren nicht so vele, so schal one de rath weldigen in sin erve und so schal he dat upbeden, also stadesrecht is. — Berden. Stat. 50 (ebendas. I, 95).

354 d) Stad. Stat. I, 11 (Pufendorf I, app. p. 75): so wor ein man theme andern schuldig is und kumet nicht binnen theme daghe vor gerichte, so wat men uppe ene tughen mag, that scal man theme clagere bewisen an sineme erve, likerwise, ofte it eme set si ane sinen dank, und darmede schal he voren, also stadesrecht is.

flagten, sein Gut binnen Jahr und Tag auszuziehen, endlich der Verlust des ganzen Gutes nach Verlauf dieser Frist, und das Recht seines Erben, es einzulösen; dort dagegen: die eigenthümliche Form des Auf- und Anbietens binnen eines Zeitraumes, der bey weitem nicht die Zeit von Jahr und Tag erreicht (Note 354 d), der immer eintretende Verlust der Befugniß des Beklagten, die Schuld mit seinem Eide abzuläugnen (Note 272), regelmäßig (Note 348) das Recht desselben, die Hyperocha vom Gläubiger zu verlangen. Auffallend ist es, daß einige Rechte beyde Institute in einem gewissen Grade zusammenwerfen, so daß sie Eigenthümlichkeiten des einen auf das andere anwenden. So drängen das Schwäbische Landrecht<sup>355)</sup> und die Hildesheimischen Statuten<sup>356)</sup> das Verfahren, wiewohl es die untrüglichen Merkmale der Vertheilung an sich trägt, in einen Zeitraum zusammen, der an die Aufbietungs-Frist erinnert; umgekehrt knüpft das Culmische Recht an das richterliche Pfand (das Aufbieten und die Herausgabe der Hyperocha macht es kenntlich)<sup>357)</sup> das Inneßitzen des Beklagten<sup>358)</sup>, welches der Vertheilung angehört.

Nachdem das deutsche Recht eine Sazung an Immobilien ohne Uebertragung des Besizes kennen gelernt hatte, scheint sich ihm der Weg zu einer Hypothek am ganzen

355) Schwäb. Landr. 131: auf welchem gut der richter sein gewett nicht findet, so sol der fronbott eyn kreuz darauf stecken und sol es damit fronen, hat er sich sein underwunden für yemands gülte oder busse, so sol man (die Obrigkeit nicht, wie bey dem Pfande, der Gläubiger) das haus über 6 wochen sayl bieten und sol den leuten davon gelten.

356) Hildesheim. Stat. 54 (Pufend. IV. app. p. 292): hevet use borghere ene were de vervolghet is, de voget scal dem sake-wolden antworden ein pant ut der were. en vint he nicht also vele pandes, he scal eme dat hus crucighen. he mach dar 18 weken wesen ut edder inne, also dicke also he ut edder in gheit, briet he 60 schill. de sakewolde mach ene dienne wol upholden. wen de 18 weken umme kommet, so scal he dat ghelt soken mit der were (cod. latin. ebendas. 284: solvetur ei de possessione).

357) Vergl. Note 353.

358) Culm. Recht a. a. D. 109: is das so einem manne syn gut gevronet wirt, also dicke also her us und yn geet, also dicke mus her deme richter wetten dy vrone (Note 88).

Vermögen geöffnet zu haben <sup>358 a)</sup>. Leider ist die Zahl der Stellen, die hierauf hindeuten, so geringe, daß sich Weniges mit Gewißheit darüber ausmachen läßt. Wir erfahren, daß der Gläubiger, dem der Schuldner in gehegetem dinge by all syme gute Zahlung gelobt hatte <sup>359)</sup>, dadurch vor Allen, die später ein Pfandrecht erwarben, den Vorzug erhielt <sup>360)</sup>, daß aber dieser nicht auf das gegenwärtige und künftige Vermögen, sondern nur auf das erstere sich erstreckte, daher dem Vorzugsrechte, welches jemand an einem später erworbenen Vermögensstücke hatte, nachstand <sup>361)</sup>. Die Frage aber, ob der Gläubiger eine Klage gegen den dritten Besitzer hatte, oder sein Pfandrecht, wenigstens an der fahrenden Habe, durch Veräußerung des Schuldners erlosch <sup>362)</sup>, muß unentschieden bleiben. Um übrigens die Möglichkeit einzusehen, wie die fahrende Habe, in Verbindung mit den Immobilien des Schuld-

358 a) Schöffennurth. (bey Bruns Beitr. 3. d. d. R. S. 242):  
 ... unde de bur den twen anderen (die für ihn Bürge geworden waren) alle sin gud, beweglick und unbeweglick vor dem vogede to pande gesath hebbe.

359) Gerade so wird eine unlängbare Satzung an Immobilien ausgedrückt: by sinem gute. (Schöffennurth. bey Böhme VI, 99. Culm. Recht IV, 93. s. Note 201).

360) Culm. Recht III, 121: gelobit ein burger by all syme gute vor richter und scheppen in eime gehegeten dinge uf einen vor-nemelichen tag ein gelt zu gebene... dem man sal man helfen synes gutes tzu dem gelobeten tage vor alle den, dy noch dem gelubde ir gelt mit rechte irstanden hatten (also um Pfändung bitten durften. Vergl. III, 105).

361) Schöffennurth. a. a. D. 114: glocobit ein man dem andern vor richter und vor scheppin ein gelt zu geben bey all seime gute uf einen nemelichen tag und noch dem globde czu etzlichir czit kewfft her ein erbe, uff dem her eime andern maune gebit und vorreicht jerlichin czins, so mag sich der man, dem her gloubit hat gelt zu gebin, sines geldis nicht erholen an dem czinse des erbis, sunder der kawffman des czinses sal vor men-nelichen ungehindert bei sime czinse bliben.

362) Wie es z. B. nach den neuern Hamb. Stat. (II, 4, 2) der Fall ist: wann ein gläubiger in seines schuldeners beweglichem gute verpfändung hat und ihm doch dasselbe in seinen geweren gelassen, der schuldeners solche fahrende habe verhandelt, so wollen wir, daß der gläubiger die bewegliche güter von denen personen, die sie mit gutem glauben und richtiger ankunft erlangt, wiederumb abzufordern nicht befugt sein soll, in unbeweglichen gütern aber soll dem gläubiger sich an die güter, unangesehen daß sie in andere hände transferirt, zu halten unbenommen seyn.

ners, Gegenstand einer Verpfändung ohne Uebertragung des Besizes werden konnte, dessen sie für sich allein nicht fähig war, scheint es hinreichend an die oben (Note 55, 165) gemachte Bemerkung zu erinnern.

§. 18.

II. R e n t e k a u f.

Die Verpflichtung des jeweiligen Besizers eines Grundstückes, einen Zins zu geben, kommt im Gebiete des Lehn- und Hofrechts vor, so daß sie eine der Bedingungen bildet, unter welchen dem Hinterlassen das Gut verliehen ist. Sie kommt aber auch im Gebiete des Landrechts vor. Das Geschäft, aus welchem sie hier entspringt, ist der Rentenkauf<sup>363)</sup>.

Was die Form des Rentenkaufs betrifft, so gehört er zu den Geschäften, die eine gerichtliche Auflassung erforder-

363) Man hüte sich, daraus, daß die gekaufte Rente in das Gebiet des Landrechts gestellt wird, im voraus eine Ansicht über den materiellen Charakter des Rechtes, welches der Rentenverkäufer an dem Grundstücke hat, herzuleiten, namentlich die Ansicht, daß er das volle Eigenthum daran habe, während dem zinspflichtigen Hinterlassen im Lehn- und Hofrecht nur ein dingliches Recht zukomme. Die Grenze, welche das Hof- und Lehnrecht von dem Landrecht scheidet, ist zunächst eine blos formelle, durch die besondern Lehn- und Hofgerichte gegebene, d. h. (wenn wir deren Definition unserm Gegenstande anpassen) solche Gerichte, die der Zinsberechtigte, kraft eigenen Rechtes hegt (§. 25). Hiernach aber fällt das Verhältniß des Rentenverkäufers nicht in das Hof- oder Lehnrecht, weil sich keine Spur davon findet, daß die, aus dem Rentenkauf entspringenden, Rechtsverhältnisse vor eigenen Gerichten des Rentekäufers verhandelt wurden. — Daß die gekaufte Rente das einzige Beispiel einer ins Gebiet des Landrechts gehörigen Rente sey, behauptete ich nur mit Rücksicht auf die ältere Zeit bis zum 15ten oder 16ten Jahrhundert. Seitdem erschienen allerdings Renten, die nicht aus einem Rentenkauf entstanden waren und von Personen geleistet wurden, deren Besitzrecht an dem belasteten Grundstücke (weil es für volles Eigenthum galt) unmöglich ins Gebiet des Hof- und Lehnrechts gestellt werden konnte. Die Veranlassung aber zu diesen neuen Erscheinungen lag, wie ich glaube, ohne Ausnahme in einer Verdunkelung der ursprünglichen Rechtsverhältnisse. Ueberdem ist jene Behauptung auch für die ältere Zeit nur wahr, sofern man von den Renten, die ein staatsrechtliches Fundament haben, absieht.

ten <sup>364</sup>). Schon aus dieser Form ergibt sich, daß das Recht des Zinsempfängers den Charakter einer Gewere haben muß. Nun aber kommt es darauf an, zu bestimmen, was eigentlich der Gegenstand dieser Gewere ist? Nach allem Bisherigen kam das Prädicat einer Gewere nur Rechten an einer Sache zu. Hat sich das deutsche Recht auch in unserm Falle innerhalb dieser Grenzen des Begriffes gehalten, oder hat es denselben künstlich auf ein Forderungsrecht gegen den jeweiligen Besitzer einer Sache angewandt, so daß eben dieses Forderungsrecht den eigentlichen Gegenstand der Gewere bildet? Ich glaube, daß die Gewere des Rentekäufers beydes, das Forderungsrecht und die Sache, zum Gegenstande habe. Wie das erstere als Objekt einer Gewere gedacht werden konnte, wird weiter unten gezeigt werden, der Beweis, daß dem Rentekäufer eine Gewere an der Sache selbst zukomme, beschäftigt uns an dieser Stelle. Er liegt vornehmlich <sup>365</sup>) darin, daß das Recht des Rentekäufers in den am meisten charakteristischen Beziehungen dem Rechte des Gutsherrn, der ein Grundstück an einen Hintersassen unter der Verbindlichkeit, einen Zins zu entrichten, verlihen hat, ganz gleich behandelt wird <sup>366</sup>).

364) Gosl. Stat. 494, 6: we en erve uppe dem sülle beholden will, de schall den vodern vot uppe den sülle setten unde de handt uppe de hilligen leggen und sprechen: dat eck düt eger, edder düt gelt, edder wat he an dem gute heft, hebbe in mine were bracht mit richtern und twen ratmannen und dingluden unde mit vorspraken unde mit ordelen, unde mynen vrede schilling darup gegeben hebbe und dat seder jar u. dag in myner were gehad. — Vergl. Gosl. Rechtspr. bey Bruns 181. — Salsfeld. Stat. 144 (Walch I, 48). — Schles. Landt. I, 38, pr. — Urf. 106 (Kindlinger Gesch. d. Herrsch. Volmestein II): wy bekennet, dat wy mit wyllen all unser erven hebhet verkofft 2 mark ewiger gulde erslike to besittene ut dem hove N. und .. hebben desse twe mark upgelaten und upgedragen vor H., richter to S. in gerichte, do her den richterstojel hadde. — Urf. 149 (Kindlinger, Münstr. Beitr. I, 412, Urf. 112, 145, ebendaf. III, 293, 389).

365) Einige äußere Zeugnisse werden unten, Note 308, 309 folgen.

366) Bevor von dem Einzelnen, worin sich die Analogie beider Verhältnisse zeigt, Rechenschaft gegeben wird, mache ich insbesondere auf die Lübfischen und Hamburger Statuten aufmerksam, deren Lectüre, wie ich glaube, in jedem die Ueberzeugung zurücklassen wird, daß hier der Kauf einer Rente, oder, wie sie hier

1) Dem Gutsherrn standen gegen den säumigen Hintersassen folgende drey Rechte zu Gebot: das eigenmächtige Pfändungsrecht<sup>367)</sup>, sehr häufig der Anspruch auf eine Zinsbuße, wovon der s. g. Rutscherzins<sup>368)</sup> ein oft vorkommendes Beispiel ist, und endlich, als äußerstes Mittel, das Recht, den Hintersassen von dem Gute zu vertreiben<sup>369)</sup>. Eben dieselben Befugnisse kamen, nach ausdrücklichen Zeugnissen, auch dem Rentekäufer gegen seinen säumigen Schuldner zu<sup>370)</sup>.

genannt wird, eines Erbzinnes, Wortzinnes, Wickeldegeldes, und das Aushun eines Grundstückes zu einem Erbzinne in der That nur als zwey verschiedene Entstehungsarten eines und desselben Verhältnisses betrachtet werden, so daß es selbst nicht immer auf den ersten Blick klar ist, welches von beyden Verhältnissen der einzelne Artikel im Auge habe.

367) Vergl. Note 152 c.

368) Sächs. Landr. I, 54: wer sinen zins zu rechter zeit nicht gibt, zwifach sol er in geben des andern tages und also alle tage.

369) Raiserrecht II, 99: wer gut hat von eime manne um zins zu erbe, wenn her sinen zins nicht gibt zu rechter zit, der hat sin erbe mit rechte verloren und der inan, dem es zinset, mag sin gut weder nemen an dem andern tage, so der zins versumet is. Runde, Grundf. d. d. Privatr. §. 514 Note d.

370) 1) Das Pfändungsrecht. Schles. Landr. II, 2, 6: es mag nyman gepfenden umb den hauszins, wenne der, des das haus eigen ist, oder sein gelt daruffe hat. — Antiq. leg. Cell. 20 (Pufendorf II, app. p. 16): hevet en man husgelt, he mot wol darumme pfenden vor sinen tins, sunder gerichte. — Urf. 106 bey Kindlinger, Gesch. v. Volmestein II, 407. — Urf. 51 bey Gerken, fragm. March. I, p. 107, 108. — Eine merkwürdige Hinweisung auf das Fundament dieses Pfändungsrechts, die Gewere, ist in folgender Stelle enthalten: Freiberg. Stat. I, 26 (Schott III, 160): hot ein man ein hus, das da zinset, und koufet ein vries bi im dazu und brichet si zusammen, der cinsmeister hat keine gewalt, verrer zu pfendene, niwan else das sine wendit. — 2) Die Zinsbuße. Hamburg. Stat. 24 (Pufendorf III, app. p. 232): so welk man up ervetinse sittet und en giff he sines ervetinses to beschedener tyth nicht uth.. he sal den ervetins twyschat ntgeven. — Lüb. Recht v. J. 1240, 95. — monum. boica XXI. dipl. 33, p. 110. — 3) Das Erpulsionsrecht. Hamb. Stat. a. a. D.: unde man sol em beden 14 nacht und geve he en denne nicht, so steit es an deme, des te tins ist, ofte he en daraff driven will eddar besytten laten. — Gosl. Stat. 492, 8: wert ome nu sin tins nicht entworren bynnen eneme verdel jares, so schall he sek des huses unterwinden.. seder der tydt en hefft jene nicht mer an, des dat hus gewesen hadde. — Lüb. Recht 239. — Man bemercke, wie das Recht des Rentekäufers, sich des Gutes selbst zu bemächtigen, ganz verschieden von dem Rechte des Gläubigers bey der neuern Sazung ist. Es werden we-

2) Auch in den, an den Renteverkäufer gerichteten Verböten der Veräußerung, die in den Quellen häufig vorkommen, zeigt sich die Analogie zwischen seinem Verhältnisse und dem des Hintersassen. Indessen sind jene Verböte nicht immer aus einem und demselben Gesichtspunkte zu betrachten. a) Da nämlich der Rentekäufer gegen die Nachtheile, die für ihn aus Veräußerungen des Rentekäufers entspringen könnten, dadurch hinlänglich geschützt ist, daß seine Gewere ihm seine Rechte gegen jeden Dritten gerade so, wie gegen seinen ursprünglichen Contrahenten, sichert <sup>371)</sup> (falls er sich nicht etwa durch eine von jenem erlangte rechte Gewere ausschließen läßt), so lag den Veräußerungsverboten häufig nicht sowohl die Rücksicht auf das Interesse des Rentekäufers, als vielmehr der spätern Contrahenten zum Grunde. Aus diesem Gesichtspunkte ist folgende, in mehrfacher Hinsicht merkwürdige Stelle des Lübischen Rechts zu betrachten:

Eod. v: J. 1240, Art. 240: wil jemant an sineme erve wikbelde verkopen, de ne schal it nicht mer ener weghene verkopen. mer leghet eme mer not an, so mach he, wat dat erve beter is, wan dat wikbelde, dat darut geyt, to pande setten vor dem rade. verkofft jemant twiger wegene wikbelde an eneme erve, dat scal man richten like dufte.

Woher, fragt man bey dieser Stelle, ist die Verpfändung für eine Schuld, die den Werth des Grundstückes nach Abzug des Kapitals der Rente nicht übersteigt, erlaubt, die Aufnahme ei-

der die Formen und Termine des Aufbletens, noch die Distraktion, oder Abschätzung, und Herausgabe der Hyperocha erwähnt, und zwar in Quellen, von denen wir, nach ausdrücklichen Zeugnissen, wissen, daß sie die letztere dem Schuldner bey der Säzung nicht entziehen (Hamb. Stat. 12).

371) Diese Behauptung wird durch das weiter unten Folgende ins rechte Licht gestellt werden. Zum Beweise ihrer Richtigkeit dienen folgende Stellen. Schöffenerth. bey Böhme VI, 114: verkauft ein man ein erbe und vorreicht das vor gericht und vorswiget deme kaufmanne des jerlichin zinses, der uf dem erbe stet, so sol der man sinen zins behalten, als er den in gewere hat in dem erbe. — Gösl. Stat. 492, 9: geyt ut eneme huse twierleye tins und wert de entsetten, de den lateren tins hefft, de schal sek underwinden des huses und den vodern tins entreden. ne wolde he des nicht, so underwinde es sek de, den vodern tins doran hebbe, unde sy von dem andern ledich. — Ebendas. 492, 11. — Freiberg. Stat. I, 24 (Schott III, 159).

ner zweiten Rente dagegen unstatthaft, ein Betrug? Der Pfandgläubiger, dessen Anspruch nicht auf die Sache selbst, sondern auf einen bestimmten Theil ihres Werthes gerichtet ist<sup>372)</sup>, kann die vollständige Realisirung seines Rechtes, mittelst der Distraction, erwarten, so fern jener Theil des Werthes von der Rente, die auf der Sache haftet, nicht absorbiert wird; nicht so der zweite Rentekäufer. Die Natur seines Rechtes bringt es mit sich, daß, im Falle der ausbleibenden Zahlung, er, wie der Gutsherr, die Sache selbst einzieht; im Gegensatz davon ist er genöthigt in das Verhältniß eines zinspflichtigen Hinterlassen zum ersten Rentekäufer zu treten (Note 271). Ferner: darin zwar sind sich der spätere Pfandgläubiger und Rentekäufer gleich, daß, sobald der erste Rentekäufer sich genöthigt sieht, das Grundstück in Besitz zu nehmen, beide ihr Recht an der Sache einbüßen. Allein der Pfandgläubiger kann diesen Erfolg verhüten, sofern er in der Regel jeden Augenblick dem Schuldner auffündigen darf, während dem Rentekäufer dieses nicht frey steht (Eichhorn, Einleitung §. 105 Note d)<sup>373)</sup>. — Daß demungeachtet die Bestellung einer zweiten Rente möglich war, sofern der Käufer sich die unvermeidliche Unsicherheit und Unvollkommenheit seines Rechtes gefallen ließ, ist von selbst klar und ergibt sich aus der, Note 271, citirten Stelle der Goslar. Stat. Eine zwiefache Säkung war, wie oben (Note 339) bemerkt, so wenig, als ein zwiefacher Rentekauf statthaft. Allein, während jenes offenbar nur Folge eines ängstlichen Haltens an der ältern Säkung war und es sich daher erwarten läßt, daß die spätere Zeit da, wo man dem Gläubiger keinen Anspruch auf die *Hyperocha* einräumte, eine mehrmalige Verpfändung verstatthen würde, konnte in Hinsicht des Rentekaufes das ältere Verbot nicht geändert werden, so lange er, seiner ursprünglichen Bedeutung getreu, dem Käufer ein Recht auf die Sache selbst gab. Daraus aber, daß er in vielen neuern Quellen diese Bedeutung verlor und den Charakter einer bloßen Verpfändung annahm (s. weiter u.), erklärt sich, daß in densel-

372) Sofern man von denjenigen Rechten absteht, die ihn von der Herausgabe der *Hyperocha* befreien, zu denen aber das Lüb. Recht nicht gehört.

373) Ueberdem behält der Pfandgläubiger, wenn ihm das Pfand entzogen wird, noch eine persönliche Klage aus seinem Contracte, während der Rentekäufer eine solche nicht hat. Vergl. Note 405.

ben ein mehrfacher Rentekauf mit voller Wirksamkeit verstat-  
tet wurde<sup>374</sup>). Dagegen wird noch in der Danziger Willkühr  
nur einmaliger Verkauf eines „Pfennigzinses“ verstatet  
(Th. II, Cap. 2, Art. 1), weil dem Käufer das Grundstück, im  
Falle der ausbleibenden Zahlung ohne Abzug zugesprochen  
wird (Art. 4), und dieses ist hier nicht Folge davon, daß das  
Statut auch bei dem Pfande die Hyperocha nicht herausgeben  
läßt (II, 2, 14), sondern davon, daß sich die ursprüngliche  
Bedeutung des Rentekaufes in dem Institute des Pfennigzin-  
ses erhalten hat.

b) Aber auch der entgegengesetzte Gesichtspunkt, nach wel-  
chem die Veräußerung dem Rentepflichtigen vorzugsweise zum  
Vortheile des Rentekäufers beschränkt wurde, ist in mehreren  
Stellen unverkennbar oder wenigstens höchst wahrscheinlich<sup>375</sup>).  
Dieses erklärt sich aus dem Vorkaufs- und Retrakt-  
rechte, welches dem Rentekäufer in vielen Quellen einge-  
räumt wird<sup>376</sup>), und gerade hierin zeigt sich wiederum die

374) Den Uebergang aus dem ältern zum neuern Rechte bemerkt man  
in den Göttinger Stat. (Pufendorf III, app. p. 181): et en schal  
ock nemant mer breve geven over ein erve (d. h. Rente verkau-  
fen, vergl. Brem. Ord. 15, Verden. Stat. 41), wenne eyne  
bref. . . doch is de rad overkommen anno dom. M<sup>o</sup>CCCC<sup>o</sup> de-  
cimo quinto, dat unse borgere an der beteringe ores erves un-  
de gudes, dar se unser stad bref over gegeben hebben; geld  
verschiven mogen, dat se enkede uddruken in orem breve dat  
geld, dat in dem ersten breve vorbrevet is. — Verden. Stat.  
40: de rathman bewilligen nemandt in sin erve und hus mer  
radesbrefe, alsē dr o handfeste; unde de gelden alle gelik, de  
jüngeste, alsē de oldeste (!).

375) Schles. Landr. II, 2, 18: welch man zins uf seime garten hat  
liegen, oder uf ackern. . do mag her vorbas nicht mit machen,  
weder des willen, der sinen zins doran hat. — Hildesheim.  
Stat. 149 (Pufendorf IV, app. p. 307): swe ervetins hevet,  
wolde he dat verkopen, versetten, vergeven, darvon he den  
tins gheve, de den tins hevet, den schal man erst bereden.

376) Hildesheim. Stat. 150: swe ervetins gheve, wolde he dat  
verkopen, dar he den tins von ghift, he scal gan to jeme, dem  
he den tins gheve, und bedent eme umme so ghedan gelt,  
als et eme ghelden moge. — Braunsch. Stat. 35 (Leibnitz 439):  
wor eyn man ervetins hevet in eineme erve, des erves mach  
he nicht verkopen, is en si deme wilik, des der ervetins is,  
lütet is eme to geldene umme denselven kop, dar is he  
meghere, den eyn ander.

Lehnlichkeit seines Verhältnisses mit dem des Gutsherrn<sup>377)</sup>. — Andererseits war auch hie und da der Rentekäufer bey Veräußerung seines Rechtes an ein Vorkaufsrecht des Renteverkäufers gebunden<sup>378)</sup>, eine Beschränkung, die ebenfalls nicht ohne alle Analogie aus dem Gebiete der Verhältnisse zwischen Gutsherrn und Hintersassen ist<sup>379)</sup>.

8) Nach der Ansicht, daß dem Rentekäufer, wie dem Gutsherrn, eine Gewere an dem belasteten Grundstücke zukomme, bedurfte es keiner besondern Fiktion, um sein Recht zu den Immobilien zu zählen<sup>380)</sup>, und wie diese zu behandeln. Daher konnte die Veräußerung desselben nur auf dem Wege der gerichtlichen Auflassung<sup>381)</sup> und mit Einwilligung der nächsten Erben<sup>382)</sup> gültig geschehen. Merkwürdig und ein neuer Beleg, wie unter sonst gleichen Umständen der reservirte Zins mit der gekauften Rente auf gleicher Stufe stehend betrachtet

377) Denn, hatte dieser zwar in der Regel ein wahres Einwilligungsvrecht bey den Veräußerungen des Hintersassen, so war dieses doch sehr häufig auf ein Noharrecht reducirt. Bair. Landr. (Heumann 108). — Buri Abh. v. Bauerögütern S. 121, 268, 289.

378) Braunsch. Stat. a. a. V.: wil jene, de den ertetins hevet, den ertetins verkopen, de, des dat erve is, de is nagher to geldene, denne eyn ander.

379) Die Hamburg. Statuten rechtfertigen auch in diesem Punkte die oben (Note 366) gemachte Bemertung. Art. 23: deyt en män worth ut to ertetinse, den ertentins mach em nemand afkopen, id en sy mlt sinem willen, des de worth sin, der Coder v. J. 1292 (bey Anderson) sezt hinzu: wente he is negest kope. — Dem Einwilligungsvrechte des Vasallen bey Veräußerung an der Lehnsherrlichkeit liegt wenigstens dasselbe Princip zum Grunde.

380) Jura Tremon. bey Dreyer, Nebenstunden. S. 423. — Ritsch. Ritterr. 56. — Rittermeyer Grundf. des d. Privatr. §. 168 Note 7.

381) Urf. 70 bey Rindlinger, Münstr. Beitr. III, 177: redditus vendidit, venditorque cum uxore sua ac liberis ad forum vriethinc resignavit. — Urf. 75 ebendaf. 190. — Urf. 117, 82 bey Rindlinger, Gesch. v. Bolmestein II. — Urf. 187 bey Gerken cod. dipl. Brandenb. III, 328.

382) Urf. 82 bey Rindlinger, Gesch. v. Bolmestein II, 318: voluntate heredum meorum, quorum consensus ad id existit necessarius, vendidi redditus. — Urf. 106 ebendaf. 406.

wurde, ist die Bestimmung, daß wider die Vertauschung des erstern gegen den letztern der Erbe nichts einwenden durfte<sup>383</sup>).

4) Einen bedeutenden Unterschied zwischen dem Zinse, der durch einen Rentenkauf, und demjenigen, der bey Verleihung eines Grundstückes bestellt wird, könnte man darin setzen, daß jener ablöslich, dieser unablöslich sey<sup>384</sup>). Dennoch finden wir auf der einen Seite gekaufte Renten, welche unablöslich waren, wohin das „Ewiggeld“<sup>385</sup>) und die „ewigen Zinsen“<sup>386</sup>) gehören; daher es eines besondern Gesetzes bedurfte, um alle gekauften Renten ablöslich zu machen<sup>387</sup>). Auf der andern Seite finden sich Beispiele von reservirten Renten, welche ablöslich waren<sup>388</sup>). So gewiß das letztere Ausnahme von der Regel war, so zweifelhaft ist es, ob man bey der gekauften Rente die Ablösbarkeit als Regel, als Naturale derselben; anzusehen habe. In der That spricht dafür, daß sie an sich nicht ablöslich war, der Umstand, daß der Renteverkäufer

383) Lüb. Recht 250: wert eneme manne en hus von erve, edder ene wort, unde deit he dat hus, ofste de wort to wikbelde ut, dat wikbelde mak he nicht verkopen, he ne legge dat geld vort an andere rente, oder sine erven, de ne gheven dar vulbort to.

384) Eichhorn, Einleitung §. 165 Note a, wo aber der cit. Art. der Hamburg. Stat. (vergl. Note 279), wie es scheint, unrichtig verstanden wird.

385) Wittermaier a. a. D. Note 10.

386) Stat. v. Weipensee (Watsch II, 7, 8).

387) Ein solches Gesetz willführte der Rath von Lübeck nach einer großen Feuersbrunst. Lüb. Recht 195: dor ene gemene not to handes na dem groten brande wart dat recht gemaket, dhat al dat wikbelde, dat vort mer to queme, man wedderkopen mochte, jo um also vele, also it gekoft wart. 197: we so aver sitt up worttinsse, dat vor dem brande was und dat do dat recht hadde, dat man idt nicht wedderkopen muchte, dat schall ock nu vort mer to kopende ligen. Die Feuersbrunst mochte zu dieser Willkühr Veranlassung geben, so fern es bey dieser Gelegenheit von den Schuldnern drückender, als je, gefühlt wurde, daß der Käufer einer ewigen Rente die Vortheile von dem Wiederaufbau der Gebäude genoss, ohne zu den Kosten etwas beizutragen, und daß sie durch ihn gehindert wurden, neue Kapitalien gegen eine Rente aufzunehmen (s. vorher).

388) Lüb. Recht 196: set aver sic jement up enes minschen wort, se ne hebben der undertusghen andre vortwort, de ghene mach de marc nicht negher weddercopen, denn um 9 marc silvers. — 183: so wor en man von deme anderen ene wort tu worttinsse nemet, wil he den worttins weddercopen, he scal gevan vor de mark 9 m. s.

die Ablösbarkeit beweisen mußte<sup>389)</sup>, und daß hie und da, wie es scheint, für die Bestellung einer ablöslich gekauften Rente ein eigener Name „Zins, Rente setzen, versetzen, wedden“ vorkommt<sup>390)</sup>. Auch beweiset eine Stelle der Lüneburger Statuten<sup>391)</sup> direkt nur, daß Unablöslichkeit ein Naturale der reservirten Rente sey; dafür, daß Ablösbarkeit die Regel bey der gekauften bilde, giebt sie höchstens ein sehr zweideutiges argumentum a contrario.

5) Jedes Verhältniß zwischen Gutsherrn und Hintersassen enthält zwey Bestandtheile<sup>392)</sup>, ein dingliches Element, das Recht des Herrn und des Hintersassen an dem Grundstücke, und ein persönliches, dessen Gegenstand ein Thun und Lassen ist und wohin namentlich die Rechte und Verpflichtungen in Bezug auf Zinsen und Dienste gehören. So natürlich und

389) Schöffenerth. hinter d. Sächs. Landr. II, 1, 5: ein man ist benötigt und bittet einen andern, das er im leih 10 mark, er wil im das jar ein mark geben.. der zinsnemer stirbt, nu spricht der zinsgeber zu dem erbling: hie sind 10 mark ich wil nicht lenger euer zinsman sein. die erben sprechen, sie wissen von keinem zins abzulösen und halten iren zins für erbzins, wie das faren soll? hierauff sprechen wir für recht, der zinsman mus beweisen, das der zins sey abzulösen und der ander der den zins daran hæfft, bedarf des nicht beweisen.

390) Gosl. Stat. 496, 49: nemene papen noch nemene gaste schall men ervegud noch tins an ervegude egeuen.. men mach id over eme wol setten, wedder to losene, edder listucht darane verkopen. — Brem. Stat. 30: nein borger schal gaven ofte verkopen edder to pande setten wichelde geistliken luden.. 31: ock en schal nein borger mit nenerlei geistliker lude gelde kopen, edder wedden rente. — Salsfeld. Stat. 193 (Walch I, 65): hat ein man lengut und versetzte zins an dem lengut.

391) Art. 43 (Dreyer Nebenst. 379): .. dath ein man hadde ein mark geldes in einem erve und jenne wolde dat gelt losen, des dat erve sin were, und spreke, he (der Berechtigte) dath ith were sin rechtes erve, he wolde des nicht to losende geven, dath müste he bewisen, ist he (der Verpflichtete) schall dat beholden mit sinem rechte. Der Artikel stellt, wie ich ihn verstehe, die beyden Arten von Rente einander gegenüber, die gekaufte in der Behauptung des Klägers, die reservirte in der des Beklagten.

392) Eine Vorstellungsart, die allen Schriftstellern über eine Species der hieher gehörigen Verhältnisse, nämlich über das Lehnverhältniß geläufig ist (Väg s. 2, 24, Eichhorn s. 190), aber in der That auf alle übrigen eben so gut paßt, wenn gleich das persönliche Element bey dem Lehnverhältniß durch den Charakter einer Treue, eine eigenthümliche Bedeutung erhält.

selbst nothwendig die Sonderung dieser Bestandtheile jedem scheinen muß, der auf der Oberfläche und bey der äußern Erscheinung des Verhältnisses stehen bleibt, so mag sie doch dazu beigetragen haben, daß man sich auch das innere juristische Band, welches beide verknüpft, loser dachte, als es wirklich ist. Dieses zeigt sich in der Ansicht, welche über die mit der Gutsherrschaft (mit Proprietätsrechten) verbundene Reallast Eichhorn in seinem deutschen Privatrechte<sup>393)</sup> aufstellt, der, weil er allein zu klarer und vollständiger Anschaulichkeit bringt, was Andere dunkel denken mochten, wohl als Repräsentant der neuern<sup>394)</sup> Ansicht über diesen Gegenstand anzusehen ist. Nach dieser Ansicht ist und bleibt die Reallast, das persönliche Element des Verhältnisses zwischen Gutsherrn und Hinterlassen, auch in der Vereinigung mit dem dinglichen ein rein obligatorisches Verhältniß, ist also seiner rechtlichen Natur nach dem dinglichen Elemente ganz heterogen, steht selbständig und eigenthümlich neben dem letztern, ohne in dasselbe überzugehen<sup>395)</sup>. Als obligatorisches Verhältniß hat es durch sich selbst nicht die Kraft, die Verbindlichkeit, welche es mit sich bringt, auf jeden Besitzer der Sache fortzupflanzen, also sich zu dem zu erheben, was die Reallast charakterisirt, sondern dieses verdankt es der Verbindung, in der es mit dem dinglichen Elemente steht. Niemand, in welchem Verhältniß

393) Einleitung in d. deutsche Privatrecht §. 162.

394) Ueber die ältere Ansicht vergl. Note 302.

395) Diese Behandlung des persönlichen Elements, als eines selbständigen, erscheint nirgends auffallender, als in der Ansicht von P ä g e, der auch die Entstehung beyder Elemente an zwey ganz verschiedene Momente knüpft, indem er sagt (Lehrbuch des Lehnrechts §. 2): „Das ganze Lehnverhältniß ist ein dinglich persönliches, da es durch das Eigenthum an einer Sache und die damit verbundenen persönlichen Verpflichtungen bestimmt wird. Die Begründung der persönlichen Pflichten geschieht ordentlicherweise durch den Lehnvertrag, der aktuelle Lehnserwerb und das dingliche Recht am Lehn entsteht durch die Belehnung (investitura).“ Eichhorn geht in der abgesonderten Behandlung beyder Elemente nicht so weit, nähert sich vielmehr auf diesem Punkte der Ansicht, die der Verf. weiter unten als die seinige angeben wird. Er drückt sich so aus: „Der Natur des Lehens gemäß kann die Lehenserrichtung nur in einer Handlung liegen, welche die Uebertragung des dominium utile von Seiten des Lehensherrn und dessen Annahme von Seiten des Vasallen enthält, zugleich aber auch die gegenseitigen Verpflichtungen der Lehensstreue begründet. Diese enthält die Investitur.“ (Einleitung §. 20).

zum ersten Erwerber er auch stehen mag, also auch kein Singularsuccessor, auf den die Obligationen des Vorgängers an sich nicht übergehen würden, kann das dingliche Recht erwerben, ohne sich zugleich der Verbindlichkeit, welche das persönliche Element mit sich bringt, zu unterziehen. Realisirt wird diese Untrennbarkeit beyder Elemente dadurch, daß es, abgesehen von der Usucapion und Erbschaft (Universalsuccession), für den Hintersassen keine andre Erwerbungsart giebt, als Verleihung (Investitur) von Seiten des Gutsherrn<sup>396)</sup>, „welche dann die Erneuerung des Contrakts (der Obligatio) in sich schließt“<sup>397)</sup>, so daß jeder Besitzer, wie der erste Empfänger und seine Universalsuccessoren, persönlich obligirt<sup>398)</sup> ist<sup>399)</sup>. Nach dieser Ansicht also verdient das persönliche Element, die Reallast, streng genommen, nicht diesen, von der Obligatio unterschiedenen, Namen; was es von letzterer unterscheidet, ist nicht Bestandtheil seiner eigenen innern Natur, sondern Folge des daneben stehenden dinglichen Elements, ungefähr so, wie die mit einem Pfandrechte verbundene Obligatio an sich nicht von der simplen Forderung verschieden ist, von dem accessorischen Rechte aber eine eigenthümliche Kraft und Sicherheit entlehnt. — Diese Ansicht muß, wie ich glaube, folgender weichen. Die beyden Elemente, das persönliche und dingliche, dürfen nicht als heterogene Bestandtheile des Verhältnisses, sondern das

396) Weil auch die Veräußerung von Seiten des Hintersassen nur „durch des Herrn Hand“ gültig geschehen kann.

397) Eichhorn a. a. D.

398) Zu bemerken ist, daß, wenn man diese Ansicht festhalten will, man nach älterm deutschen Rechte nicht bloß die neue Investitur bey einem extraneus, sondern auch die Renovation der Investitur bey dem Erben des ersten Empfängers als das nothwendige Mittel ansehen muß, die in dem persönlichen Elemente liegende Verpflichtung auf den Erben fortzupflanzen, weil die Succession des Erben in die passiven Obligationen nur in einem sehr beschränkten Umfange galt, indem er nur bis auf den Bestand der ererbten fahrenden Habe haftete. (Eichhorn a. a. D. §. 330).

399) Man könnte geneigt seyn, als ein anderes Mittel, wodurch dem Gutsherrn sein Anspruch auf Zinsen oder Dienste gegen jeden Besitzer gesichert wird, den Grundsatz anzusehen, daß auf die Nichtleistung der Prästation die Strafe der Privation steht. Allein offenbar würde es ganz unjuristisch seyn, den Singularsuccessor dieser Strafe zu unterwerfen, wenn man keinen Grund anzugeben wüßte, weswegen eine obligatorische Verbindlichkeit auch auf ihn übergehe.

erste muß juristisch als homogen dem zweiten betrachtet werden; sie bilden nicht bloß durch Untrennbarkeit, sondern auch durch juristische Gleichartigkeit ein Ganzes. Zwar kann das Recht auf ein Thun und Leisten seiner Natur nach, niemals ein Recht an einer Sache im eigentlichen Sinne werden, wohl aber kann es als Pertinenz eines solchen Rechts gedacht und dann, wie dieses selbst, juristisch behandelt, als ein Theil desselben angesehen werden, und so muß man sich, wie ich glaube, die Reallast denken<sup>400</sup>). Einerseits muß nämlich das Recht des Gutsherrn auf Zinsen und Dienste als Pertinenz seiner Proprietät (Gewere), andererseits die Verpflichtung zu jenen Leistungen als Pertinenz des Rechts der Hinterlassen an dem Grundstücke (Gewere) angesehen werden. Es bedarf daher, um den Anspruch des Gutsherrn auf Zinsen und Dienste gegen jeden dritten Besitzer zu sichern, neben der Entstehung des dinglichen Verhältnisses, nicht noch der besondern Begründung eines obligatorischen Nexus mit jedem Einzelnen; die Gewere ist es, welche geradezu verpflichtet und berechtigt, und, wie diese sich gegen jeden Dritten geltend macht, so auch das Recht auf jene Leistungen. Somit ist das, was so häufig gesagt wird: „die Prästation ruht auf der Sache, das Grundstück zinsert“ nicht ein bildlicher Ausdruck, dessen sich der Jurist eigentlich enthalten sollte, sondern gerade dieses sind die Ausdrücke, welche die juristische Bedeutung des Verhältnisses am wahrsten bezeichnen<sup>401</sup>).

Die Gründe, die mich bestimmen, die letztere Ansicht der erstern vorzuziehen, lassen sich vorzüglich an dem Verhältnisse des Renteverkäufers klar machen; wenn es aber, nach dem Obigen, genugsam gerechtfertigt scheint, dieses Verhältniß le-

400) Gerade so werden andre Gerechtsame, z. B. Regalien, dadurch, daß sie als adnexa von unbeweglichen Sachen zu betrachten sind, fähig, diesen gleich und namentlich als Gegenstand einer Gewere behandelt zu werden, worauf z. B. nach älterm Rechte ihre objektive Lehnsfähigkeit sich gründete.

401) Der Verfasser macht darauf keinen Anspruch, daß man diese Ansicht als eine neue ansehen solle, vielmehr glaubt er, daß es die Ansicht der ältern Juristen, welche die Reallast ohne Proprietätsrechte (s. über diese Gattung weiter unten) als ein eigenthümliches jus in re (woher aber eine Servitut?) ansahen, hätte seyn müssen, wenn sie sich überhaupt über die mit Proprietätsrechten verbundenen, als eine besondere Gattung, ausgesprochen hätten.

diglich als ein Beispiel aus der Gattung der Hinterlassen-Verhältnisse anzusehen, so wird man sie auch in Rücksicht der ganzen Gattung gelten lassen. Es sind folgende:

1) Wenn es oben von Wichtigkeit war, zu beweisen, daß dem Rentekäufer eine Gewere an der Sache selbst zukomme, so ist es für die gegenwärtige Untersuchung eben so bedeutend, daß ihm ausdrücklich auch an dem Zinse, auf den er ein Recht hat, eine Gewere zugeschrieben wird <sup>402)</sup>, ein Beweis, daß man sich das Recht auf den Zins mit dem Rechte an der Sache selbst zu einem gleichartigen Ganzen mit dem Charakter einer Gewere verwebt dachte.

2) Wenn der Uebergang der Verbindlichkeit zur Zinszahlung auf jeden Singularsuccessor, nach der Meinung Eichhorns, auf einer Erneuerung des obligatorischen Regus beruhte, die in der, vom Herrn ertheilten, Investitur lag, so wäre nicht abzusehen, wie bey der verkauften Rente dieser Uebergang hätte erfolgen können, da weder der Rentekäufer, wie z. B. der Lehnherr, ein eigenes Gericht hegte, in welchem die Veräußerung des belasteten Grundstückes durch eine, von ihm vorgenommene Investitur vollzogen wurde <sup>403)</sup>, noch

402) Hamburg. Stat. 22 (Pufendorf III, app. p. 231): so wor ein man verköft ervetins an syneme erve... de den tins kofte und in siner gewere heft. — Goslar. Stat. (Note 364). — Lennep, Letzte zu Landsiedelr. Urk. 382. — Monum. boica XXI, 97. — Schopflin Alsatia dipl. nr. 634. — Urk. 16 bey Böhme dipl. Beitr. I, 61. — Augsb. Stat. 382 (Walch IV, 382): dafs er es im satzte mit rechter zinsgewer. — Urk. 190a bey Gerken cod. dipl. Brandenb. III, 332: vendidimus unum chorum siliginis.. in villa L. in curia nunc Arnoldi, ac XVIII modios siliginis in villa B. in curia nunc Hennekini... renuntiantes.. omni juri, proprietati possessioni... et pred. dom. in predictorum honorum corporalem possessionem admittimus... si in futurum aliquale vexationis obstaculum in possessione predictorum reddituum...

403) Allerdings steht in dieser Beziehung das Verhältniß des Renteverkäufers ganz vereinzelt und von allen andern Arten der Hinterlassen-Verhältnisse verschieden da. Bey den letztern nämlich, so fern man von solchen absteht, wo der Besizer blos ein persönliches Besizrecht (keine rechte Gewere) hatte, und somit auch sein Zins keine Reallast war, kam, wie ich glaube, immer ein eigenes Gericht des Gutsherrn und die Investitur desselben, als Veräußerungsform des Hinterlassen-Rechtes vor (§. 25, 26). Diese Abweichung enthält aber keinen Grund, die oben entwickelte Ansicht, daß der Renteverkäufer zur Gattung der Hinterlassen zu

auch der Consens und die Zuziehung desselben bey der Veräußerung nothwendig war <sup>404)</sup>, nach unserer Ansicht ging mit der Uebertragung der Gewere des bisherigen Inhabers, welche in dem gewöhnlichen Land- oder Stadtgerichte geschah, zugleich die Verpflichtung zur Leistung der Rente auf den neuen Erwerber über.

3) Eine vorzügliche Beachtung verdient endlich folgender Umstand. Wenn das Recht und die Verbindlichkeit in Hinsicht des Zinses den Charakter einer Obligatio hätte, so müßte dem Berechtigten zu seiner Befriedigung nöthigenfalls das ganze Vermögen des Verpflichteten offen stehen; ruht aber die Schuld, wie ich mich oben ausdrückte, nur auf der Sache, oder richtiger geredet, auf dem dinglichen Rechte, der Gewere, des Hinterfassen, so darf höchstens nur diese, mit Allem, was in ihr enthalten ist, nicht aber das übrige Vermögen von dem Gläubiger in Anspruch genommen werden. Daß das letztere die Ansicht des deutschen Rechts sey, geht aus unzweideutigen Belegen hervor. Außer andern <sup>405)</sup> zieht eine Stelle der Bremer Statuten unsere Aufmerksamkeit auf sich.

Ord. 15 (Pufendorf II, app. p. 79): so we kost rente in eime erve.. de rente scal men vordern up dejenne, de in dem erve wonet, de et huret hevet, also ferre, also sine hure keret, broke em dar wat ane, dat schall he vordern up dat erve.

Der Beweis, den diese Stelle dafür liefert, daß nur die Sache der Schuldner sey, liegt in den Worten „dat schall he vordern up dat erve“ (vergl. die in der vorherg. Note cit. Stelle), aus denen sich ergibt, daß von einer Klage gegen den Ver-

rechnen sey, verdächtig zu finden, da jene Einrichtung bey freien Hinterfassen nicht nothwendig und wesentlich war, sondern aus historischen Gründen herfloß, die bey dem Rentekauf fehlten. Vergl. d. angef. D.

404) Er hatte ja kein Einwilligungrecht, sondern höchstens nur ein Näherrecht (Note 276).

405) Lüß. Recht 239: so welkman edder vrowe kost in eneme hus, edder an ener wort wicbelde, edder worttins, ergered sik dat hus, edder de wort.. ne wel he (der Schuldner) de tins nicht utrichten, de genne, de den tins hevet, de scal daran holden, dar he den tins ane hevet und ne mach anders uppe nemande umme de sake vorderinge hebben, mer darup, dar he den tins ane hevet. —

miether auf Ergänzung des Fehlenden aus seinem anderweitigen Vermögen nicht die Rede seyn konnte. Zugleich aber enthält die Stelle eine interessante Anwendung des Sages, die Schuld hafte auf Allem, was in der Gewere des Rentepflichtigen enthalten sey. Die Gewere des Vermiethers <sup>404 a)</sup> umfaßt zwar die, in den Grenzen des Grundstückes befindlichen Mobilien, aber nur diejenige Quantität derselben, welche zur Befriedigung seines rechtlichen Interesses, als Vermiethers, hinreicht, also die, deren Werth dem fälligen Miethzinse gleichkommt <sup>405 a)</sup>.

Durch die obige Darstellung ist zu beweisen gesucht, daß die Gewere des Rentekäufers, so wie die des Gutsherrn, eine Gewere an der Sache sey. Zu voreilig möchte es seyn, schon hieraus den Schluß zu ziehen, daß dem Rentekäufer immer Eigenthum an der belasteten Sache zukomme. Denn alle Rechte, welche das Verhältniß des Gutsherrn charakterisiren, und an deren gleichmäßigem Vorhandenseyn bey dem Rentekäufer wir eben die Ähnlichkeit beyder Verhältnisse erkannt haben, kommen ohne Zweifel nicht bloß dem echten Eigenthümer, sondern auch dem Vasallen, dem Pfandgläubiger bey der ältern Satzung, dem Leibzüchter und überhaupt jedem zu, der eine Gewere irgend einer Art an dem Grundstücke hat, mit welcher ein untergeordnetes Besitzrecht eines Hinterlassen vereinbar ist. Daher in Betreff des materiellen Charakters der Gewere des Rentekäufers durch das Obige noch nichts ausgemacht ist; es bedarf vielmehr dazu einer neuen Untersuchung. Zu dieser bieten sich nun folgende Materialien dar. Einerseits giebt es Stellen, die anzudeuten scheinen, daß das Recht des Rentekäufers an der Sache nicht Eigenthum <sup>406)</sup>, vielmehr

404 a) Die Gewere des Miethers in unserm Falle war es nicht, auf welcher die Rente haftete. Jedoch weichen die Goslar. Stat. von den Bremer Ordelen ab, indem sie dem Rentekäufer gestatten, den Miether in solidum zu pfänden, diesem aber den Regress gegen den Vermiether vorbehalten. 492, 12: man schall nemande panden umme den hustins, denne den wert, edder den, de dar ingemedet hefft; worde ock de ingemedede man umme mer tinses gepandet, denne he wente uppe de tydt dem werde gelovet hedde, dat scholde em de wert irlegen. Eine Abweichung, die wohl als Verkennung dessen, was die Natur des Verhältnisses mit sich bringt, anzusehen ist.

405 a) Vergl. Note 151.

406) Das Schles. Landt. (II, 2, 6) unterscheidet den Eigenthümer und Renteberechtigten ausdrücklich: es mag nyman gepfenden

der Renteverkäufer Eigenthümer sey <sup>407</sup>). Andererseits giebt es solche, die auf das Gegentheil hinführen, indem sie theils das Negative, der Zinspflichtige sey nicht als Eigenthümer zu betrachten <sup>408</sup>), theils das Positive, der Zinsempfänger habe das Eigenthum, zu beweisen scheinen. Hieher gehören vornehmlich Urkunden, die ein Rechtsgeschäft, welches kein anderes, als der Rentekauf seyn kann, in zwey Elemente dergestalt auflösen, daß jemand einem andern das Eigenthum eines Gutes käuflich überläßt, sich aber ausbedingt, es fortan, unter der Verpflichtung zu einem jährlichen Zinse, zu besitzen <sup>409</sup>). Dieser Mangel an Uebereinstimmung in den Quellen muß uns, wie ich glaube, zu folgender Ansicht geneigt machen.

Die Gewere des Rentekäufers an dem Grundstücke ist, ihrer causa nach, nicht in allen Fällen dieselbe, vielmehr möglicherweise so vielfach, als es verschiedene Arten der Gewere <sup>410</sup>)

umb den hauszins, wenne der, des das haus eigen ist, oder der sin gelt doruffe hat. — Nach den Lüneburger Stat. ist die Meinung dessen, der behauptet, er sey nicht Rentekäufer, sondern habe sein Gut zu einem Zinse ausgethan, bestimmt genug ausgedrückt, wenn er erklärt, es sey „sein rechtes erve“ (Note 391).

407) Vergl. Note 378.

408) Die Freiberg. Stat. (Schott III, 166) unterscheiden erbe und eigen, d. h. echtes Eigenthum, erbe und nicht eigen, das sint husere und hove, do man erbezins von gibt. Daher wird der Zins nicht bloß als ein Zeichen der Gewere des Berechtigten an der Sache angegeben (Sächs. Lehn. 14, Richtsteig d. Landr. I, 26, Schwäb. Landr. 311. Vergl. Note 453), sondern auch als ein sicheres Merkmal, daß der Verpflichtete nicht Eigenthümer sey. Schannat. trad. Fuld. 453: eos, qui precarias acceperint, census ideo dare teneri, ut cognoscatur, eos non ex proprio jure res possidere. — Moser Osnabrück. Gesch. I, 27 Note g: homines liberos, si sine tributo sederent, proprias vindicatueros terras.

409) Urf. bey Heumann comm. de Salmannis (opusc. 322): Conrad G. hatt zu kaufen gegeben sein eigen an dem haus der egen. frau und iren erben, zu haben ewiglichen und sie des gelobt zu weren für eigen, als recht is, mit der bescheidenheit, das das eegeschribene eigen des vorg. Conrad und seiner erben erbe sol sein umb 3 gulden. — Urf. ebendas. 314. — Urf. bey Metern, vom sechsten Zinsthaler, 69: notum sit, quod dominus G. emit emptionis titulo a S. duos mansos pro centum lubec. den., de quibus mansis dictus S., vel quicumque colit, dabit domino G. annuatim redditus 7 m., quod si non fecerit, ex tunc neque currum, neque aratrum, supra dictos mansos ducere debabit.

410) Vergl. §. 14, a. G.

an einer Sache giebt, zu deren Begründung eine gerichtliche Auflassung nothwendig ist <sup>411</sup>). Wenn wir, dem Zwecke der gegenwärtigen Untersuchung gemäß, bloß bey denjenigen Arten der Gewere stehen bleiben, welche das Gebiet des Landrechts darbietet, so erhalten wir 1) eine Rente mit einer Gewere zu echtem Eigenthum. Diese finden wir in den ewigen, unablößlichen Renten <sup>412</sup>). 2) Eine Rente mit der Gewere zu Satzungsrecht. Dieses sind die oben erwähnten verfesteten (gesezten) Zinsen <sup>413</sup>). Eine dem Rentenkauf der ersten Art ganz analoge Auflösung dieses zweiten in zwei Elemente, findet sich ebenfalls in Urkunden angedeutet <sup>414</sup>). 3) Eine Rente mit der Gewere zu Leibgeding oder Leibzucht <sup>415</sup>). Daß es dergleichen Renten gab, ist keinem Zweifel unterworfen <sup>416</sup>), und daß die Gewere, welche derselben zur Basis diente, mit der Leibzuchtsgewere an dem Grundstücke identisch war, darauf deutet die Fassung einer Stelle <sup>417</sup>) des Schles. Landr. <sup>418</sup>). Zwischen dem Rentenrechte und den Rechten an der Sache selbst herrscht folglich der vollständigste

411) Die Beschränkung, die in den letzten Worten liegt, erklärt sich aus Note 364; sie könnte auch so ausgedrückt werden: die Gewere des Rentekäufers ist so mannichfaltig, als es Arten der rechten Gewere an einer unbeweglichen Sache giebt.

412) Auf diese beziehen sich die, Note 409, angef. Urkunden.

413) Note 390.

414) Urf. 40 (Kindlinger Gesch. v. Wolmesteln II) .. pro quibus 50 marcis ponimus eidem octo mansos... ex quibus recipient annos singulos 6 marcos.

415) Vergl. §. 22.

416) Culm. R. IV, 24: gebit und vorreichet ein man vor richter und vor scheppen in gehegetem dinge syne wybe nach sinem tode 10 m. jerlichen zinses.. zu ir me lybe. — Schöffenerth. hinter dem Sächf. Landr. II, 1. 3. — Brem. Stat. 106 (Pufend. II, app. p. 67). — Stat. civ. Gotting. 18 (ebendaf. III, app. p. 157).

417) Schles. Landr. I, 41, 3: man sal wedir pfaffin, noch gesten wedir erbegut noch zins; das in der stat wichbilde leit, verkaufen.. men mag is (beydes, Erbegut und Zins) wol setzin czu pfande, wedir zu losen, adir ein leipzucht doran machin.

418) Woher die Rente mit der Gewere des vertragsmäßigen Erben, mit der Gewere zu treuer Hand und zu rechter Vormundschaft, welche alle auch durch gerichtliche Auflassung entstehen, hier keine besondere Stelle erhalten, wird sich aus der unten folgenden Darstellung dieser Gewere ergeben.

Parallelismus. Jeglicher Rentekauf ist eine Art von Veräußerung der Sache selbst, nur modificirt durch das Uebereinkommen, daß der Besitz des Veräußerers unter der Verpflichtung zur Zahlung des Zinses, fort dauern solle. Daher fassen die Rechtsquellen, wenn sie von Dispositionen über Immobilien handeln, so oft Sache und Rente zusammen <sup>419</sup>).

Wenn die im Obigen gelieferten Beweise für die Verwandtschaft zwischen dem Verhältnisse des Rentekäufers und Verkäufers und dem des Gutsherrn und zinspflichtigen Hinterlassen aus den Bestimmungen der Rechtsquellen über die Natur beyder Verhältnisse hergenommen waren, so glaubt der Verfasser eine nicht ganz unbedeutende Zugabe zu denselben zu liefern, wenn er darzuthun versucht, daß das, seinem Ursprunge nach, ältere Verhältniß des Gutsherrn bey dem neuern des Rentekäufers absichtlich als Vorbild und Typus zum Grunde gelegt worden sey. Der Beweis hievon läßt sich insbesondere an einige der Namen knüpfen, mit welchen die gekaufte Rente bezeichnet wird, vornemlich an die Namen Wikbelde (Wikbelderecht) und Wortzins <sup>420</sup>). Wikbelde ist bekanntlich die Bezeichnung des Gebiets, Wikbelderecht der Name für das gesammte Privat- und öffentliche Recht einer Stadt. Hiemit hing der Sprachgebrauch zusammen, nach welchem die Grundstücke, die im Stadtgebiete lagen und nach dem Stadtrechte besessen und beurtheilt wurden, selbst den Namen Wikbelde <sup>421</sup>) erhielten, wie sie denn auch Stadtgüter <sup>422</sup>) genannt werden, was keinesweges immer auf Güter zu beziehen ist, die in dem Eigenthume der Commune sind. Sehr viele Städte nun waren ganz, oder wenigstens zum Theile, auf dem Grunde und Boden eines Herrn gegründet und bey diesen gehörte es dann in der Regel zur Verfassung, zum öffentlichen Wikbelderecht, daß die Bürger von Grund und Boden einen Zins an den Herrn entrichteten.

419) Schles. Landr. a. a. D. — Lüb. Recht v. J. 1240. Art. 154 (Westphalen III, p. 657). — Stat. v. Weisenfer (Balch II. S. 7, 8): es en thar auch kein burger geschosbar gut erbar luthen (Rittern), geistlichen luten, juden oder uswertigen luthen verkaufen zu eigen oder zu ewigen zinsen.

420) Lüb. Recht v. J. 1240. Art. 95 Art. 191 Art. 239.

421) Brem. Stat. 49, 30, Ord. 5, 31, 70 (Pufendorf II, app.)

422) Stat. v. Renthlenberg (Balch V, 160). — Stat. v. Schwarzburg (ebendaf. VI, 47).

Dieses bestätigen nicht bloß einzelne Beispiele <sup>423)</sup>, sondern es wird auch ein solcher Zins gerade als das charakteristische Merkmal der, nach Weichbildrecht besessenen <sup>424)</sup>, oder „zu Burgrecht liegenden“ <sup>425)</sup>, Güter angegeben. Ein sehr gewöhnlicher Name eines Zinses dieser Art war Wortzins, Wortpennige (census arearum) <sup>426)</sup>. Dieses durch die Zinspflicht charakterisirte Verhältniß zwischen dem Bürger und dem ursprünglichen Herrn des Grundes und Bodens, auf dem

423) Ein belehrendes Beispiel giebt die urf. 144 (Kindlinger, Münfr. Beitr. I, 400) ... item nota, quod opidum Ostervelde fuit una curtis Archiepiscopi, in quam spectabant XXX mansi destructi et inculti, et sic Johannes de Plettenberg primo comprehendit et incepit ibi opidum edificare sub hac conditione, quod curtis ipsa solvit annuatim XVIII sol. et XXX mansi pred. de quolibet manso XVIII denar.; et habet quilibet ad mansum unam aream in opido. — Ein anderes Beispiel liefert die Stadt Freyburg (vergl. Schöpffm hist. Zar. Bad. V, 50). — Eben hieher gehört der census arearum in Hannover (Gruppen, orig. Hannov. II, S. 16), und der Ruten- (Ruthen) Zins in der Stadt Münchenberg. Gerken cod. dipl. Brandenburg. IV, dipl. 309: ... darzu ist gelegen in unser stadt eyn czins, genännt der rudenzins, also daz man sol messen vor eyn izliches burgers huse und hofe, also he gelegen ist, mit der ruthen, und von der ruthen gibet man 1 pf.

424) urf. Otto's IV. für die Stadt Stade v. J. 1209 (Orig. Guell. III, 785): ... omnes areas, quae fuerunt Erici de B. libere tradimus burgensibus sub jure, quod vocatur wichelethe, ita, ut tantum censum debitum persolvant. Daß dieser Zins ein allgemeiner, verfassungsmäßig auf den Grundstücken der Bürger in Stade ruhender, (daher schlechthin census debitus) war, ergiebt sich aus der Vergleichung der urf.: privileg. Hildeboldi Archiep. civ. Stad. datum (Pufendorf II, app. p. 160): item omnes areae infra civitatem sitae liberae sint et maneant, excepto solo censu, qui de areis solvi solet.

425) Augsb. Stat. 22 (Walch IV, 50): das sint die recht die der zollper hat an den eygen, die in der stadt ze burgrecht ligen, die sullen im zins geben alle jar an S. Michelstag... Vergl. Note 429.

426) J. B. in Hannover (Note 424), in Goslar (Gosl. Stat. 510, 8, Gosl. Rechtspr. 15 bey Bruns Beitr. 185): we sek ut der veste ten wil, de schall sek borgen laten von eynem, de eyn egen hus hebbe unbekümmert, dar nicht afgan, wenn die wortpennige. Die Fassung der Stelle weist darauf hin, daß die Wortpennige eine allgemeine, alle Güter treffende, Last war, welche eben daher die Wirkungen einer besondern Verkümmernng (durch Saßung oder Rentekauf) nicht haben konnte. — Vergl. noch Hildesheim. Stat. 153 (Pufendorf IV, app. p. 307): swat öldinges hevet ein word gewesen, dat scal enen tins geben.

er sah; ein ganz besonders günstiges Hinterlassen-Verhältniß, nahm man nun in den Städten <sup>427)</sup> aus dem Gebiete des öffentlichen Reichbildrechts in das Privatrecht hinüber, und constituirte dasselbe auch auf dem Wege von Privat-Dispositionen, theils durch Vorbehalt der Rente <sup>428)</sup> bey Veräußerung der Grundstücke, theils durch Rentekauf. Es fehlt uns sogar, wie mir scheint, nicht an einem ausdrücklichen Zeugnisse darüber, daß man die Rente, welche sich auf die Verfassung der Stadt gründete und diejenige, welche durch Privat-Verträge entstand, durchaus als ein Institut betrachtete <sup>429)</sup>.

Vergleichen wir das praktische Bedürfniß, zu dessen Befriedigung man sich des Rentekaufs bediente, mit der Natur und den Wirkungen desselben, so könnte man glauben, daß man in ihm ein sehr unangemessenes Mittel erwählte. Offenbar war die Stelle, welche er im praktischen Leben und Verkehr einnahm, dieselbe, die in andern Rechten und zu andern Zeiten das zinsbare Darlehen erfüllte. War es nicht unnütz und überflüssig von dem Schuldner zu verlangen, daß er, um dieses Zwecks willen, zu seinem Gläubiger in eine dem Verhältnisse eines Hinterlassen ähnliche Stellung trat? Die unbefriedigendste Lösung dieses Zweifels ist ohne Zweifel die, daß man sich den Rentekauf als *mutuum palliatum* denkt, welches unsre Vorfahren erfanden, um die Zinsverbote des kanonischen Rechts zu umgehen <sup>430)</sup>. Vielmehr lag der Grund, woher man genöthigt war, das Recht auf eine jährliche Leistung, um es für die Dauer sicher zu stellen, so, wie es durch den Rentekauf geschah, mit der Gewere an einer unbeweglichen Sache zu verknüpfen, in dem Mangel oder wenigstens der Schwäche des persönlichen Credits. Den Grund von die-

427) In welchen der Rentekauf vornehmlich geübt und ausgebildet wurde, wie sich aus den Quellen, die vorzugsweise von ihm handeln, ergibt. Vergl. Eichhorn, St. u. R. G. S. 434.

428) Vergl. Note 366.

429) Augsb. Stat. 329 (Walch IV, 321): alle die eigen, die in die ehaften nicht hören und doch zu burgzins ligent, wem die angehören oder leyen, die hant dasselbe recht, als die eigen, die in den burgzoll gehören als davor geschriben stet im capitel von zöllen (vergl. Note 426). Von den mit dem Burgzoll, d. h. der verfassungsmäßigen Rente belegten, Eigen wird gesagt, sie gehören in die Ehaften, d. h. geseglichen (Saltaus u. d. W.) Tage, weil ihre Rente an einem allgemein bestimmten Tage gegeben werden mußte.

430) Mit Recht verwirft diese Ansicht Eichhorn (Einleitung S. 105).

sem aber dürfen wir keinesweges bloß außer dem Gebiete des Rechts, darin, daß solche Umstände, welche den Gläubiger heutzutage bestimmen, nicht ohne hypothekarische Sicherheit Geld auszuliehen, damals allgemeiner eintraten<sup>431)</sup>, sondern zunächst in den Principien des ältern deutschen Rechts über die Verbindlichkeit der Erben aus Verträgen des Erblassers suchen. Da nämlich nach diesen der Erbe den Gläubigern nicht nur nicht über den Bestand der Erbschaft, sondern sogar nur mit der ererbten fahrenden Habe haftete<sup>432)</sup>, so konnte der Gläubiger, der sich eine dauernde Rente auf dem Wege einer bloßen Obligatio stipulirte, niemals mit einiger Sicherheit auf dieselbe rechnen, da die fahrende Habe, seines Contrahenten, möglicherweise schon bey dem nächsten Erben in Kurzem consumirt seyn konnte. Dieser Erfolg wurde durch den Rentekauf glücklich vermieden, vermöge dessen sowohl das Recht, als die Verbindlichkeit in Absicht der Rente, mit einer Gewere am Grundstücke zu einem juristischen Ganzen verwebt war, und eben dadurch jeden Besitzer auf gleiche Weise ergriff.

Wenn das im Obigen Dargestellte die ursprüngliche Natur und Bedeutung des Rentekaufs war, so dürfen wir nicht verkennen, daß sich allmählig, schon in der spätern Zeit des Mittelalters, eine ganz andre Ansicht von dem Institute bildete. Was von dieser neuern Ansicht durch Zeugnisse der Quellen außer Zweifel gesetzt werden kann, ist, daß das dingliche Element des Verhältnisses zwischen Rentekäufer und Verkäufer den Charakter der neuern Sagung<sup>433)</sup> annahm und zwar in allen Fällen, mochte die Rente als eine ablöbliche oder unablöbliche bestellt seyn. Es fragt sich nur, wie seitdem das persönliche Element angesehen werden müsse? Nach der ältern Ansicht war es juristisch die Nebensache (Pertinenz)<sup>434)</sup>, das dingliche dagegen die Hauptsache, nach der neuern mußte es, gerade umgekehrt, als der selbständige Hauptbestandtheil des ganzen Verhältnisses angesehen werden, das dingliche dagegen als der accessorische; letzteres diente nicht mehr dem erstern zur

431) Wohin Eichhorn (a. a. D.) zielt, wenn er sagt, daß der Mangel des persönlichen Credits durch die damalige Beschränktheit des Verkehrs mit baarem Gelde begründet worden sey.

432) Sächs. Landr. I, 6: wer das erbe nimpt, der soll zu recht die schult gelten, als ferre das erbe. weret au der fahrenden habe. Vergl. Eichhorn a. a. D. §. 330.

433) Vergl. §. 17.

434) Vergl. Text zu Note 400.

Basiss, sondern umgekehrt dieses jenem. Es widerspricht der Natur der aus der neuern Satzung entspringenden Gewere des Gläubigers, daß an sie, als Hauptelement, das Recht auf die Rente, als Pertinenz sich so lehnt, wie man es sich bey der Gewere zu echtem Eigenthum, zu älterm Satzungsrecht, oder zu Leibgebing dachte <sup>435)</sup> <sup>436)</sup>. Um sich hievon zu überzeugen, versuche man den Rentekauf nach der neuern Ansicht auf die Weise, wie es nach der ältern wirklich geschah, in zwey Elemente zu zerlegen, von denen das erste, die Constituirung der Gewere des Rentekäufers an der Sache, als ein vorhergehendes, das zweite, der Vorbehalt des Besitzes von Seiten des Verkäufers unter der Verpflichtung zur Zinszahlung, als ein späteres gedacht werden konnte. Man sieht, daß ein solcher Versuch durchaus mißlingen muß. Eine Satzung des neuern Rechts, der nicht eine bereits bestehende Forderung voraangeht, vielmehr erst als nachfolgend gedacht wird, ist völlig undenkbar.

Den Beweis nun, daß nach neuerer Ansicht die Gewere des Rentekäufers an der Sache, diejenige war, welche aus der neuern Satzung entsprang, liefern

1) die Formen, die der Rentekäufer beobachten mußte, wenn er sich bey ausbleibender Zahlung an die Sache halten wollte, Formen, die der Satzung durchaus abgeborgt sind. Zum Beweise dient unter andern <sup>437)</sup> eine Bremische Urkunde v. J. 1489. Sie beschreibt die Formen sehr vollständig also:

435) 436) Vergl. Note 412 u. folg.

437) Die beyden neuern Codices des Lüb. Rechts bey Brockes (obs. for. c. II et III) beschreiben (Art. 107 des zweiten, Art. 141 des dritten Cod.) die Distraktions-Formen bey einem verpfändeten Grundstück so, wie sie oben (§. 17) angegeben sind (welkerem minschen ein erve vorpandet steit, de schal.. et upbeden vor ein pandt to dem ersten male, unde vort aver 14 nacht to dem andern male, und vort aver 8 dagen tom drudden male..), und setzen hinzu: dessulven glicken isset ock umme wickbelde rente. In dem ältern (ersten) Coder findet sich dieses nicht. — In den Freyberg. Stat. (bey Schott III, 163. Art. 37) heißt es: wirt auch einem manne eigen und erbe gesatzit und wil he deme nachvolgen, daz man ez im eigene, so sal he iz ufbiten drie dinc nach einander.. so sal jenre sprechen: her richter, dem erbe, oder dem cinsgelde hab ich also lange gevolget mit rechten teidiungen, daz ir mirz zu rechte eigenen sult. — Ebenas. S. 157 Art. 20: welch man erbecins hat an eime huse, der mac pfenden anegerichte. vindet aber he da nicht zu pfendende, so sal man

Wy N. N. ratmanne to Bremen weren daran unde darover, dat J. D. sick vor dem rade beklagede, dat eme syne rente ut J. Ks. hufs und erve nicht vernüget künde werden, so dat de raht den eegen. J. D. in dat vorgeschrib. hufs und erve wiesede to kistenpandes recht vor syne vorsettene rente. dar-na wesen wy daran vor unsers herrn gerichte, dat J. D. dar upbodt und verfolgede dat vorgeschr. hufs und erve to dren richten, unde na dem dridden richte lede de vaget ein dinggerichte vor dat hufs, werede und weldigede den eegen. J. K. und syne erven daruth und den eegen. J. D. und syne erven dar weder in — vortmer weren wy darna vor dem rade, dat de vorgeschr. J. D. dat tügede, dat he verfolget hedde dat hufs to kistenpandesrecht, so dat de rath en wysede in dat hufs und erve to wigboldsrecht vor syne vorsettene rente, darna weren wie daran vor gericht, dat J. D. upbodt und verfolgede dat vorgeschr. hufs to dem ersten to dem andern, tom drüdden und to dem veerden echte-dinge, unde na dem veerden echtedinge werede und weldigede de vaget J. K. daruth und J. D. dar weder in <sup>438)</sup>.

Das hier beschriebene Verfahren zerfällt in zwey Abschnitte. Der erste, in welchem das Aufbieten an drey gebotenen Gerichtstagen (im Gegensatz der Ehtedinge) geschieht, ist nichts anders, als das bey Distraction beweglicher, ausnahmweise <sup>439)</sup> aber auch unbeweglicher Pfänder übliche Verfahren <sup>440)</sup>; der zweite stimmt mit der Procedur, welche den Immobilien (Wit-belde, in den Brem. Stat. <sup>441)</sup> genannt) eigenthümlich war,

---

im teilen, he sul iz ufbiten. so butet he iz uf zu drin dingen und laze iz im eigenen. S. ebendas. S. 159. Art. 24. — Vergl. noch der Stadt Lüneburg Niedergerichtsordnung (Pufendorf III. app. p. 354).

438) Die Urt. ist abgedruckt bey Grupen de uxore theot. p. 135 sq. und bey Deltrichs Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der Stadt Bremen S. 631.

439) S. Note 281.

440) S. Note 345.

441) Vergl. Note 421,

überein <sup>442</sup>). Jeder einzelne der beyden Abschnitte ist mithin ein Beleg für das, was hier bewiesen werden sollte. Auffallend <sup>443</sup>) aber ist die Emulation zweier Distractions-Verfahren, wo, wie man glauben sollte, eines hinreichend wäre. Vielleicht scheint folgende Erklärung nicht ganz verwerflich. Schon nach dem ältern Rechte, wie es in mehrern Statuten erscheint <sup>444</sup>), ging der Privation des Grundstücks wegen nicht gezahlter Rente, der Anspruch auf eine Zinsbuße, namentlich einen Kutscherzins, voran. Vielleicht correspondiren diesen beyden Stadien der Exekution die beyden Abschnitte des oben beschriebenen Verfahrens. Am Ende des ersten erhielt der Gläubiger das Recht, durch Distraction der Sache sich nur wegen der rückständigen Rente und Zinsbuße <sup>445</sup>) bezahlt zu machen, den Ueberschuß mußte er dem Schuldner ausliefern, natürlich also distrahirte er so, daß der Käufer die Sache mit der darauf haftenden Rente übernahm und diese zu zahlen fortfuhr. Am Ende des zweiten Abschnitts dagegen erhielt er die Befugniß, die Distraction zum Zwecke seiner Befriedigung in Absicht der rückständigen Renten sowohl, als des Kapitals, zu benugen.

2) Ein anderer Beweis dafür, daß die neuere Zeit das Recht des Rentekäufers an der Sache dem des Satungsgläubigers gleich behandelte, liegt darin, daß neuere <sup>446</sup>) Statu-

442) Vergl. 341.

443) Um so mehr, da es in einem der von Delrichs (a. a. D. 259) mitgetheilten Brem. Erkenntnisse also heißt: *eyn klage quam vor de radman, dat C. klagede over J. umme rente, de he hadde in Is. erve, dar antworde J., he wulde C. wisen in datsulve erve to wikbeldesrecht vor de rente. C. sprak darwedder, he hopede des, dat he ene wisen scholde in dat erve t o kistenpandesrecht. dat schede wi: na dem mule dat id rente is, also he dat bewiset hevet, he scal ene darin wisen to kistenpandesrecht.* Bey Bestellung einer Rente hatte der Gläubiger keine Wahl zwischen fahrender Habe und Immobilien, die er zu seiner Sicherheit annahm. Die Natur des Geschäfts wies ihm die letztern an. Sie waren also als ein Pfand anzusehen, welches er ane sinen dank empfing (vergl. Note 345).

444) S. Note 370.

445) Bestätigt wird dieses dadurch, daß Delrichs die Worte unserer Urkunde: *dat de raht den J. D. . . wiesede to kistenpandesrecht vor sine vorsettene rente*, so liest: *dat de raht den J. D. . . w. t. k., twischatt v. s. v. r.* (vergl. d. vorherg. Note).

446) Im ältern Rechte war weder von Distraction, noch von Herausgabe der *Hyperocha* die Rede. Der Rentekäufer erhielt den Besitz

ten den Rentekäufer nöthigen, den Ueberschuß des aus der Distraction gelbsten Geldes über seine Forderung dem Schuldner auszuliefern <sup>447</sup>). Sie und da zwar blieb es bey dem ältern Grundsatz, daß der Rentekäufer der Sache, wie sie war, sich unterwinden durfte, aber bisweilen <sup>448</sup>) war dieses lediglich davon Folge, daß auch bey der Satzung die Hyperocha nicht berechnet zu werden brauchte. — Sehr selten <sup>449</sup>) nahm der Rentekauf von der Satzung die Aufkündbarkeit von Seiten des Gläubigers an, vielmehr zeichnen neuere Statuten gerade den Mangel dieses Rechts als das charakteristische Merkmal des Rentekaufs, im Gegensatz der Verpfändung, aus <sup>450</sup>),

der Sache zu demjenigen Rechte, welches ihm nach der Art der Rente an derselben zukam, also zu echtem Eigenthum bey ewigen Renten, zu älterm Satzungsrecht bey gesetzten Renten, zu Leibeucht bey solchen, die er „zu seinem Leibe“ gekauft hatte.

447) Auch hieyon liefern die Note 437, citirten Art. des Lüb. Rechts ein Beispiel, welche ausdrücklich die Zurückgabe der Hyperocha verheißen, mag das Gut an einen Dritten verkauft, oder dem Gläubiger selbst gegen eine Lare zugesprochen werden. — Das Princip, die Realreception dürfe dem Rentekäufer nur gerade so viel, als seine Forderung beträgt, abwerfen, spricht sich in einer Urk. v. J. 1477 (bey Gerken fragm. March. I. p. 127) aus: wenn averst, dat god verbede, et also keme, dat de herrn K. auf dem hofe neynes rechten edder pandinge inne bekommen kunden, so schollen sy sick holden an den hof, des syk gebrucken unde geneten na antal eres paches edder tynse, und nicht högher. Vergl. ebendas. p. 145, 147.

448) Dieses war z. B. in den Freiburger Statuten der Fall. Art. 24 (Schott III, 159): wo zwene man erbecins an einem huse haben, der erste cinsmeister . . . butet daz hus uf und leit iz im eigenen: he gibet dem andern cinsmeister als vil, als im lustet und tribet ouch jenen uz der da inne ist, wil hey mit rechte. Vergl. Note 351. — Anderwärts war es ein reines Ueberbleibsel vom ältern Rechte des Rentekaufs. Hieher gehören die Bestimmungen der Danziger Willführ (L. II. Cap. 2. Art. 4.) über den Pfennigzins.

449) Dennoch fehlen Beispiele vom Gegentheil nicht ganz. 3. E. in der angez. Danz. Willf. heißt es: wenn entweder der creditor oder der debitor das versicherte geld gehoben wissen will, so ist nöthig, das er an den andern eine aufsage ergehen lasse.

450) Neuere Rineb. Stadtr. Th. II. Tit. 7 (Pufendorf IV. app. p. 665): .. soll männiglichen frey stehen, entweder ewige (?) renthen in und aus den häusern zu kaufen, oder aber darauf, als auf iße unterpfände, geld auszuleihen: weß aber solche heyde contract nicht einerley art, so soll auch der gebürliche unterschied in acht genommen werden, nemlich; wer tenthe gekauft, der soll nicht macht haben, das ausgezaltte kaufgeld

und motiviren dadurch den Vorzug des Renteners vor dem Pfandgläubiger <sup>451)</sup>).

Diese neuere Ansicht über die Natur des Rentekaus machte eine äußerst wichtige Epoche in der geschichtlichen Entwicklung des Instituts der Reallasten. Sie war es, welche zu einer im Gebiet des Privatrechts bisher ganz unbekannten Art der Reallasten hinführte, zu derjenigen nämlich, bey welcher das Recht auf die Leistung, nicht auf Proprietätsrechte an dem Grundstücke basirt, sondern selbständig ist. Daß das ältere Recht keine andere privatrechtliche, in einem Zinse <sup>452)</sup> bestehende, Reallast kannte, als die, welche so, wie es bey dem Rentekaufe gezeigt worden ist, mit einer Gewere des Berechtigten an der Sache verknüpft war, kann, wie mich dünkt, keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Ausdrückliche Zeugnisse geben die Realrente als ein untrügliches Merkmal davon an, daß der Berechtigte eine Eigengewere, Lehengewere <sup>453)</sup> u. s. w. (Note 413, 415) an der Sache habe, und eben daher pflegte bloß oder hauptsächlich zu dem Zwecke, das Daseyn der Gewere in Fällen, wo sie sich nicht in körperlichem Besitze manifestirte, außer Zweifel zu setzen <sup>454)</sup>, eine

wiederum abzumahlen, weil solches der natur des kaufes zuwider ist, sondern die ablösung soll demjenigen, der die jährliche renthe ausgiebt, allein frey stehen. . wer aber geld auf häuser ausleiht, der soll freye macht haben, sein geld wiederum abzumahlen.

451) Die in der vorhergeh. Note cit. Stelle fährt also fort; es soll aber in bezalung der renthener allezeit vor dem ausleiher vorgehen, ungeachtet sein contract jünger wäre. . weil der renthener in dem einen, nemlich das er die kaufsumme nicht abmahnen mag, beschwert ist, er wiederum in der priorität erleichtert werde.

452) Ueber die in Diensten bestehende s. weiter unten.

453) Nichtsteig d. Landr. I, 26: so vrage, we an dem gute die were hebbe? so we id in nut und in gelde havet. — Nichtsteig d, Lehnr. 29 (Note 241). — Sächf. Lehnr. 14. —

454) Schwäb. Landr. 311: ist aber, das eyn man eynem freunde gut schaffen wil nach seinem tode. . . wil er im das stät machen, so secz er im zins darauf, damit so hat er die gewer daran (§. 19). — Nach abgeschlossener Erbverbrüderung zwischen Ludwig v. Brandenburg und Stephan Ludwig und Wilhelm v. Batern ertheilt der Kaiser allen die Belehnung zur gesammten Hand in folgenden Worten: so verlihen wir den egen. fürsten Ludowich. . . zu gesammter hand die vorg. lant und lute beyder-

Rente bestellt zu werden <sup>455</sup>). Unter den einzelnen Verhältnissen, in denen wir die Realrente finden, ist in der That keines, was größere Zweifel gegen die obige Behauptung erregen könnte, als gerade das, von dem oben bewiesen worden ist, daß es nichts desto weniger jenem Principe huldigt, ich meine den Rentekauf. Unbedeutender scheint mir der Zweifel, welcher von denjenigen Bauergütern hergenommen werden könnte, welche wir heutzutage als volles Eigenthum der Inhaber betrachten und auf denen dennoch von alten Zeiten her Zinsen ruhen, denen man keine staatsrechtliche Entstehung un-

seit, die von uns und dem reiche zu lehen gehen und setzen wir si beyderseit in nutz und gewer der lande. zu urchunde diser machunge und zu einer rechten gewer suln unsers sons des marggrafen (E. v. Brandenburg) amtlute zu eynem rechten zinse alle jar 200 m. geben Stephan L. und Wilhelm und iren sunen. so suln dawider St. L. und W. und ir erbin und ir amptlute und pfleger auch zu einem zinse alle jar dem vorgeludowig und sinen sunen auch uf denselben tag 100 marg geben (dipl. 59 bey Gerken cod. dipl. Brandenburg. I. 122).

455) Diese beständige Beziehung, in welcher die Rente mit einer Gewere steht, findet sich eben so bey Zinsen, die ohne Rücksicht auf Grundbesitz gegeben wurden. Mit äußerst geringfügigen Ausnahmen, wohin namentlich das zinsbare Darlehen gehören würde, was jedoch nur mit einem jüdischen Gläubiger geschlossen wurde (Eichhorn's St. u. R. G. §. 350 Note g), gründete sich wohl jede solche privatrechtliche Rente auf die Unfreiheit des Verpflichteten, und das Recht des Herrn über den Unfreien wurde als eine Gewere an der Person desselben angesehen (Note 355). Es ist merkwürdig, wie analog man sich das Verhältniß des zinspflichtigen Unfreien zum Leihherrn, und des zinspflichtigen Grundstücks zum Gutsherrn dachte. Wie der Kauf einer ewigen Rente nach älterm Rechte nichts Anderes war, als die Uebertragung der Eigengewere an der Sache, jedoch nicht zu dem Zwecke, sie faktisch zu besitzen, sondern eine Rente davon zu ziehen, gerade so sagt derjenige, welcher sich in die Unfreiheit hingiebt, kraft welcher er blos zu einem jährlichen Zinse verpflichtet seyn will: me cum omnibus successoribus meis sancto Martino in census annuum contrado (Günther cod. Rheno-Mosell. I. p. 55). — Wie der Gutsherr, bey ausbleibender Zinszahlung sich des Grundstücks unterwindet, und so sein beschränktes Recht in eine unbeschränkte Herrschaft über die Sache verwandelt wird, so heißt es von dem blos zinspflichtigen Unfreien (Kindlinger, Gesch. d. Hörigkeit, Urk. 2. §. 2. S. 220): si quis censualis annuum census persolvere neglexerit, tertio oburgatus, si non emendaverit, in proprietatem ecclesiae transibit, d. h. er tritt aus dem günstigen Verhältniß des bloßen Zinspflichtigen in das des Vollschuldigen (vergl. Kindl. a. a. D. §. 26).

terlegen kann<sup>456</sup>). Denn ich halte es für mehr als wahrscheinlich, nur der Umstand, daß die Besitzer von jeher ein sehr ausgedehntes Recht, namentlich in Absicht der Veräußerung und Vererbung, an den Gütern genossen, habe im 15ten, 16ten Jahrhundert die gutherrliche Gewere (das Obereigenthum) des Zinsempfängers, welche ursprünglich wirklich existirte, in Vergessenheit gebracht und somit erst damals aus einer ursprünglich mit Proprietätsrechten verbundenen Reallast eine selbständige erzeugt<sup>457</sup>). — Was die in Diensten bestehenden Reallasten betrifft, so fehlt es zwar dafür, daß das Recht auf dieselben ursprünglich immer mit einer Gewere an dem Grundstück verbunden war, an solchen allgemeinen Zeugnissen, dergleichen für die Renten aufzuweisen sind, allein in der That findet sich hier weit weniger Veranlassung zu zweifeln, da die Besitzrechte auf denen Dienste, als Folge privatrechtlicher Dispositionen ruhen, wohl ohne Ausnahme unzweifelhaft in das Gebiet des Hof- und Lehenrechts gehörten und selbst in neuerer Zeit schwerlich als volles Eigenthum angesehen wurden.

Allerdings kannte nun aber auch das ältere Recht selbständige, nicht mit Proprietätsrechten verbundene, Reallasten, jedoch nur solche, welche man staatsrechtliche in einem weitern Sinne nennen kann, d. h. diejenigen, wo dem Staate, der Gemeinde oder der Kirche die Berechtigung zusteht. Dahin gehören die Beden, die Landfolge, die Zehnten<sup>458</sup>).

Die neuere oben entwickelte Ansicht über Rentekauf versetzte nun zuerst diese Gattung der selbständigen Reallasten aus dem Gebiete des öffentlichen in das des Privat-Rechts. Der Rentekauf in dieser neuern Gestalt sieht, wie es bey dem ersten

456) Vergl. Eichhorns Einleitung S. 255 II.

457) Eichhorn a. a. D. S. 157 Note c.

458) Ueber deren Behandlung s. weiter unten. — Vergleichen wir die eben gegebene allgemeine Uebersicht über das Institut der Reallasten nach älterm Rechte, mit dem römischen Rechte, so ergibt sich, daß wir in ihm, nach seiner damaligen Beschaffenheit, keinesweges ein dem deutschen Rechte eigenthümliches Institut erkennen dürfen. Von beyden damals bestehenden Gattungen, den privatrechtlichen, mit Proprietätsrechten verbundenen, und den auf staatsrechtlichem Fundamente ruhenden, selbständigen Reallasten, liefert das römische Recht Beispiele; von jenen den Canon bey der Emphyteuse, von diesen die Vectigalien u. s. w. Ein dem deutschen Rechte ausschließlich angehörendes Institut war die dritte Gattung, die privatrechtlichen selbständigen Reallasten, ein Erzeugniß der spätern Zeit.

Versuche zum Uebergang aus ältern zu neuern Rechte zu erwarten ist, in der Mitte zwischen beyden. An jenes erinnert er dadurch, daß in der That in ihm noch eine Gewere an der Sache (zu neuerer Sazung) verbunden mit einer Reallast erscheint. Aber diese Verbindung ist, wie bereits oben bemerkt wurde, eine ganz andre, wie die des ältern Rechts, eine solche, in der die Reallast als das selbständige Principale, die Gewere als eine abhängige Nebensache erscheint. Somit war der Begriff einer selbständigen, blos auf Privat-Dispositionen sich gründenden Reallast, nur noch gleichsam verhüllt, in dem Institute enthalten. Weiter, als bis zu dieser Uebergangsstufe zwischen der, mit Proprietätsrechten verknüpften, und der selbständigen Reallast, kam, wie ich glaube, das deutsche Recht nicht in der Zeit, wo es sich frey und ungestört durch das Eindringen des fremden fortbildete. Dadurch, daß in dieser Zeit der Begriff einer selbständigen Reallast nicht zur vollen Klarheit sich erhob, ist eine sehr wichtige Frage in den Quellen des reinen deutschen Rechts unbeantwortet geblieben, über die man seitdem auch nicht ins Reine gekommen ist, nämlich die Frage, zu welcher Gattung von Rechten die selbständige Reallast gehöre, ob zu den dinglichen, oder zu den obligatorischen, wo denn die Wirksamkeit derselben gegen Dritte auf ein, außer ihr liegendes, Fundament gestützt werden muß, wenn man dessen nicht dadurch überhoben zu seyn glaubt, daß man sie durch einen besondern Namen (dingliches Forderungsrecht, subjektiv dingliches Recht) als eine ganz eigenthümliche Gattung von Rechten darstellt <sup>458 a)</sup>. Da das Institut seine Wurzel noch in dem ältern deutschen Rechte hat, so muß man wohl zunächst in seinem Geiste jene Frage zu beantworten, d. h. zu bestimmen suchen, ob es sich das Recht des Empfängers bey der selbständigen Reallast als Recht mit dem Charakter der Gewere (wie bey der mit Proprietätsrechten verknüpften) <sup>459)</sup>, oder ohne denselben, gedacht haben würde, falls es sich darüber ins Klare gesetzt hätte. Um diese Frage nun zu entscheiden, scheint mir nichts natürlicher, als auf die Art und Weise zurückzusehen, wie das deutsche Recht diejenigen

458 a) In der That gewinnt man dadurch nichts als einen Namen, der zwar brauchbar seyn mag, nachdem man sich darüber entschieden hat, welcher Gattung von Rechten, den dinglichen oder obligatorischen, sich die Reallast anschließen (Note 462) solle, aber an und für sich ohne Bedeutung ist.

459) Vergl. Note 402.

selbständigen Reallasten, die ihm von jeher bekannt waren, nämlich die staatsrechtlichen, beurtheilte. Bey diesen nun wurde das Recht allerdings als ein mit einer (rechten) Gewere verbundenes betrachtet, was, wenigstens in Betreff der Zehnten, theils durch ausdrückliche Zeugnisse <sup>460)</sup>, theils dadurch, daß sie ein lehnsfähiges Objekt <sup>461)</sup> waren, außer Zweifel gesetzt wird. Demnach scheint es mir dem Geiste des deutschen Rechts angemessen, auch den später entstandenen privatrechtlichen Reallasten ohne Proprietätsrechte den Charakter einer rechten Gewere beizulegen, und daher würde ich nicht anstehen, ihnen in dem heutigen Rechtssysteme unter den dinglichen Rechten <sup>462)</sup> ihre Stelle anzuweisen, weil alle Rechte, die jenen Charakter hatten, heutzutage in dieser Kategorie stehen.

Während nach dieser Ansicht der Uebergang des deutschen Rechtes von der ältern zur neuern Reallast darauf beruht, daß es das Recht, welches früher nur in Verbindung mit einer unbeweglichen Sache als rechte Gewere behandelte, späterhin, ohne fremde Hülfe, dieses Charakters für fähig hielt <sup>463)</sup>, würde man auf diesem Wege niemals eine selbständige Reallast

460) Urk. 993 bey Kenner, Reihe zu Landstedenrecht.

461) Zum Begriffe des „rechten“ Lehens gehörte eine rechte Gewere (S. 25).

462) Womit aber keinesweges gesagt seyn soll, daß sie eine Art von Servituten sind. — Zwar wird dem, aus der Reallast entspringenden Rechte dieser Charakter immer nur vermöge einer Accomodation an den Begriff des dinglichen Rechtes zukommen (wie ihm auch der Charakter der rechten Gewere nur auf diese Weise zukam), aber in der That gehört dazu keine größere Abstraktion, als dazu erforderlich ist, Amtsgerechtsame, Regalien (Gerichtsbarekeit, Postregal) als Gegenstand eines dominium utile und somit einer Infeudation anzusehen. Vergl. d. folg. Note.

463) Diese Erscheinung wiederholt sich in der Geschichte der objektiven Lehnsfähigkeit. Es läßt sich, wie ich glaube, nachweisen, daß Objekte, die man in neuerer Zeit als selbständige Lehnsobjekte behandelt sieht, ehemals der Verbindung mit Immobilien bedurften, um infeudirt zu werden. Das merkwürdigste Beispiel liefert hier die Landeshoheit. Einige Fälle aus älterer Zeit, wo die Lehnbarekeit derselben nicht, wie bey den meisten Territorien, auf faktischem, sondern juristischem Wege, entstand, zeigen, daß es der damaligen Theorie Bedürfnis war, die Landeshoheit haftend auf einer bestimmten Stadt oder Burg des Territoriums zu denken. Vergl. Eichhorn, St. u. R. G. S. 300 Note h. Freilich führte das Bedürfnis, den Umfang der lehnsfähigen Objekte möglichst auszudehnen, schon sehr frühe dahin, Rechte der mannichfaltigsten Art, ohne das Substrat einer unbeweglichen Sache, als Gegenstand einer rechten LehnsGewere zu behandeln.

last entstehen sehen, wenn man von der Ansicht Eichhorns über die, mit Proprietätsrechten verbundene, Reallast ausgeht, sondern immer nur ein rein obligatorisches Recht, da letztere selbst, an und für sich nur diesen Charakter hatte. Daher ist es für diese Ansicht Bedürfniß, bey der neuern Reallast an die Stelle der weggefallenen Proprietätsrechte, andere Stützen zu suchen, die ihr die dingliche Wirksamkeit verschaffen. Diese Aufgabe hat Eichhorn auf eine scharfsinnige Weise bis auf einen gewissen Punkt gelöst, indem er sagt: Reallasten ohne Proprietätsrechte können bestehen 1) in Verbindung mit einem Subjektionsverhältnisse<sup>464)</sup> (jeder, der in das letztere tritt, ist in Folge dessen, obligirt, die Leistung abzutragen), 2) als Ueberbleibsel eines ehemals wirklich bestehenden, heutzutage untergegangenen Subjektionsverhältnisses<sup>465)</sup>, 3) als Wirkung eines Privilegiums, weil dieses, mit der Kraft eines Gesetzes ausgestattet, einem Forderungsrechte über die, dem Privat-Uebereinkommen gesetzten, Grenzen auch gegen Dritte Wirksamkeit beilegen kann<sup>466)</sup>. Aber der Punkt, auf welchem es sich, wie mich dünkt, zeigt, daß diese Ansicht sich nicht durchführen läßt, vielmehr mit unserm bestehenden Rechte in Widerspruch steht, erscheint bey denjenigen Reallasten, die, ohne unter eine der obigen Gattungen gestellt werden zu können, durch bloßen Vertrag entstehen, eine Gattung, deren Existenz Eichhorn selbst nicht läugnet<sup>467)</sup>. Um dieselbe mit seiner Ansicht einigermaßen zu vereinigen, stellt er sie als *Ausnahme* dar, welche dadurch begründet wird, daß Gesetz oder Gewohnheit der Privatwillkühr gestatten, gewisse Arten von Leistungen als Reallast zu bestellen. Schwerlich jedoch läßt sich aus irgend einem unserer Gesetze ein positiver Grund für die Beschränkung der Reallast auf bestimmte Arten von Prästationen hernehmen, am wenigsten aber kann, wie mich dünkt, der negative, den Eichhorn selbst anführt, von einiger Bedeutung seyn, daß nämlich der Regel, eine Servitut könne nicht im Thun bestehen, keine eigenthümliche Regel des deutschen Rechts entgegenstehe<sup>468)</sup>. Was nöthigt uns, die selbständige Reallast als eine Art der Servituten zu betrach-

464) Eichhorn, Einlett. §. 161, 1.

465) Eichhorn a. a. D. III, Note g.

466) Eichhorn a. a. D. Note h.

467) a. a. D. β).

468) a. a. D. Note s, t.

ten <sup>469)</sup> und sie den Grundsätzen, welche über die letztern gelten, zu unterwerfen? Verfällt Eichhorn bey jener Argumentation nicht in den Fehler derjenigen Juristen, welche die deutschen Institute unter die des römischen Rechtes, trotz dem Mangel einer wahren Analogie und Verwandtschaft subsumirten und ihnen die freie, selbständige Bewegung in ihrem eigenthümlichen Elemente, so viel wie möglich, beschränkten?

**§ 9. Ueber die Form des Erbvertrages.**

Es ist nöthwendig, so wie es bey dem Pfande geschehen ist, den Erbvertrag über Immobilien, über fahrende Habe und über ein ganzes, aus beyden zusammengesetztes Vermögen abgeschlossen zu betrachten.

Was die Form des Erbvertrages über Erbe und Eigen betrifft, so ist darüber kein Zweifel, daß er vor Gericht geschlossen werden mußte.

Sachs. Landr. II, 30: wer im erbe zusagt, nicht von sippe halten, sondern von gabe oder gelübes halben, das sol man halten vor unrecht, man müge dann gerichten, das das gelübe vor gericht ge-  
 statet sey. Vergl. Sachs. Landr. I, 26, 2.

Ob das Wort „Erbe“ in dieser Stelle Immobilien allein oder ein ganzes Vermögen bezeichne, können wir ohne Nachtheil zweifelhaft lassen, weil in Hinsicht der Form die Erbverträge über beyde Gegenstände übereinstimmen <sup>471)</sup>; gewiß aber ist es, daß es nicht auf fahrende Habe allein bezogen werden darf, weil der Sachsenspiegel einen Erbvertrag über jene schwerlich kannte <sup>472)</sup>. Darüber aber kann man allerdings in Zweifel seyn, ob hier bloß von einem gerichtlich geschlossenen

469) Vergl. Note 462.

470) Eine häufig vorkommende technische Bezeichnung ist „Geschäft.“ S. Haltaus S. 682, Schwab, Landr. 311, 275, 283. Gerken fragm. March. I, p. 122, 125. Ludewig reliq. msc. IV, p. 286. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. II, 322 folg. — Ueber den Namen „Testament“ s. unten.

471) S. §. 21.

472) S. §. 20.

Vertrage, oder von einer wahren gerichtlichen Auflassung die Rede sey. Allein läßt man sich nicht durch das Wort „Gelübde“ irre machen, welches anderwärts unzweifelhaft auch bey der Auflassung gebraucht wird<sup>473)</sup>, bemerkt dagegen, daß „stätigen“ gerade auf Gewere und Auflassung hinweist<sup>474)</sup>, und vergleicht endlich noch andere Stellen über den Erbvertrag, die noch klarer darauf hindeuten<sup>475)</sup>, so kann über die Form, die der Spiegler im Sinne hat, wohl kein Zweifel seyn. Hiezu kommt das Zeugniß von Urkunden<sup>476)</sup> und der Volksrechte<sup>477)</sup>, in denen wir bey Vergabungen auf den Fall des Todes dieselbe Form, wie bey Uebertragung des Eigenthumes angewandt sehen.

473) Schöffennurth. hinter d. Sächs. Landr. II, 2, 14: ob ein man umb schuld beklagt würde.. und der klegler spreche: ich bēger, das er nicht von dem dinge gehe; er habe mich denn bezalet.. so antwort denn der schuldiger: ich gelobe im mein eigen... ob jm der klegler müsse lassen genügen? hierauff sprechen wir für recht: .. wil er das eigen verpfenden... daran mus im der klegler genügen lassen.

474) Daß die Worte „ein Gelübde vor Gericht stetigen“ nicht etwa von einer bloßen Confirmation eines Vertrages durch den Richter, zu verstehen sind, ist ohnehin klar, da diese dem deutschen Rechte unbekannt war. „Stätigen“ ist vielmehr in der Regel so viel, als „geweren.“ Vergl. Haltaus u. d. W. stäten, S. 1733. Augsb. Stat. 247 (Waltz IV, 250 — 252): ist dafs ein burger dem andern aigen güt, der soll im das steten jar und tag. Hieran schließt sich der Gebrauch des Worts für „investire“ (Haltaus u. d. W. Stötung, stätigen a. a. D.). Demnach heißt „ein Gelübde stetigen“, s. v. a. „es durch gerichtliche Auflassung vollziehen.“ Vergl. Note 696, 847.

475) Die Schöffennurth. bey Böhme und das Culm. Recht bedienen sich bey dem Erbvertrage über Immobilien, oder ein ganzes Vermögen fast immer der Worte: gebit und vorreicht ein man dem andern erbe oder gut in gehegetem dinge (Böhme VI, 105, 2; Culm. Recht IV, 15, 20, 22, 26). Dieselbe Formel gebrauchen sie zur Bezeichnung der gerichtlichen Auflassung (Böhme a. a. D. 4, Culm. Recht IV, 16, 23, 25). Dagegen vermeiden sie das Wort „vorreichen“ bey Erbverträgen über fahrende Habe, weil bey ihnen keine ger. Auflassung vorkam (Böhme VI, 99, 2, 106, 2, Culm. Recht IV, 17, 29, 41 folg.). — Bemerkenswerth ist auch, daß bey Erbverträgen häufig des Friedewirkens gedacht wtrd. Magdeburg. Recht 22, 84 (Schott I, 59, 78). Weichbild 60.

476) Eichhorn, St. u. R. G. §. 455 Note g: ... seindt alle druwe in des andern gut gesetzt und gewert mit handt, helm und mundt, wie dies gerichts gewonheit ist.

477) Eichhorn a. a. D. §. 59 Note k.

Um die Wirkungen des Geschäfts, von dem die Rede ist, kennen zu lernen, fragen wir

1) zunächst nach der Natur des Rechtes, welches der vertragsmäßige Erbe durch dasselbe erhielt. Wenn man nicht von Neuem an ein rein obligatorisches Verhältniß, in welches er zum Erblasser trete, denken will, was schon hinlänglich durch die Form des Geschäfts widerlegt wird, so würde man, nach dem Zwecke desselben, geneigt seyn, sein Verhältniß lediglich als das des gesetzlichen Erben zu denken. Dennoch trifft dieses nicht zu, vielmehr behält die gerichtliche Auffassung auch in der Anwendung auf unser Geschäft ihre beständige Wirkung bey; sie überträgt auf den vertragsmäßigen Erben sofort die Gewere, so daß man die Ansicht<sup>478)</sup> fassen muß, der Uebergang der Gewere im Augenblicke des Todes, oder der unbefugten Veräußerung des Erblassers, auf welchem die eigenthümliche Stellung des gesetzlichen Erben beruhte, konnte auf keine Weise durch Privatwillkühr hervorgebracht werden; diese mußte sich eines Mittels bedienen, welches zwar vollständig die Vortheile jener gesetzlichen Bestimmungen gewährte, aber auch, seiner Natur nach, weiter führte, als der eigentliche Zweck des Geschäfts, einen Erben, statt des gesetzlichen zu wählen, mit sich brachte. Der Beweis dafür, daß der vertragsmäßige Erbe schon bey Lebzeiten des Besitzers ein selbständiges Recht an der Sache erwarb, nicht erst bey dessen Tode in sein Recht succedirte, liegt erstlich darin, daß er zu den Schulden des Verstorbenen nichts beitrug<sup>478a)</sup>, und zwar nach solchen Rechtsquellen, die den äl-

---

478) Eine Ansicht, die eben so auch aus dem ältern Rechte über Vergabungen von fahrender Habe hervorleuchtet, in späterer Zeit aber verlassen worden ist.

478a) Schöffenerth. (Böhme VI, 106, 2): gloubit ein man sinem wibe, oder sinen kindern odir frunden, oder fremden sines gutes noch sime tode zu thun und zu lassen, ist denn das gut benumet gelt oder ander varnde habe, das sullen se nemen nach des inannes tode, was der man nach desir giffit überig lefst, das sullen sine erben nemen und des mannes schulde gelden. ist aber der schult me, wenne des erbis oder (an?) der varnden habe, so sullin die, den das benannte gelt oder varnde habe gegeben was, vor ire giffite das gelden (§. 20); ist aber den vorgenannten benumet eigen gegeben zu thun und zu lassen, dovon en durffen se nicht des mannes schulden gelden. (Vergl. Culm. Recht IV, 17). — Ebendas. 148, 6: vordienet ion und redeliche schuld sol man von eynis mannis gute czuvore gelden vor der mor-

tern Grundsatz, demzufolge auch der gesetzliche Erbe nur mit der fahrenden Habe haftete, bereits gegen den neuern Verkauf hatten, nach welchem auch Immobilien zur Tilgung der Schulden verwandt werden mußten<sup>479)</sup>. Zweitens fehlt es auch nicht an Stellen, welche ausdrücklich dem vertragsmäßigen Erben vom Augenblicke des Geschäfts an eine Gewere zuschreiben. Hieher gehören ein Landshuter Statut<sup>480)</sup> und das Baiersche Landrecht, welches der Frau

gengabe, ap dy frawe an dem gereyten gute begobit ist (es ist hier von der „gelobten“, nicht sofort tradirten Morgengabe die Rede, vergl. §. 20), aber ist ir morgengabe an stand erbe begobet, so sol dy frawe dy morgengabe behalden. — Zwar könnte dieser Beweis allein noch für die Ansicht Raum lassen, daß die Gewere des vertragsmäßigen Erben erst bey dem Tode des Gebers entstehe, dann aber zurücktritt werde (wonaß denn das Recht des letztern als dominium revocabile erscheinen würde). Für wen diese Ansicht einige Wahrscheinlichkeit hat, den verweise ich auf die im Texte folgenden Beweise der meinigen.

479) Schöffnurth. a. a. D. 98, 6: alleine das man erbegut an erben gelob nicht vorgebin mag, doch stirbt einer und lest stende eigen und andirs kein gut, wer sich des erbes unterwindit, also ein erbenname, der mus des toten redeliche schult geldin. (Vergl. Culm. Recht IV, 91). — Ebendas. 132, 1: durch der frauen morgengabe willen, dy ir ir man an seyme farenden gute gegeben hatte, darf der kinder vormund der kinder stand eigen nicht vorkeufen, ist aber der kinder vater andir redeliche schult schuldig bleibin, darumme mag her der kinder erbe vorkeufen und gelden.

480) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. II, 322 u. folg.: item ist auch zu merken, daß weder man, noch frau, noch niemand den andern an dem todbett nicht en erben (d. h. nicht „enterben“, sondern zum Erben machen, wie in der Parömie „der Todte erbt den Lebendigen.“ Vergl. über das Verbot des „Geschäfts“ auf dem Sterbette unten, §. 20, a. N.) sol noch mag weder mit geschäft, noch mit andern sachen, er hab in denn desselben gutes in rechte nuz und gewer gesetzt, dann (außer) daß er (der Geber) es dennoch sein lebtag inne haben, uuzen und niefsen mag. — Vergl. auch Schwäb. Landr. 311, Bair. Landr. bey Heumann 84 (a. E. dieses §.). — Mehr, als dieses, mögen auch wohl die bey Eichhorn (St. u. R. G. §. 455 Note h) citirten Contractformeln nicht sagen wollen, nach welchen der Vergabende sein Gut dem Empfänger „auflebt und ihn darin setzt und sich daraus“ Worte, die höchst wahrscheinlich nicht von Einräumung des Besizes, sondern nur von Uebertragung der juristischen Gewere zu verstehen sind; gerade so, wie die Worte „ausweldigen, einweldigen“ diesen Sinn haben (vergl. Note 347). Leider ist die Schrift

an ihrer Morgengabe, bey dem Leben des Mannes, eine Gewere giebt<sup>481</sup>). Die Morgengabe des Bair. Landrechts kommt mit dem Leibgeding des Sachsenspiegels darin überein, daß sie in Immobilien besteht<sup>482</sup>), und Besitz und Genuß der Frau erst nach dem Tode des Mannes beginnt (Note 481), unterscheidet sich aber von jenem darin, daß sie nicht bloß zu lebenslänglichem, sondern zu erblichem Rechte bestellt wird<sup>483</sup>), sie bietet daher ein Beyspiel des Erbvertrages über Immobilien dar.

2) Was für ein Recht behielt der Erblasser an der Sache während seines Lebens<sup>484</sup>)? Zwey<sup>484a</sup>) Ansichten sind hier denkbar: entweder könnte man sein Recht als einen bloß vorbehaltenen Nießbrauch (Gewere zu Leibzucht) ansehen, neben welchem das Recht des Erben, als Gewere zu Eigenthum stehe; oder man könnte sich denken, daß die Rechte beyder Personen in ein Gesamteigenthum, sie selbst folglich in eine moralische Person zusammenfließen<sup>485</sup>). Die erstere

---

von Kopp (spec. de testamentis Germ.), aus welcher Eichhorn die obige Formel hergenommen hat, dem Verf. nicht zugänglich gewesen.

481) Bair. Landr. (Heumann opusc. p. 87, 9): es soll ein yeglich frau die hemorgengabt wirt, alle die gewer haben, die ir wirt gehabt hat an der morgengab, an das der wirt der nutz gewaltig sol sein.

482) Bair. Landr. a. a. D. 7: ist das ein man ein gut kauft, da ein frau ir morgengab auf hat und in es die frau lät kaufen und das verswig jar und tag, .. si hat furbas nicht recht dazu. — 8: hemorgengabt ein erber man sein hausfrau auf einem gut, das lehn ist. 88, 1: wenn ein frau ir morgengab nach ires mannes tode sitzet in rechter nutz und gewer jar und tag an recht ansprach, es sey aign oder lehn. 149, 20 (vergl. 86, 2). — Daß Morgengabe häufig für Leibgeding gebraucht wird, s. Hofmanns Eherecht. 63 folg. Dreyer Nebenst. 370. 483, Bair. Landr. 88, 3: es mag ein yeglich frau an iren letzten zeiten ir morgengab schaffen ainem irer freunt oder durch got, oder was sie damit schafft oder tut, da sol si weder wirt noch kinder noch freunt nyman an irren noch krenken noch hindern.

484) Es ist hier nur die Rede von solchen Erbverträgen, nach welchen der vertragmäßige Erbe dem jetzigen Besitzer unmittelbar, nicht erst nach Abgang seiner gesetzlichen Erben, folgen soll.

484 a) Eine dritte Ansicht, wönach sein Recht als ein dominium revocabile ex tunc angesehen wird, scheint mir durch das Vorhergehende vollständig widerlegt.

485) Die Ansicht Eichhorns (Einleitung s. 167 Note h.).

Ansicht scheint mir aus folgenden Gründen den Vorzug zu verdienen <sup>485 b</sup>).

a) Wenn auch fast alle einzelnen Erscheinungen bey dem Erbvertrage, die Entstehung durch gerichtliche Auflassung, die Gewere des vertragsmäßigen Erben bey Lebzeiten des Gebers, das beschränkte Veräußerungsrecht des letzteren <sup>486</sup>) sich eben so gut mit der zweiten, als mit der ersten Ansicht, vereinigen lassen, so erhält doch die Wirkung des Erbvertrages, daß der durch ihn berufene Erbe unmittelbarer Nachfolger des Besitzers, mit Ausschluß der gesetzlichen Successoren, ist, nur aus der ersten Ansicht ihre befriedigende Erklärung. In allen Fällen des Gesamteigenthumes, sofern der Eintritt in dasselbe nicht eine besondere Qualification der Person voraussetzt <sup>487</sup>), oder sofern es nicht selbst bey dem Tode eines Theilnehmers erbscht <sup>488</sup>), treten die Erben des verstorbenen

485 b) Dadurch, daß man auf dieser Seite den Umfang der Fälle, in denen das ältere Recht das Gesamteigenthum kennt, beschränkt, kommt, wie ich glaube, ein ungleich befriedigenderer Zusammenhang in dieses Institut selbst, als wenn man jene durch die Erbverträge vermehrt. Von allen Fällen des Gesamteigenthumes ist derjenige, in welchem es sich für die Zeit des Mittelalters am klarsten ausspricht, die gesammte Hand im Lehenrecht. Aber von den Formen, in welchen diese in späterer Zeit vorkommt, nämlich derjenigen, wo alle Theilnehmer gemeinschaftlich und der, wo nur einer im Besitze und Genuße ist, kennt das Sächs. Lehenrecht offenbar nur die erste; zur zweiten, verfeinerten, Form hatte es sich noch nicht erhoben. Eine Belehnung (Investitur), welche die Kinder bey des Vaters Leben erhalten, hat, wenn sie nicht mit ihm in gemeinschaftlichem Besitze sich befinden, nur die Kraft eines „der Folge darbedenden“ Bedinges (vergl. Note 71). Aber gerade die zweite Form der gesammten Hand müßte man als ein von jeher bekanntes Institut ansehen, wenn der Erbvertrag nach der zweiten, im Texte angegebenen Ansicht beurtheilt werden sollte. Allerdings aber erhob man sich bald zur Idee des Gesamteigenthumes in jener zweiten Form, wie sich aus spätern Lehnrechtsquellen (Rigisch. Ritterr. 5), aus Urkunden (Schiller c. j. f. alem. p. 338, Gerken c. dipl. Brandenb I, 121) und selbst aus den schon im 13ten Jahrh. (Eichhorn St. u. R. G. §. 374 Note d) vorkommenden Erbverbrüderungen (s. weiter unten) ergibt.

486) S. a. E. dieses §.

487) Wie bey dem Gesamteigenthume, welches Vermögen einer Corporation ist, wo denn über den Eintritt nicht die Grundsätze über die Erbfolge, sondern die Aufnahme in die Corporation entscheidet.

488) Dieses tritt, nach P a s s e 's Ansicht (Revision d. Theorie v. d. chel. Gütergemeinsch. §. 38 u. folg.) bey dem Gesamteigenthume

Gesamteigenthümers in seine Stelle; so bey der gesammten Hand im Lehnrechte, so auch bey den Ganerbschaften. Eben daher muß zwar, wie ich glaube, bey solchen Erbverträgen, bey welchen die Absicht war, daß der vertragsmäßige Erbe und seine Familie erst nach Abgang der gesetzlichen Erben des Besitzers folgen sollte, wie z. B. bey Erbverbrüderungen, das Verhältniß der Contrahenten allerdings als ein wahres Gesamteigenthum angesehen werden, nicht aber bey solchen, wo der vertragsmäßige Erbe die gesetzlichen des Gebers ausschließen sollte.

b) Ein ausdrückliches Zeugniß, daß die Gewere des vertragsmäßigen Erben eben die Gewere zu Eigenthum war, die der Geber bisher hatte, die des letztern nur ein Nutzungsrecht enthielt, liefert das Baiersche Landr. in einer, schon oben (Note 481) angeführten, Stelle. Wenn sich dagegen Stellen finden<sup>489)</sup>, in denen das Verhältniß von Eheleuten, die einen gegenseitigen Erbvertrag über ihr Vermögen geschlossen haben, ausdrücklich mit dem Namen der gesammten Hand bezeichnet wird, so glaube ich, daß dieses nicht sowohl die innere Natur, als die äußere Erscheinung und das praktische Resultat, ausspricht, welches bey einem solchen Erbvertrage mit dem, was bey dem Gesamteigenthum, seiner innern Natur nach, eintritt, in sofern übereinstimmt, als auch dort die Unterscheidung der ursprünglichen Vermögens-Bestandtheile niemals mehr von Interesse ist<sup>490)</sup>.

c) Eine nicht unbedeutende Zugabe zu den obigen Gründen für die hier vertheidigte Ansicht liefert die Vergleichung

ein, welches in der Gütergemeinschaft der Eheleute liegt. Hier ist nach dem Tode des einen die moralische Person aufgelöst und es entsteht die Frage, wer derselben succediren solle, eine Frage, die, weil sie von den Principien über die Erbfolge in das Vermögen eines Individuums unabhängig ist, sowohl zu Gunsten, als zum Nachtheile der Erben des Verstorbenen von den Gesetzen beantwortet werden kann.

489) S. z. B. Eichhorn, St. u. R. G. §. 451 Note e.

490) Wie in der, von Eichhorn (a. a. D. §. 455 Note g) angeführten Urkunde (C, L und E han sich alle druwe geerbt [Note 480], ir eins das andere, welches unter enne abgebet, sollen die andern dasselbige gut erben.. und seindt alle druwe, ye eins in des andern gudt gesetzt und gewert mit hand, halm und mundt) die Idee eines Gesamteigenthumes besonders deutlich ausgesprochen seyn soll, sehe ich nicht ab.

des Erbvertrages mit einem Geschäfte, welches namentlich zu den Zeiten der fränkischen Monarchie eine sehr bedeutende Rolle in dem Verkehr spielte, ich meine das Geschäft, wo jemand das Eigenthum seines Grundstückes der Kirche oder einem weltlichen Herrn übergab und es als *precarium* (*precaria*) zu lebenslänglicher Nutzung behielt<sup>491)</sup>. Beyde Geschäfte, der Erbvertrag und diese *precaria oblata* (wie wir sie nach Analogie des *feudum oblatum*, im Gegensatze einer *precaria data*<sup>492)</sup> nennen können) kommen in ihren äußern Merkmalen auf das Genaueste überein; denn auch die Verpflichtung, einen Zins, als Bekenngeld<sup>493)</sup> zu zahlen, die den Precaristen oblag, kommt bey dem Erbvertrage vor<sup>494)</sup>. Noch mehr! daß wenigstens bisweilen die Absicht des Veräußerers bey der *precaria oblata* keine andere war, als die, welche dem Erbvertrage meistens zum Grunde liegen mochte, nämlich, statt des gesetzlichen Erben, den die Natur versagt hatte, sich einen Nachfolger zu wählen, spricht sich darin aus, daß der Precarist bisweilen die Bedingung machte, das Geschäft rückgängig machen zu dürfen, wenn ihm Kinder geboren werden würden<sup>495)</sup>. Was die Gleichstellung der *precaria oblata* mit dem Erbvertrage noch mehr rechtfertigt, ist, daß die Gewere des Besitzers nicht in das Gebiet des Lehnrechts<sup>496)</sup> gehörte, sondern daß er sie nach dem Ausdruck eines Capitulars des 9ten Jahrhunderts *secundum legem*, d. h. nach Volksrecht, hatte, und daß sie erst in der Hand seines Erben, dem der Eigenthümer das Gut ließ, zu einer Gewere nach Lehnrecht wurde, d. h. zu einer solchen, die, nach dem Rechte des 9ten Jahrhunderts, noch lediglich auf der Gnade des Herrn beruhete<sup>497)</sup>. Da hienach die Gewere des Precaristen

491) Baluzius, Capitul. II, p. 457, 1404. — Schannat, trad. Fuld. 34 et al. — Möser, Osnabrück. Gesch. Th. II. Abschn. 2 §. 22, 25. — Marculfi form. II, 5. — Urkunden bey Falkenstein cod. dipl. antiq. Nordgav. 105, 119 nennen es „Leibgeding.“

492) Capit. II. a. 743, c. 2. — Böhmer J. E. P. III. tit. 20. p. 826.

493) Möser a. a. D. §. 22 Note a. — Schannat a. a. D. 453. — Vergl. Note 408.

494) S. obief. §. a. G.

495) Baluz. II. p. 1474.

496) S. §. 25.

497) Capit. IV. a. 819. c. 4: *si quis terram censalem habuerit, quam antecessores sui vel ad aliquam ecclesiam, vel ad villam*

neben der Eigenthumsgewere des Herrn in demselben Rechtsgebiete lag, so wurde jener nicht als eigentlicher Hinterlasse angesehen, sein Gut lag nicht eigentlich in den Grenzen der herrschaftlichen Immunität, sondern Person und Gut wurden noch in eben dem unmittelbaren Verhältniß zum Staate gedacht, wie jeder Besitzer nach Volksrecht. Hievon zwey merkwürdige Belege. Wenn Jemanden wegen eines Verbrechens sein Vermögen vertheilt wurde, so fiel das Gut, was er zu Lehnrecht besaß, nicht, wie sein Eigen an den Staat, sondern an seinen Gutsherrn<sup>498</sup>). Dagegen fiel in demselben Falle eine *precaria oblata* an den Fiskus<sup>499</sup>). Einen zweiten Beweis liefern die Gesetze Lothars I. für die Longobarden Art. 22, 23 (Georgisch. c. j. germ. antiq. p. 1220):

placuit nobis, ut liberi homines, qui non propter paupertatem, sed ob vitandam reipublicae utilitatem, fraudulentem ac ingeniose res suas ecclesiis delegant, denuo sub censu utendas recipiunt, ut quousque res ipsas possident et hostes et reliquas publicas functiones faciant. quod si jussa facere neglexerint, licentiam eos distringendi comitibus permittimus per ipsas res, non resistente immunitate... 23) volumus ut similis mensura in laicali ordine de hac re servetur, videlicet, ut si quis alterius proprietatem, qui hostem facere possit, emerit, aut quovis modo ad eam pervenerit, eique ad utendam eam dimiserit, si negligens in hoste fuerit, per ipsas res a comite distringatur.

---

nostram dederunt, nullatenus eam secundum legem tenere potest, nisi ille voluerit, ad cujus potestatem vel illa ecclesia vel illa villa pertinet. Vergl. Zeitsch. f. gesch. Rechtsw. I. 163 folg. — Eichhorn's St. u. R. G. §. 201.

498) Sächf. Landr. I, 38: die jar und tag in des reichs acht sind, denen verteilt man eigen und lehn, das lehn verteilt man dem herrn ledig, das eigen der königlichen gewalt. — Vergl. Capit. I. a. 819. c. 11: *cujuscunque hominis proprietas ob crimen aliquod commissum in bannum fuerit missa, et ille, ne justitiam faciat, venire distulerit, annumque et diem in eo banno illam esse permiserit, ulterius eam non adquirat, sed ipsa fisco nostro societur.*

499) Baluz. II, 1500 (a. 877): *Karl der Kahle verleiht ein Gut, welches Jemand einer Kirche aufgetragen und als precaria wieder empfangen hatte, was aber post haec ob illius negligentiam in fiscum nostrum decidit et in jus ac dominationem nostram legaliter devenit, der Kirche von neuem.*

Der Sinn dieser Verordnung ist, wie mir scheint, der, daß der Precarist die Vortheile der Immunität dessen, dem er sein Gut aufgetragen hatte, nicht genießen sollte, welche theils immer darin bestanden, daß der Graf den Hintersassen nicht unmittelbar, sondern durch den Immunitätsherrn, als Mitsperson, zu seinen Verpflichtungen anhalten durfte<sup>500</sup>), theils außerdem, nach den besondern Privilegien einzelner Stifter, darin, daß sie eine wirkliche Befreiung von den öffentlichen Lasten, namentlich des Heerbanns, genossen<sup>501</sup>). Der Einwurf, den man machen könnte, daß die hier vorgeschriebene strenge Behandlung der Precaristen nicht auf die Natur der precaria oblata, sondern auf die verwerflichen Beweggründe (fraudulenter ac ingeniose) des Differenten sich gründete, und eben daher bey untadeligen Motiven (per necessitatem et paupertatem) wegfiel, wird widerlegt, eines theils durch das zweite der obigen Kapitel, was im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf die Motive, das Verhältniß der precaria oblata feststellt und dennoch durch die Worte *similis mensura* andeutet, daß die Principien beyder Kapitel dieselben seyen, anderentheils dadurch, daß sich die Wichtigkeit, welche das erstere auf die verschiedenen Motive des Precaristen zu legen scheint, so erklärt: derjenige, welcher lediglich dasselbe Gut, was er bisher als Eigenthum hatte, nunmehr als precaria zurückerhielt, konnte unmöglich die Absicht haben, durch

500) Caroli M. leges 100 (Georgisch. p. 1158): *ut libellarii (freie Hintersassen, vergl. Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. I. 197. Note 68), qui non per fraudem, neque per malum ingenium de publico servitio se subtrahentes, sed per solam necessitatem et paupertatem terram ecclesiasticam colunt, non a comite, vel aliquo ministro illius, ad ullam angariam seu servitium publicum cogantur, sed quidquid ab eis juste agendum est, a domino vel patrono suo ordinandum est..... ceteri vero homines, liberi, qui vel commendationem vel beneficium ecclesiasticum habent, sicut reliqui homines justitiam faciant. Ceteri* begreift, als Gegensatz der im Anfange der Stelle Bezeichneten entweder diejenigen, qui non per solam necessitatem et paupertatem terram ecclesiasticam colunt, und dann sprechen die letzten Worte lediglich den Grundsatz der im Texte angeführten Stellen aus, oder, wie Eichhorn will (Zeitschr. a. a. D.), diejenigen, welche neben dem herrschaftlichen Grundstücke, Acker besaßen. — Vergl. überhaupt über die Stellung des Immunitätsherrn, als Vermittler zwischen dem Staate und seinen freien Hintersassen, Zeitschr. 194 folg.

501) Möfers Denabrück. Gesch. I, 342. Rindlingers Münster. Beitr. III, 26 Note d. Zeitschr. a. a. D. 194. Note 62.

die Oblation seine zerrütteten Vermögensumstände zu verbessern, er konnte nicht propter paupertatem sein Gut der Kirche aufgetragen haben. Wer diesen Beweggrund hatte, mußte nothwendig beabsichtigen, daß ihm die Kirche für sein offerirtes kleines Erbe, das ihn nicht ernährte, ein anderes, von größerm Umfange, als precaria geben sollte, wozu sie sich nicht selten verstand<sup>502</sup>). In diesem Falle aber war seine precaria keine precaria oblata, sondern data und stand in eben dem Verhältnisse wie alle Besitzrechte wahrer Hintersassen, lag in dem Gebiete der Immunität.

In der bisherigen Darstellung ist eine bekannte, ausführliche, Stelle über den Erbvertrag absichtlich übergangen worden, deren Vereinigung mit der obigen Theorie nicht ohne Schwierigkeit ist. Sie findet sich im Schwab. Landrecht (Art. 311)<sup>503</sup>), wie folgt:

§. 1. ist das eyn man eynem freunde gut schaffen wil nach seinem tode, wil er im das sicher machen, 1) er sol im geschrift darüber gehen, eyn handtfeste und daran eyn insigel eynes bischofs, oder eynes leyenfürsten, oder eines klostere, oder einer stat .. oder 2) er sol für seinen richter oder für seinen herrn faren und sol die zu gezeuge nemen und andre, dy do bey seind. §. 2. wil aber er im es stät machen, so secz er im 3) einen zins darauf, damit hat er die gewer daran und mag das gut nit verlieren. — §. 3. hat er aber erben, die versprechen es oder sy mügen sich verseumen. — §. 4. und ist das den man eehaft not angeet, der dise gabe hat getan, der soll sein gut angreifen. — §. 8. die gabe heisset stät, die mit dem herrn, oder vor dem richter geschicht, die gab heisset auch stät, die mit briefen geschicht, die gab ist aber allerstätet, die mit der gewer geschicht.

502) Capit. Caroli Calvi tit. VII. c. 22 (Baluz. II, 32). Böhmer J. E. P. lib. III. tit. 20. p. 826. Buri Abh. v. Bauergrütern 514 folg.

503) Zur Vergleichung dient Bair. Landr. (bey Heumann opusc. 84): wer einem ein gut machen wil, der sol den in nutz und in gewer setzen pey seinem lebentigen leib und sol er ettlich gült järlichen einnehmen, dieweil er lebt, der im das gut gemacht hat, oder er sol im brief darumb geben. ist es lehn, so sol er ims mit des herrn hant vertigen.

Daß der Verfasser sich als Objekt des „Geschäfts“ unbewegliche Sachen denkt, zeigt der §. 2, in welchem dem Bedachten eine Gewere ohne faktischen Besitz zugeschrieben wird, deren Entstehung durch Veräußerung bey fahrender Habe unmöglich war. Dieses aber vorausgesetzt, zeigen sich Schwierigkeiten in Betreff der drei Formen des Geschäfts, unter welchen unsre Stelle dem Geber die Wahl läßt. Daß die eine, welche in §. 2 durch die Bestellung einer Realrente charakterisirt wird, die gerichtliche Auflassung ist, läßt sich kaum bezweifeln, da nicht allein jene Rente auf keinem andern Wege entstehen, sondern auch die in dem unmittelbar darauf folgenden §. erwähnte Verjährung des Einspruchsrechtes der Erben nur Folge jener Form seyn konnte. Eben so läßt sich in der zweiten, durch die Endworte des §. 1 bezeichneten, ohne Zwang eine gerichtliche Auflassung erkennen, die, je nachdem das Gut Allod, oder Lehen war, vor dem Gericht des Landrichters, oder des Lehnsherrn geschehen mußte. Daß nur der ersten Form die Wirkung einer auf den Bedachten übergehenden Gewere ausdrücklich beigelegt wird, während sie nach unsrer Interpretation auch der zweiten zukäme, scheint mir kein unüberleglicher Gegenbeweis. Denn, wenn man die Sicherheit, welche dem vertragsmäßigen Erben gegen den Einspruch des gesetzlichen verschafft werden sollte, als den Gesichtspunkt aufsaßt, nach welchem der Verfasser die verschiedenen Formen würdigt, so war in dieser Beziehung die Lage des Bedachten, der sich eine Rente stipulirte, sehr ausgezeichnet, indem diese ihm nicht bloß einen sichern und leichten Beweis seiner Gewere verschaffte, sondern letztere auch nach Jahr und Tag zur rechten Gewere machte<sup>504</sup>). Dagegen leistete in jener Beziehung die Gewere, welche aus der zweiten Form entsprang, dem vertragsmäßigen Erben gar keine Sicherheit<sup>505</sup>), konnte daher gänzlich ignorirt werden. Die größte Schwierigkeit<sup>506</sup>)

504) Vergl. Note 245. — Es ist sogar nicht unwahrscheinlich, daß „Gewere“ im §. 2 unserer Stelle, nach einem nicht ungewöhnlichen Sprachgebrauche (vergl. Note 260), für „rechte Gewere“ gesagt ist, indem der Verfasser den Ablauf von Jahr und Tag stillschweigend hinzudachte.

505) Vergl. d. Bair. Landr. (Note 245).

506) Denn so wie die Worte des in Note 503 citirten Bair. Landrechts: „oder er sol im brief darumb geben“ welche offenbar von einer, zur gerichtlichen Auflassung (der sol den in nutz und gewer setzen) hinzukommenden Urkunde sprechen, läßt sich unsre Stelle nicht erklären.

liegt in der dritten Form (§. 1 a. A.), die offenbar lediglich in der Abfassung einer öffentlichen Urkunde besteht. Jeder Versuch dieses mit der obigen Theorie von der Form des Erbvertrages zu vereinigen, scheint mir unbefriedigend und ich bin geneigt, darin in der That etwas Neues zu erkennen, nämlich dieselbe Ansicht, die auch in andern Rechtsquellen vorkommt, daß man über gewonnenes Gut, auch ohne Auflassung, bloß durch einen unter publica fides abgeschlossenen Vertrag ein „Geschäft“ errichten könne<sup>507</sup>).

Viel unerheblicher ist der Zweifel, der aus dem, in unserer Stelle (§. 4)<sup>508</sup>) anerkannten, Veräußerungsrechte des Gebers im Fall echter Noth gegen die oben vertheidigte Ansicht von der Bedeutung seines Rechtes hergenommen werden könnte. Allerdings liegt darin eine Abweichung von der Natur des Nießbrauchs<sup>509</sup>), allein, um es zu erklären, bedarf es gewiß nicht der Annahme, daß das Verhältniß der Contractanten, trotz den oben gegebenen Beweisen, doch ein anderes, als das von uns entwickelte sey, vielmehr erscheint hier lediglich die Billigkeit, d. h. das, was dem Zwecke des Geschäfts (Substituierung eines vertragsmäßigen Erben an die Stelle des gesetzlichen)<sup>510</sup>) gemäß ist, als Siegerinn über das strenge Recht: der vertragsmäßige Erbe würde sich eines dolus schuldig gemacht haben, wenn er nicht im Falle der gefährdeten Subsistenz des Gebers, sein Recht dem Bedürfnisse des letztern untergeordnet hätte.

---

507) S. Note 535.

508) Zur Vergleichung dient hier das, in Note 480 citirte, Landshuter Statut, welches nach den dort angef. Worten: „dass ers dennoch sein leibtag inne haben, nützen und niessen mag“ so fortfährt: auch das verkaufen und versetzen, ob ihn noth ansties.

509) Die Frau durfte gewiß ihre Leibzucht unter keiner Bedingung verkaufen. Sächf. Landr. I, 32: lesst sie ihr leibzucht aus jren geweren, sie hat sie verloren.

510) Der sich bekanntlich eine Veräußerung aus echter Noth gefallen lassen mußte.

## Erbbvertrag über fahrende Habe.

Wenn man danach sucht, was die Quellen über die Wirkung eines Geschäfts enthalten, bey dem es darauf abgesehen ist, daß der Besitz von Mobilien erst nach dem Tode des Disponirenden auf Jemanden, der nicht durch das Gesetz berufen ist, übergehen soll, so entdeckt man bald zwey sehr verschiedene Ansichten, von denen die eine, abgesehen von dem höhern Alter der Quellen, in denen sie vorkommt, unverkennbar das Gepräge des ältern, strengern, Rechts an sich trägt, die andre dagegen als die neuere und mildere erscheint.

I. Nach der ersten ist jede Zusage von fahrender Habe, welcher nicht schon bey Lebzeiten des Gebers die Tradition folgt, durchaus ohne Wirkung<sup>511</sup>). Eben dieses sagt die französische Parodie, welche Mittermaier (D. Privatr. §. 401) anführt: *donner et retenir ne vaut*. Ja noch mehr! selbst eine mit der Tradition verbundene Vergabung war dem Eigenthümer nicht bis zum letzten Augenblick seines Lebens gestattet, sondern, geschah sie im Siechbette<sup>512</sup>), oder überhaupt bey Man-

511) Goßl. Stat. 487. 57: *vörgift en wat, offte he storve, dat men dat dar denne antworde, dewile he leve, so wille he des gewellich sin, dat ne ys neyn gave. Goßl. Rechtspr. II. (Brunß Beitr. 183): de vruwe mach oren kindern geven von orem reden gude.. also icht se dat under sek behelde und meynde, wen se sterve, dat se es dan dem kinde bat gonde, wenne dem andern, das en mach nicht sin, wer dat en were neyn gave, wen se des weldich wesen wolde, dewile se levede. — Jura Tremonen. (Dreyer, Nebenst. 421): *si etiam bene sanus est (Note 512) Torpe (bona immobilia) non potest vendere vel alienare hereditatem suam sine consensu heredum, nec dare paratos denarios aut promittere, nisi illos in momento det de manu sua et se ab illis amplius excludat. — Zuf. zu d. Erfurt, Stat. (Walch II. 21): wer da gut vergebit und nemet daz nicht jener, dem man iz gibit, in sine gewere, vindit man dasselbe gut in dez gewere, der daz vergebin hat, so en hat daz geben ni kein kraft. — Salsfeld. Stat. 36 (Walch I, 23): daz nymant mac sine varnde habe vergehen, he uzere sich iz denne von stad an. — Kaiserrecht II, 36.**

512) Jura Tremonen. a. a. D.: *si aliquis aegrotat ad mortem, quod teutonice yn syner vorsoght dicitur, nihil potest dare vel alicui assignare, in bonis mobilibus. Hierauf folgen die in der vorhergeh. Note angef. Worte.*

gel eines gewissen Grades von physischer Kraft <sup>513</sup>), so war sie gleichfalls ungütig <sup>514</sup>), ein Grundsatz, welcher in einzelnen Rechten nur durch unbedeutende Modifikationen gemildert wurde <sup>515</sup>).

Halten wir diese ältere Ansicht und die oben (§. 19) entwickelte Theorie des Erbvertrages über Immobilien zusammen, so ergibt sich: das ältere deutsche Recht gestattete zu dem Zwecke, die gesetzliche Erbfolge zu Gunsten eines Fremden aufzuheben, nur solche Geschäfte, welche unwiderruflich von Seiten des Disponirenden sind, und die Gewere bey Lebzeiten desselben auf den Bedachten übertragen; jede testamentarische Verfügung, die ihrer Natur nach, weder die eine noch die andre dieser Bedingungen erfüllt, mußte daher aus seinem Gebiet verbannt seyn <sup>516</sup>). Welche Ansicht aber mochte es seyn, die dem deutschen Rechte diese Richtung gab? Offenbar die, welche das Sächs. Lehnrecht an einer Stelle dazu benutzt, um die Ungültigkeit eines Geschäfts, welches eine römische *mortis causa donatio* seyn würde (l. I, 29 de m. c. donat.) zu motiviren, indem es sich also ausdrückt: wer sein Gut einem andern zuwendet, ohne es selbst bey seinem Leben auf immer entbehren zu wollen, ist so anzusehen, als wenn er nicht über sein, sondern seines gesetzlichen Erben oder sonstigen Nachfolgers Gut disponire <sup>517</sup>). Zwar könnte man glauben,

513) Sächs. Landr. I, 52: alle farende habe gibt der man on laub der erben, allein das er sich vermüge, das er begürt mit einem schwert und mit einem schilt auf ein ros kommen müg von einem stein, einer daumellen hoch, also das man im das ros und den stegreiff halte. — Schwäb. Landr. 384. — Stat. Uzienza (Pufendorf I. app. p. 240): si quis in lecto aegritudinis constitutus, habens vires se erigendi et per se marcam argenti liberandi, bona sua acquisita conferendi habet facultatem. — Vergl. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. II, 69, 70.

514) Uebrigens galt dasselbe in Betreff der „Geschäfte“ über Immobilien. Jura Tremon. a. a. D.: si aliquis aegrotat.. nihil potest dare.. sive in bonis mobilibus, vel immobilibus — v. aut. de benef. I. §. 80.

515) S. 3. B. Zeitschr. a. a. D.: im siechbette (mag ein bürger geben), was er über das bettbrett hinweg reichen mag.

516) Einer der bekanntesten Sätze des ältern deutschen Rechts. Mittermayer d. Privatr. §. 407.

517) Sächs. Lehnr. 62: vluchtsal heisset, swaz der man leihet an zwivel sinnes libes, binnen suche, oder ob erz land rumen wil und ob her geneset, oder widerkumt, daz her daz gut wider

daß bey dem Erbvertrage über Immobilien dieser Ansicht kein Genüge geschehe, da, trotz dem Uebergange der Gewere auf den vertragsmäßigen Erben, der Genuß der Sache dem Geber ungekürzt blieb. Allein man erinnere sich, daß, so lange der Geber im ungeschmälerten Genuße war, die Vergabung für den Erben gerade so ungünstig war, wie die der fahrenden Habe, da die rechte Gewere des Erwerbers, welche allein den Erben binden konnte, erst von dem Augenblicke zu entstehen anfang, wo der Geber sich des Genusses, ganz oder zum Theil, entäußerte (Note 244, 45). Was dem Erbvertrage über Erbe und Eigen gleich anfangs Gültigkeit verschaffen konnte, nämlich die Einwilligung des nächsten Erben, das hatte dieselbe Wirkung auch bey der Vergabung von fahrender Habe ohne sofortige Tradition <sup>518</sup>).

Eine besondere Aufmerksamkeit verdient die oben erwähnte Beschränkung der Vergabungs-Befugniß auf die Zeit ungeschwächter physischer Kraft. Hinlänglich motivirt könnte diese Bestimmung dadurch scheinen, daß man sie als Folge einer Ausdehnung des Grundsatzes betrachtet, niemand dürfe einem Fremden eine Sache zuweisen, wenn er sie nicht selbst bey seinem Leben entbehren wolle, da von demjenigen, welcher, dem Tode nahe, sein Gut weggiebt, wohl gesagt werden konnte, er gebe, ohne seinem eigenen Vortheile ein Opfer zu bringen. Dennoch scheint mir der Grund jener Bestimmung tiefer zu liegen. Während ein geistigeres Recht das eigentliche Leben des Menschen in die ungestörte Geisteskraft und Willensfähigkeit setzte, nimmt ein, mehr an dem Sinnlichen hängendes, Recht zugleich die ungeschwächte physische Kraft zum Maasstabe des Lebens. So weit diese noch bey dem, welcher dem Tode nahe ist, reicht, gilt er als Lebender; daher die merkwürdige Bestimmung, der Sieche dürfe so viel seines Gutes vergeben, als er über das Bettbrett erreichen kann <sup>520</sup>). Jenseit dieser Grenze ist er bereits als Gestorbener anzusehen <sup>521</sup>) und sein

---

haben will. swer daz gut alsus lihet.. lihet nicht daz sin ist, her lihet, daz sines herrn oder eines andern ist nach sime tode, wend erz selbe bi sime libe nicht entberen will. —

518) Salfeld. Stat. a. a. D.: daz nymant mac syne farnde habe vergeben ane der nesten willen, he uzere sich iz denn von stund an.

520) Vergl. Note 515.

521) Eben diese Idee spricht sich darin aus, daß ein Bürge auf seinem Stichbette nicht mehr belangt werden konnte, da eine Bürgschafts-

Erbe als Inhaber der Gewere des Gutes. — Daß übrigens auch über das Hinderniß einer gültigen Vergabung, welches in der körperlichen Schwäche des Gebers lag, die Einwilligung der Erben hinweghalf, läßt sich leicht einsehen <sup>522</sup>).

II. Nach der zweiten Ansicht, die sich in späterer Zeit bildete, war die Zuwendung von fahrender Habe, auch ohne bey Lebzeiten des Gebers erfolgende Tradition, nicht ohne Wirkung <sup>523</sup>), sondern sie gab dem Empfänger unwider-  
russlich die Rechte eines Erben (das Wort Erbe, in dem weitern Sinne, für jeden, der einen Anspruch von Todes wegen hat, genommen). Ich sage: die Rechte eines Erben, mithin weder die Rechte dessen, der schon bey dem Leben des Gebers eine Gewere an der Sache hatte <sup>524</sup>), noch auch die nämlichen Rechte, die jeder andre Gläubiger aus einem unter Lebenden geschlossenen Geschäfte genöß. Dieses zeigt sich darin, daß der Honorirte erst nach Abzug aller Schul-

schuld nicht auf seine Erben überging (Mittermaier d. Privatr. §. 176) und er selbst als nicht mehr existirend angesehen wurde. Pflbshheim. Stat. 69 (Pufendorf V, app. p. 295): is ein man borghe, wert he seeck, den scal men nicht vorclaghen imme suchtedde umme dat borghetuch, umme sine eghene schult much men ene vorclaghen.

522) Jura Tremon. (Note 512): si aliquis aegrotat ad mortem.. nihil potest dare.. nisi de consensu heredum. — Vergl. Schöff-  
enurth. hinter d. Sächs. Landr. I, 12, 2.

523) Schöffenenurth. hinter d. Sächs. Landr. I, 12, 3: ob ein man keme in geheget ding und gebe seinem weibe.. farende habe, oder einem andern frembden oder freunde, noch seinem tode erblich, zu thun und zu lasen, und doch der gabe ein herr wolte sein, diweil er lebt, unschedlich derselben gab, ob nu dieselben leut die gabe behalten möchten nach seinem tode mit mehrern rechte, denn seine rechte erben? hierauf sprechen wir für recht: ..farende habe mag der man geben seinem weib, freund, oder fremden, wie er wil, on der erben ansprach. S. mehrere Stellen in den folgenden Noten. — Ein vorzüglich häufig vorkommendes Beyspiel ist die gelobte Morgengabe, bey welcher, im Gegensatz der sofort tradirten, die das ältere Recht allein kennen konnte (s. No. I. dieses §.), Besitz und Genuß erst nach dem Tode des Mannes der Frau zufiel (vergl. Finsler diss. de obligatione uxoris circa solvenda mariti debita sec. jus germ. m. a. Gott. 1822. p. 52). — Von ihr sprechen z. B. die Magdeburg. Schöffenenurth. bey Böhme und hinter dem Sächs. Landr., so wie das Culm. Recht allein (vergl. Schles. Landr. I, 9, 6). —

524) Vergl. Note 478 a u. folg.

den das ihm Zugewiesene erhalten konnte <sup>525</sup>). Die Unwiderrufflichkeit bedarf kaum erst eines Beweises, da sie aus der Natur des Vertrages folgt. Auch ist die Ungültigkeit jeder anderweitigen Vergabung von Todes wegen, zum Nachtheil der frühern, in den Rechtsquellen deutlich ausgesprochen <sup>526</sup>). Nur in Betreff des über eine Species eingegangenen Erbvertrages fragt es sich, was in Hinsicht auf das Veräußerungsrecht des Gebers unter Lebenden, der Grundsatz der Unwiderrufflichkeit mit sich bringe. Wenn es nun auf der einen Seite gewiß ist, daß ihm auch auf diesem Wege nicht freistand, willkürlich die Gabe dem Honorirten zu entziehen, oder zu verkümmern <sup>527</sup>), so glaube ich doch andererseits annehmen zu müssen, daß, wenn der Honorirte nach dem Tode des Gebers nur auf dasjenige, was die Gläubiger übrig ließen, Anspruch machen konnte, die Sache auch bey Lebzeiten des letztern zur

525) S. die, Note 478 a citirten, Stellen. — Culm. Recht IV, 34: globit ein man deme andern vor gehegetem dinge 10 mark noch syme tode, stirbt der unde blibet andern luten schuldic, dieselben schuldlute sullen yre schult zuvor nemen. — Magdeburg. Recht 124 (Schott I, 82): swaz ein man gibt sime wibe an sime gereiten gute, stirbt der man, ist her schuldic, die schult get zu vorne uz. — Lüb. Recht 19 (Brockes cod. II.): welk man ein testament (s. unt.) doeth, van dem testament schall men alererst gelden de schuld. — Man vergleiche dagegen den Grundsatz, der bey der ältern, tradirten, Morgengabe galt: von morgengabe.. gilt man die schult nicht nach landrecht (Schlesf. Landr. I, 11, 6, vergl. mit der, in Note 523 cit. Stelle dieses Landr.). — Das Recht des Honorirten war also, abgesehen von seiner Unwiderrufflichkeit, nach unsern heutigen Begriffen, das des Legatars, und der Grundsatz des römischen Rechts, daß bey dem legatum speciei, testatoris propriae, das Eigenthum bey dem Tode des Erblassers ipso jure von dem Legatar erworben wird, trat gewiß auch nach deutschem Rechte ein, so, daß, wie bey dem gesetzlichen Erben, die Gewere auf den Honorirten überging.

526) Schöffenerth. hinter d. Sächf. Landr. I, 11, 3: ein man hat ein junkfrawen zu der ehe genommen und morgengabet ir 10 mark, darnach.. ginge er für geheget ding, on der frawen willen und wissen.. und geb der genannten fraw für die genannten 10 mark, 5 mark... ob nu der frawen ir erste morgengab folgen und bleiben sol, oder sie die letzten 5 mark nemen müsse? hierauf sprechen wir für recht: ...so sollen ir die 10 mark folgen und bleiben.

527) Denn sonst hätte der ausdrückliche Vorbehalt der freyen Verfügung, der auch bey Erbverträgen über fahrende Gabe vorkam (Culm. Recht IV, 21. Schöffenerth. hinter dem Sächf. Landr. I, 12, 3 u. 4; vergl. Note 538) keine Bedeutung gehabt.

Deckung seiner Schulden und überhaupt in echter Noth veräußert werden durfte <sup>528</sup>). — Die obigen Sätze müssen, wie ich glaube, noch jetzt als die Grundzüge der Theorie über die Erbverträge in Betreff einzelner Sachen (nicht bloß Mobilien, sondern nach heutigem Rechte auch Immobilien) <sup>529</sup>) betrachtet werden, so lange nicht neuere Gesetze zu einer Abweichung nöthigen, unter denen es indeß wenige geben wird, welche über die Natur gerade dieser Art von Erbverträgen ausführlicher handeln. Daher kann ich mich zu der ganz entgegengesetzten Theorie Eichhorn's (Einleitung §. 342) nicht bekennen. Ihr zufolge „erwirbt der vertragsmäßige Erbe ein sofort wirksames Recht an der Sache, kraft dessen er das Eigenthum mit dem Tode des Erblassers erhält und sie daher von jedem Dritten vindiciren kann“ (auf dasselbe scheint es mir hinauszu laufen, wenn man sagt: der Erbe erwirbt sofort das Eigenthum, dessen Geltendmachung aber bis zum Tode des Erblassers hinausgeschoben ist); „für Schulden haftet er nur in sofern sie vor dem Erbvertrage contrahirt sind und das übrige Vermögen nicht hinreicht.“

528) Welche Klage hatte der vertragsmäßige Erbe, wenn der Geber ohne Noth veräußerte? Eine dingliche nicht, weil die Gewere, die hiezu nöthig gewesen wäre, nunmehr bey dem Tode des Erblassers (Note 525) gar nicht auf den Honorirten überging, nachdem jener sie durch die Veräußerung verloren hatte; man müßte denn annehmen, daß auch auf unser Verhältniß die oben (§. 6, a. E.) genannte Fiktion angewandt worden sey, in Folge welcher derjenige, der Immobilien unbefugt veräußerte, zu Gunsten des gesetzlichen Erben, als gestorben betrachtet wurde, eine Annahme, die ohne Beweis, sich schwerlich rechtfertigen ließe. Eine persönliche Klage gegen den gesetzlichen Erben hätte der Honorirte nach dem Grundsatz des Sächs. Landr., daß der Erbe für keine Schuld aufkomme, deren „Wiedererstattung“ er nicht empfangen habe, eben so wenig haben können. Allein, wie dieser Grundsatz als antiquirt betrachtet werden muß, um überhaupt die Existenz des Erbvertrages ohne sofortige Tradition zu erklären, so läßt sich erwarten, daß er auch jener Klage nicht mehr im Wege stand. Eine Klage endlich gegen den Erblasser selbst, daß er die Sache wieder an sich bringe, würde wegen Mangel des rechtlichen Interesses von Seiten des Klägers für unstatthaft gehalten werden müssen, da jenes nur darauf gerichtet seyn konnte, daß die Sache bey dem Tode des Erblassers in dessen Gewere sey. Höchstens würde man dem Honorirten gegen den Erblasser einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gestatten können.

529) S. Note 535.

Was die Form des, in Rede stehenden, Geschäfts betrifft, so mußte es regelmäßig vor Gericht geschlossen werden<sup>530</sup>). Zweifelhaft aber ist es, ob diese Form etwas demselben Eigenthümliches, oder bloß Folge des allgemeinen Grundsatzes war, daß jedes außergerichtliche Versprechen mit dem Eide geläugnet werden durfte<sup>531</sup>). Wiewohl sich unser Geschäft diesem Grundsatz in sofern anschließt, als die Form nicht Bedingung der Existenz, sondern nur des Beweises desselben war, so daß, wenn sie unterblieben war, der gesetzliche Erbe nicht geradezu, sondern erst nach Ableistung des Eides, absolvirt und, falls er diesen nicht schwören konnte, condemnirt wurde<sup>532</sup>), so ist sie dennoch ein eigenthümliches Requisite des Erbvertrages zu nennen, weil sie noch in Quellen geboten wird, welche bey andern Gelübden bereits einem außergerichtlichen Zeugnisse Beweiskraft zuschrieben<sup>533</sup>). Eine wahre Ausnahme war es daher, wenn in einigen Rechten die gelobte Morgengabe dergestalt privilegiert erscheint, daß sie auch durch außergerichtliches Zeugniß erwiesen werden konnte<sup>534</sup>). — Uebrigens bezeugen die Rechtsquellen, die den Erbvertrag bey fahrender Habe kennen, daß seine Form (in welcher keine Uebertragung der Gewere lag) auch bey Immobilien, so fern sie wohlgeordnetes Gut waren, als zulässig betrachtet wurde<sup>535</sup>). Es blieb daher nur für die Erb-

530) S. Note 523, 525, 526. — Schöffenerth. hinter d. Sächs. Landr. I, 7, 19. — Culm. Recht IV, 21. — Bey dem ältern Erbvertrage (wenn man ihn so nennen will), der durch sofortige Tradition vollzogen wurde, war diese Form natürlich nicht nothwendig. Schöffenerth. bey Böhme VI, 140, 5.

531) Sächs. Landr. I, 7. Eichhorn Einleitung §. 91.

532) Schöffenerth. a. a. D. 146, 1: ... noch demmole dy frau gerichtes bewisunge uf ire morgengabe nicht en hat. so sind des mannes fruede mit erem eyde do nehir vorzukommende, swerende mit eyne hand, das ir frund der frauen nicht gemorgengabet habe. — Ebendas. 131, 2 und 99, 1. — Culm. Recht IV, 42: globit ein man syme wybe 10 mark zu morgengabe und stirbt, ee her es vollfuret vor gehegeter bank, daromme mag die frawe des mannes erben ansprechen, bekennen sy des, so sullen sy das leysten.

533) S. die, Note 46, angef. Diss. §. 50.

534) Ebendas. §. 47.

535) Schöffenerth. hinter d. Sächs. Landr. I, 12, 3 (Note 523): ... stehende erbe, das einem man vor gericht gegeben ist und darzu ander sein gut, das er selber gewonnen und ererhet (l.

güter die ältere Form der gerichtlichen Auflassung und der, dadurch bewirkten Uebertragung der Gewere nothwendiges Erforderniß, weil nur auf diesem Wege dem Honorirten eine rechte Gewere<sup>536)</sup> und dadurch Sicherheit vor den Ansprüchen des nächsten Erben verschafft werden konnte<sup>537)</sup>.

Durch diesen neuern Erbvertrag (Pro. II. dieses §.) war das deutsche Recht den letztwilligen Verordnungen, wie sie das römische kennt, um vieles näher gekommen. Es hatte von den beyden Grundsätzen, die, so lange sie bestanden, jede testamentarische Disposition aus seinem Gebiete verbannen mußten, nämlich, daß jeder, der einem Fremden etwas zuwenden wolle, sich bey seinem Leben den Genuß der Sache entziehen und daß die Verfügung seinem willkührlichen Widerruf nicht unterworfen seyn müsse, den erstern gänzlich aufgegeben. Aber hiebey blieb es nicht stehen, sondern verstattete dem Geber durch ausdrücklichen Vorbehalt der freyen Verfügung auch den zweiten Grundsatz umzustossen<sup>538)</sup>.

---

erarbeitet) hat und sein furende habe mag der man geben, wie er will, vergeb er aber sein anerstorben eigen... — Vergl. Note 507.

536) Vergl. Note 216 u. folg.

537) Hieraus ergiebt sich für das geltende Recht der Erbverträge, daß, sofern die Rechte der gesetzlichen Erben, welche die Erbgutsqualität charakterisiren, heutzutage entweder gänzlich verschwunden sind, oder nur in der Gestalt eines Näherrechts vorkommen, welchem der Erbvertrag so wenig, wie die Schenkung (Sichorns Einleitung §. 100 Note d) unterworfen ist, gar kein Unterschied zwischen Erbverträgen über fahrende Habe und Immobilien gemacht werden dürfe, vielmehr der, sonst nur bey gewonnenem Gute wirksame, Erbvertrag, welcher dem Honorirten nur die Rechte des Erben-unwiderruflich verschaffte (Note 525, 526), als der einzige anzusehen sey.

538) Culm. Recht IV, 21: gebit ein man in gehegetem dinge eyne synir kindir 100 mark in alle syn gut vorus tzu nemen vor den andirn kindirn noch syme tode tzu tune und tzu lassene, dywile her abir lebit so wil her selbir gewaldig syn des gutes und do mit tun und lassen, und wirt die gabe nicht vorwandilt, so sal dy gabe bliben und hat craft und macht. — Ebendaf. 13, 15. — Schöffenuyth. hinter d. Sächs. Landt. I, 11, 3: ein man hett ein junkfrawen zu der ehe genommen und morgengabet ir 10 mark, darnach ginge er on der frawen willen und wissen (Note 540) vor gericht.. und geb ir für die genannten 10 mark, 5 mark... ob nu der frawen ire erste morgengab folgen solle? hierauf sprechen wir für recht: hat der mann der frawen die 10 mark zur morgengab gegeben. s o n d e r

Hätte das deutsche Recht diesen Schritt gethan, so kann es kaum mehr auffallen, wenn wir finden, daß es sich endlich auch mit der Idee einer einseitigen, ihrer Natur nach widersprüchlichen letzten Willenserklärung vertraut machte; und dieses geschah nicht erst zu der Zeit, als es vom römischen Rechte in Masse durchdrungen zu werden anfing (zweite Hälfte des 15ten Jahrhunderts)<sup>539</sup>). Um diese Thatsache zu beweisen, beschränke ich mich zunächst vornehmlich auf zwei Zeugnisse aus Quellen, die durch die Zeit ihrer Entstehung und den Geist, der in ihnen waltet, jeden Gedanken an eine vertrautere Bekanntschaft mit dem römischen Rechte von sich abweisen. Daß eine Vergabung in der Form einer bloßen Willenserklärung, gültig war, beweiset ein Schöffenertheil in der, dem Sachsenspiegel angehängten, Sammlung<sup>540</sup>), indem es dem Honorirten dasjenige, was ihm, ohne sein Wissen und in seiner Abwesenheit, durch einen, vor Gericht ausgesprochenen, Auftrag an die Erben zugewendet war, wirklich zuerkennt<sup>541</sup>). Das zweite hieher gehörige

unterscheid und er jm daran keine gewalt behalten hat in gehegetem dinge, so sollen ir die 10 mark folgen.  
— Schöffenerth. bey Böhme VI, 105, 2. —

539) Von da an datirt Eichhorn insbesondre auch die Recaption der römischen letzten Willensordnungen, welcher wir allein, nach seiner und überhaupt der herrschenden Meinung, die Kenntniß dieser Geschäfte verdanken (St. u. R. G. S. 455 Note c).

540) Schöffenerth. h. d. Sächs. Landr. I, 11, 3: ein man . . . morgengabet (seiner Frau) 10 mark, darnach . . . ginge er mit seinen kindern für geheget ding; on der frawen willen und wissen . . . da geb er der genannten frawen für die genannten 10 mark . . . 5 mark und die frawe were nicht gegenwertig . . . ob nun der frawen ir erste morgengab folgen soll, oder sie die letzten 5 mark nemen müsse, oder was recht sey? — hierauß sprechen wir für recht: . . . so sollen ir die 10 mark folgen und bleiben, und auch die 5 mark, die er ir darnach gab. — Die Abfassung dieser Magdeburgischen Schöffenertheile fällt spätestens in die Mitte des 14ten Jahrhunderts (vergl. die, Note 33 citirte, Abhandlung von Schweikard in v. Kampfs Jahrb.) und der unverfälscht germanische Charakter der darin enthaltenen Rechtsfälle kann niemanden entgehen.

541) Dieses ausdrückliche Zeugniß macht uns geneigt, die Anwendung jener Form auch in solchen Fällen anzunehmen, wo sie zwar nicht so klar ausgesprochen ist, bey denen aber das Erscheinen eines bestimmten Honorirten, unter gewissen Umständen, nicht ohne Willkür und Schwierigkeit sich denken läßt, wie dieses namentlich bey dem „Selgeräthe“, einer Vergabung zu Gunsten der Armen,

Zeugniß findet sich in den Freyberger Statuten (aus dem Ende des 13ten oder dem Anfange des 14ten Jahrhunderts)<sup>542)</sup>, welche an einer Stelle<sup>543)</sup> die Widerruflichkeit der Vergabung von Todes wegen ausdrücklich anerkennen. Was sich theils aus der obigen Darstellung ergibt, in der wir das deutsche Recht selbst allmählig seinen ältern Principien abtrünnig werden sahen, was ferner das Zeitalter und der Charakter der angeführten Quellen höchst wahrscheinlich machen, daß nämlich die Einführung einer einseitigen letztwilligen Verordnung in das deutsche Recht lediglich als letztes Glied einer Reihe von Veränderungen anzusehen ist, die das einheimische Recht aus sich selbst entwickelte, das wird denn auch durch die gleiche, acht deutsche Form bestätigt, in welcher, nach dem oben (Note 540.) citirten Schöffennurtheil der neuere Erbvertrag und die einseitige Willenserklärung vorgenommen wurde<sup>544)</sup>.

---

mit der Stiftung, oder der Kirche, der Fall ist. Daher möchte gerade bey dem Selgeräthe das praktische Bedürfniß zu erst jene Form eingeführt haben, wie denn überhaupt an diesem Falle das Fortschreiten des Rechts von der ältern Strenge zu laxern Grundsätzen sich am frühesten zeigt. So z. B. haben die Erfurt. Stat. das ältere Princip: wer da gut vorgibit unde nemit daz nicht jener in sine gewer, vindit man dasselbe gut in des gewer, der daz vorgebin hat, so en hat daz geben keine kraft (Walch II, 21 — vergl. Note 511), und dennoch kennen sie ein Selgeräth in der Form einer einseitigen Verfügung. Ebendaf. 35: de testamentariis. wer selgerete inne hat, oder noch bevolen wird.. (S. Note 561). — Vergl. Wittermaier D. Privatr. §. 407.

542) S. Klossch Gesch. des Freyberg. Stadtrechts (bey Schott I.)

543) Freyb. Stat. V. (Schott I, 171): swelch man also sinnik und also selic ist, daz he sin dinc setzet und berichtet bi sime lebendigen libe und diwile he bi guten sinnen ist, wissentlich dem richter und erhaften luten, he lige oder sitze, daz hat craft, ab he denne abget. ist iz ober, daz her wider uf kumit des legrs, so tut he wol, welchiz he wil.

544) Die Privilegien, in denen der Kaiser oder Landesherrn, Städten das Recht geben, daß ihre Bürger über ihr Vermögen von Todes wegen frey disponiren dürfen (Wittermaier in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. II, 351 folg.), können eben so gut von Erbverträgen, als von testamentarischen Verfügungen, verstanden werden. Denn selbst die Worte: testari, legare, deren sie sich bedienen, sind kein bündiger Beweis für das Letztere, und die Ausdrücke: „schaffen, in vita vel in morte, donare, testari, legare et alio quovis modo disponere“ sind ein Beweis dagegen: Aber, wenn man sie auch nur auf einseitige Willenserklärungen beziehen wollte, so würde es doch unrichtig seyn, sie als eine wahre Ge-

Ueberzeugen wir uns auf diese Weise, daß die Idee einer einseitigen letzten Willensordnung schon so frühe im deutschen Rechte einheimisch wurde, so erregt das „Testament“, womit in Urkunden<sup>545)</sup> und Statuten<sup>546)</sup> vor der Mitte des 15ten Jahrhunderts ein Geschäft bezeichnet wird, wodurch

gesetzgebung anzusehen, was bey dem sonst an Gesetzen so armen Mittelalter die Idee erzeugen könnte, als hätten jene einseitigen Verfügungen mit dem bisherigen Rechte der Erbverträge so sehr im Widerspruch gestanden, daß sie sich unmöglich aus diesem entwickeln, sondern, als etwas ganz Neues, nur durch positive Sanktion eingeführt werden konnten. Vielmehr sind jene Privilegirten lediglich als ein Verzicht auf Ansprüche zu betrachten, welche die Aussteller derselben an dem Nachlasse der Privilegirten hatten und die ihnen durch die „Geschäfte“ der Letztern entzogen wurden. Offenbar bestanden diese, abgesehen von den besondern Gerechtfamen, welche aus der etwanigen Hörigkeit der Privilegirten entsprangen (Zeitschr. a. a. D. 356, 357), in dem Rechte der Gerichtsherrschaft auf den erblosen Nachlaß ihrer Untergebenen, und, wie bey dem neuern Erbvertrag oder der einseitigen Verfügung über wohlgewonnenes Gut anfänglich der Widerspruch der Erben zu befürchten seyn mochte, so war es auch von Interesse, sich gegen den Einspruch des Fiscus im voraus zu sichern. Daß dieses der Zusammenhang der Sache sey, folgt theils daraus, daß die Landesherrn im Mittelalter noch gar keine wahre gesetzgebende Gewalt hatten (Eichhorn's St. u. R. G. §. 264), theils aus den Worten einiger von jenen Privilegirten. S. z. B. das Privilegium für Landsbut (Zeitschr. 352, Note 46): wir setzen, ob ein man oder ein frau hie zu Landsbut stürb, die nicht kinder hetten und auch nicht erben liessen, und ob sy ir hab iren fründen schüffen, das sie des vollen gewalt haben zu thun.

545) S. Mittermaier D. Privatr. §. 407 Note 11. — Heineccius, elem. j. germ. lib. II, tit. VII. §. 181, 183.

546) Lüb. Recht v. J. 1240, 161 (Westphalen III, 657): so we sin testament maket, de scal it doen in twier ratmanne antworde, wante wo he it voget von sime gewunnenen gude, so blift id stede. . begripet de ratmanne oc bi ereme edhe, dat he mechtich were siner sinne, unde en mark punt wegen mochte, do he sin testament makede. . dar men radmanne nicht ne mach hebben, dar mogen twe besettene lude betugen en testament von 10 marken süylvers unde darbenedden. — Ebendas. 172, 200. — Vergl. Lüb. R. bey Brockes cod. I, 186 folg. — cod. II, 19: welk man ein testament maket, he si sund edder seek. ., 23 u. a. — Stat. Hamburg. 58 (Pufendorf III, app. p. 242): so wor eyn man syn testament settet edde berichtet. . vor 2 radmanen. . — Stat. Stad. V, 2 (Pufendorf I. app. p. 190.) —

man jemanden nach seinem Tode etwas zuwendet<sup>547</sup>), unsere besondere Aufmerksamkeit. Wenn einerseits demjenigen, der von jener Ueberzeugung ausgeht, die Behauptung, daß dieses Geschäft lediglich ein Erbvertrag sey<sup>548</sup>), zum wenigsten äußerst willkürlich erscheinen muß, so ist andererseits nicht zu läugnen, daß das Wort „Testament“ selbst keinen bündigen Beweis für das Gegentheil enthält. Denn, nahmen die Verfasser jener Urkunden und Statute keinen Anstand, Geschäfte, bey denen der wesentlichste Bestandtheil des römischen Testaments, die heredis institutio fehlen durfte<sup>549</sup>), mit diesem Namen zu bezeichnen; so läßt sich auch denken, daß die flüchtige Aehnlichkeit, welche insbesondere der neuere Erbvertrag über wohlgewonnenes Gut mit jenem hatte, ihnen Grund genug scheinen mochte, ihn eben so zu benennen. In der That halte ich es, bey der Dürftigkeit unserer Quellen, für unmöglich, in jedem einzelnen Falle, wo das Wort „Testament“ vorkommt, zu entscheiden, was für ein Geschäft damit gemeint sey, ob Erbvertrag oder einseitige Willenserklärung. Vorzüglich trifft diese Zweideutigkeit das Lübsche Recht, so wie die ihm verwandten Statuten von Hamburg und Stade<sup>550</sup>). Daß das Testament, wie der neuere Erbvertrag nur über gewonnenes Gut und nur von demjenigen, der noch einen gewissen Grad von physischer Kraft besitzt, gültig errichtet wer-

547) Bekanntlich wird das Wort „Testament“ in ältern Rechtsdenkmälern, in einem viel allgemeinem Sinne, für Urkunde überhaupt gebraucht. Heineccius, elem. j. germ. a. a. D. §. 180. Note. — Heumann, opuscula p. 312 a. C. — Du Cange s. h. v.

548) Vergl. Eichhorn, St. u. R. G. §. 455 Note c.

549) Fast alle Stellen sprechen deutlich nur von Zuwendung einzelner Sachen. Erst das neueste Lübsche Recht fügt zu den meistens aus den ältern Recensionen beibehaltenen Artikeln über Testamente die Verordnung hinzu: nach Lübschem rechte mus ein jeglich testament institutionem heredis enthalten (B. II. Tit. 1. §. 12).

550) Die Urkunden sind, wenn es auch klar scheinen könnte, daß in ihnen von einer einseitigen Willensordnung die Rede ist, meistens von der Art, daß sie die Gültigkeit derselben nach deutschem Rechte, und an und für sich, nicht beweisen. Denn theils sind die Verfügenden Geistliche und die Honorirten kirchliche Institute (Heineccius a. a. D. 181 — Günther cod. Rheno-Mosell. II. dipl. 21), theils wird der Consens der nächsten Erben erwähnt, der, wie er über alle Hindernisse, die das ältere Recht den Verfügungen von Todes wegen setzte, hinweg half, so auch hier als Grund der Gültigkeit angesehen werden kann (Ludewig Reliq. msc. IV. p. 81, 99, 184).

den könne<sup>551</sup>), ist natürlich kein Grund, jenes als Erbvertrag anzusehen. Darauf hinwiederum, daß die Form des Testaments eine andre, als die des oben erwähnten Erbvertrages ist, indem zu jenem die Gegenwart zweier Rathmänner und, bey kleinern Summen, zweier angeessener Bürger hinreichend ist<sup>552</sup>), läßt sich eben so wenig ein entgegengesetzter Schluß bauen, da nach den genannten Statuten der Beweis jeder Schuld „nach todter Hand“ auf diese Weise geführt werden muß<sup>553</sup>). Wichtiger ist einerseits, daß aus dem Lübischen Rechte sich die Widerruflichkeit des Testaments<sup>554</sup>) und die Errichtung desselben in den Formen einer bloßen Willenserklärung, in Abwesenheit des Honorirten<sup>555</sup>), mit eini-

551) Vergl. Note 546.

552) Vergl. Note 546.

553) Stat. Hamburg. 18: nach doder hand, dat ys uppe gudt, dat de dode schuldich ys keyn man mach tugen, men twe radmanen; unde nicht mer; wen upp 10 mark silvers mogen wollen tugen gude lude, de beseten syn mit vryeme erve. — Stat. Stad. I, 14. — Lüb. Recht bey Brockes cod. II, 190. — Vergl. die, Note 46 angef., Diss. §. 49.

554) Lüb. Recht v. J. 1240, 200: so wor en man sek is unde sin testament maken wil unde sine gave benomet, de he gift sinen vrinten, ofte dor got vor sine sele ofte wor he se geven wil, unde sint sines wifes vrint ofte sine vrint dar jegenwardich und spreken, dat he dar unbilliken due und he spreke, dat se alle ding bestan laten, wante in den andern dag, he will it allet gut maken, dat en behaghe, hirunder sterve der man (neuestes Lüb. R.: unverändertes testaments) so schal al dat stede bliven von der gift, de he benomet heft unde in descript gekomen is.

555) Hierauf weit mehr, als auf Abschließung eines Vertrages mit dem anwesenden Honorirten, deuten die in der eben citirten Stelle gebrauchten Ausdrücke: die gave benomen (vergl. Art. 172), wor he se geven wil (nicht: wem er sie giebt, geben mag). — Insbesondere aber darf nicht außer Acht gelassen werden, wie die Bestellung von Vormündern durch den Vater (vormunde maken, Lüb. R. bey Brockes cod. I, 172 — vormunde setten, ebendas. 188, cod. a. 1240, 22) und die Errichtung eines Testaments (testament maken, setten, vergl. Note 554, 546 u. a.) als zwey gleichartige Geschäfte erscheinen, ja! die erstere Gegenstand des Testaments seyn kann. Die Worte des Art. 185 (c. a. 1240): so wor en man sin testament maket unde vormunde settet, sind offenbar gerade so zu verstehen, wie die im Art. 172: so wor en man maket sin testament, unde benomet sineme wive bescheiden gut. Denn in jenem erstern Art. ist von einer Vergabung nicht weiter die Rede, sondern nur von der vormundschaftlichen Verwaltung des Vermö-

ger Wahrscheinlichkeit ergibt, andererseits, daß außer dem Testament in den angeführten Statuten keine Spur einer davon verschiedenen Vergabung von Todes wegen, die sich auf wohlgewonnenes Gut beschränkt<sup>556)</sup>, mit Sicherheit zu erkennen ist<sup>557)</sup>. Während jenes uns dafür stimmt, dem Testament die Bedeutung einer einseitigen Verfügung unterzulegen, macht uns dieses geneigt, einen Erbvertrag darunter zu muthmaßen, weil es kaum glaublich ist, daß dieses ältere Geschäft gänzlich untergegangen, oder wenigstens mit Stillschweigen übergangen seyn sollte. Gerade dieser letzte Punkt aber zeigt uns einen Ausweg, auf welchem wir die Zweideutigkeit, die in jenen Statuten herrscht, gewissermaßen als eine nothwendige betrachten können, indem er uns zu der Ansicht geneigt macht, daß „Testament“ in denselben die gemeinschaftliche Bezeichnung beyder Geschäfte, des Erbvertrages und der einseitigen Willenserklärung sey. Die Willkühr, mit der man von jeher im deutschen Rechte das Wort „Testament“ gebrauchte, berechtigt uns wohl auch zu der Annahme, daß der Sprachgebrauch jener Rechtsquellen sich desselben überhaupt als Bezeichnung jeder Vergabung von Todes wegen bediente, und schon dadurch wäre jene Ansicht gerechtfertigt. Allein man kann, wie ich glaube, noch weiter gehen, und nach der Art, wie das deutsche Recht von selbst allmählig vom Erbvertrage zur einseitigen letzten Willensordnung überging, es selbst wahrscheinlich finden, daß man sich anfänglich, wenigstens hie und da, zwischen beyden Geschäften weniger Gegensatz als Verwandtschaft dachte. Der Sitte, welche das letztre einführte, lag wohl mehrentheils weniger die Idee und Absicht zum Grunde, ein Geschäft, welches (wegen seiner Widerruflichkeit) seiner innern Natur nach wesentlich vom Erbvertrage

---

gens. Auch heißt es im Art. 205 dess. Cod. ausdrücklich: *nemo bisorgere (curatores. im römischen Sinne) mach en man setten in sine testamente.*

556) S. Note 571.

557) Zwar giebt es Stellen, die sich der Ausdrücke: *in iud. vorgeven*, giffte und nicht des Wortes Testament bedienen (Eüb. Recht bey Brockes cod. I, 9 cod. II, 3, 78 u. a.), aber wie wenig diese verschiedene Bezeichnung allein (vergl. Note 562) die Annahme rechtfertigt, daß in jenen Stellen im Gegensatze von Testament ein Erbvertrag gemeint sey, lehrt ein flüchtiger Blick auf diejenigen Artikel, die bey dem Testamente sich ebenfalls jener Ausdrücke bedienen (Note 554).

verschieden war, einzuführen<sup>558</sup>), als vielmehr nur die Bequemlichkeit, die Form des Erbvertrages mit der eines simplen Auftrages an die Erben, in Abwesenheit des Honorirten, zu vertauschen.

Wenn das Wort „Testament“ in den oben bezeichneten Statuten in einer so zweideutigen Gestalt erscheint, so finden wir es in Bremer Urtheilen<sup>559</sup>), wiewohl auch sie noch in das 14te Jahrhundert gehören, in der bestimmten Bedeutung einer einseitigen letzten Willensordnung. Der Beweis hievon liegt vornehmlich in der, wie sich aus eben diesen Urtheilen ergibt, herrschenden Sitte, „Testamenten“<sup>560</sup>) (testamentarii) d. h. Testamentsexekutoren zu bestellen, denen man, nach dem Ausdruck der Quellen, sein Testament „befahl“<sup>561</sup>), ein deutliches Zeichen, daß die Vergabung nicht die Form eines Vertrages mit dem Honorirten selbst, sondern eines simplen Auftrages hatte, zu dessen Ausführung man unbetheiligte Personen lieber, als die Erben, wählte. Hierzu kommt, daß dem Worte „Testament“ in jenen Urtheilssprüchen der Ausdruck „Gifte“ entgegengesetzt zu werden scheint<sup>562</sup>), obgleich viel

558) Denselben praktischen Erfolg erreichte man ja auch bey dem Erbvertrage durch den Vorbehalt der freyen Verfügung. S. Note 538.

559) Welche den Statuten von Bremen bey Deltrichs (Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der Stadt Bremen) beigelegt sind.

560) Urth. 146 (Deltrichs S. 226): eyn schele was twischen J. Es. kindern bi der enen siden unde R. J. unde H. W. bi der andern siden, de dhe testamentere Hs. v. S. sint. — 175 (S. 237): en scel was um en testament.. dat seede wi.. dat dat testament bliven scal, wo de testamentarii des wisse werden... — S. folg. Noten.

561) Urth. 104 (S. 207): .. H. sprac, W. v. R. hadde em bevalen vormundescop siner kinder unde sin testament. — 149 (S. 227): R. gaf schult Js wive umme gift, de he J. hadde geven in sinem testamente, dat oc de silve J. R. bevoelen hadde. — 151 (S. 228). — Vergl. d. Erfurt. Stat. (N. 541). —

562) Urth. 30 (S. 177): Utrum donatio praevaleat testamento. schedinge upp gifte und testamente, welke vorgan scal? P. gaf schult W. unde H. de testamentere sint Hs. v. D., dat deselve H. v. D. hadde ome gheven alle sin goet; eer de selve H. v. D. sin testament sette. (Vergl. Note 535). — Zweifelhafter ist es, ob gifte auch in folgender Stelle den Gegensatz von Testament bezeichne (vergl. ebenfalls Note 562): Urth. 146 (S. 226): eyn schele was (S. Note 560) ... umme gifte, de H. v. S. schulde gheven hebben dessilven J. Es. kindern in sime suckebedde unde umme sin testament, dat he hadde dan. — Vergl. auch Stat. Gotting. (Pufendorf III. app. p. 190): .. nemand schal

daran fehlte, daß der letztere Ausdruck sich als technische Bezeichnung des Erbvertrages so fixirte, wie es mit Testament, als Bezeichnung der bloßen Willenserklärung der Fall war.

Eine besondere Aufmerksamkeit verdient noch das Testament, welches in den Goslarischen Statuten erwähnt ist. Diese Statuten bekennen sich zwar an einer Stelle zu dem ältern Grundsatz, daß man Jemanden fahrende Habe nicht anders zutwenden könne, als, wenn man sie bey seinem Leben tradire und daß selbst eine solche Vergabung im Siechbette ungültig sey <sup>563</sup>). Dennoch heißt es gleich darauf, man könne auch ein „Testament“ in gesunden und kranken Tagen machen <sup>564</sup>). Allein dieses Geschäft betrachtete man noch mit einer gewissen Aengstlichkeit und glaubte es einer speciellen Controлле der Obrigkeit unterwerfen zu müssen, so daß diese in jedem

ock yn eder an synen erfgudern vorschriuen, noch in syme testamente geuen und bescheiden ewige eder ervetynse, sunder wolde he wat um godes willen eder anders vorgeuen, eder in synem testamente bescheiden.. — Aus der Vergleichung dieser und anderer Stellen scheint sich zu ergeben, daß bescheiden sich vorzugsweise auf einseitige Willensordnung bezieht. Freyb. Stat. (Note 543): ist auch daz he hat bruder oder schwester vettern, oder omen, waz he den bescheidet oder zu gotishusern, das bestet billiche. — Stat. v. Leobschütz (Böhme II, 20, 4): von zelegerethe (vergl. Note 541): welch man ader frowe yn krankheit fallen, dy en mogen keyn gut bescheiden öber daz bettebret on yrer kinder willen, wen des leybes ungewaldic zyn, so zynt ze ouch des gutes ungewaldich. eyn iglich man ader frowe mag ir zelgerethe bescheiden... — Schöffneurth. hinter d. Sächs. Landr. I, 12, 2: fahrende habe mag ein man wol vergeben in sinem siechbette... aber bescheidet er was guts oder erbe jemandes nach seinem tode zu geben, das dürfen die erben nicht halten. — Faltaus S. 139. 563) Gosl. Stat. 487. 57. (Note 511) 60: in sükebedde mach en nicht vorgeuen ane erve loff.

564) Ebenbas. 60 (S. d. vorhergeh. Note): he mach aver testament setten else düt böck utwiset. 59: en mach von syneme gewunene gude testament setten, he sy gesund eder in sükebedde unde dat testament schalde me bringen vor den rad, wat de des overgeuen, dat schall also gan, wat se des over nicht overgeuen, dat eruet gelick, else ander gud, dar neyn testament von gesat is. Wollte man die Worte „de, se“ auf den Disponirenden selbst beziehen und den Ton auf das „overgeuen“ (trahere) legen, so würde die Stelle, abgesehen von der Bestimmung, daß der Rath von dem Geschäft in Kenntniß gesetzt werden solle, lediglich den Grundsatz des Art. 57 (Note 563) wiederholen. Offenbar aber ist es natürlicher, den Rath als das Subjekt jener Worte anzusehen.

einzelnen Falle bestimmen sollte, wieviel ohne Unbilligkeit den gesetzlichen Erben entzogen werden dürfte. Allerdings kann es zweifelhaft scheinen) was für ein Geschäft das Wort „Testament“ an dieser Stelle bezeichne, ob einen Erbvertrag, wie er unter No. II. dieses §. beschrieben ist, oder eine einseitige letzte Willensordnung. Das Interesse, welches für uns die Stelle hat, bleibt dasselbe, weil diese bey den Geschäfte im Verhältnisse zu dem Erbvertrage mit sofortiger Tradition, Neuerungen waren, bey deren Entstehen eine solche eingreifende Concurrenz der Obrigkeit, wie sie in unserer Stelle verordnet ist, notwendig scheinen konnte. Wahrscheinlich aber bezeichnet Testament hier nicht sowohl eine einseitige Willenserklärung überhaupt, als vielmehr nur einen Fall derselben, nämlich das Seelgeräthe<sup>565</sup>).

---

565) Auf diese Vermuthung bringt mich zunächst die Vergleichung einer andern Rechtsquelle, von welcher zwar eine specielle historische Verbindung mit den Gosl. Stat. weder erwiesen noch glaublich ist, in der aber das „Testament“ gerade so, wie in den Gosl. Statuten neben den Grundsätzen des ältern Rechts (Note 563) steht, jenes aber ausdrücklich auf das Seelgeräth beschränkt wird. Wurster Landr. Tit. 8. §. 4 (Pufendorf I. app. p. 70, 71): es ist keinem benommen, sein testament bey vollmacht seines leibes oder im todthette aufzurichten, aber das testament soll vor.. zeugen wiederholet, bestätigt... werden. — was einer bey vollmacht seines leibes vergiebt und würlklich überliefert und von sich thut, das können die erben nicht wieder fordern — aber was einer auf todesfall vergiebt, das sind die kinder zu halten nicht schuldig, nicht angesehen, ob die vergebene güter ererbet oder gewonnen — wolte aber einer zu kirchen, schulen, armen.. etwas in sein testament ordnen, dasselbe müssen die erben ohne iren willen halten. — Diese Beschränkung des Wortes „Testament“ auf denjenigen Fall der letzten Willensordnungen, der höchst wahrscheinlich der älteste war (Note 541), würde sehr gut damit zusammenpassen, daß, wie sich aus den angef. Bestimmungen der Gosl. Statuten ergibt, die einseitige Willensordnung in ihnen ein Neuling im strengsten Sinne war, dem man noch keine freye Bewegung und Ausbreitung gestattete.

§. 21.

Erbvertrag über ein ganzes, aus Immobilien und Mobilien bestehendes Vermögen.

So gewiß es ist, daß der Erbvertrag über ein ganzes Vermögen (oder eine Quote desselben)<sup>566)</sup> in denjenigen neuern Rechten vorkommt, welche einen Erbvertrag über fahrende Habe allein, ohne sofortige Tradition, kennen<sup>567)</sup>, so könnte man doch die Möglichkeit desselben nach dem ältern Rechte, welches keinen solchen Erbvertrag über Mobilien kannte, in Zweifel ziehen. In der That ist dem Verfasser aus dieser ältern Periode, so weit sie die gegenwärtige Untersuchung umfaßt, kein unzweifelhaftes<sup>568)</sup> Zeugniß vorgekommen; dennoch glaubt er auch für jene Periode die Existenz des Erbvertrages über ein ganzes Vermögen, vornehmlich auf Grund einiger, den Volksrechten und Capitularien abgeborgten, Zeugnisse<sup>569)</sup> annehmen zu dürfen, und es wird daher nur nöthig seyn, in dem Folgenden zu zeigen, wie es möglich war, die fahrende Habe mit Immobilien gemeinschaftlich zum Gegenstande eines Erbvertrages (ohne Tradition) zu machen, während sie allein es nicht zuließ.

Fassen wir nun die Beschaffenheit unsers Geschäfts näher ins Auge, so ist vor Allem wichtig zu bemerken, daß, nach ausdrücklichen Zeugnissen, das Object desselben nicht bloß auf das gegenwärtige Vermögen beschränkt war, sondern gegen-

566) S. Note 570.

567) S. Note 570 u. folg.

568) Vergl. Sächf. Landr. II, 30 (§. 19, a. II.)

569) L. Langob. II, 15, 2: si quis res suas alii thingaverit et dixerit in ipso thinx lidolaip, id est quod in die obitus sui reliquerit, non dispergat res postea doloso animo, nisi-fruatur cum ratione et si talis evenerit necessitas, ut terram vendere aut pignoris loco ponere debeat, dicat prius illi cui thingaverit: ecce vides, quia necessitate compulsus, res istas volo vendere, si tibi videtur, subveni mihi et res istas conserva in tua proprietate. tunc si voluerit subvenire, quod alii dederit, sit illi stabile et firmum, qui acceperit. — ibid. II, 14, 15. — Capit. IV. an. 803, c. 48: qui filios non habuerit, et alium quemlibet heredem sibi facere voluerit, coram rege vel coram comite et scabinis vel missis dominicis, traditionem faciat. — Eichhorn, St. u. R. G. §. 59.

wärtiges und zukünftiges umfaßte, oder wenigstens umfassen konnte<sup>570</sup>). Was ferner die Form des Geschäfts betrifft, so richtete diese sich lediglich nach dem einen Bestandtheil jenes Objekts, nämlich nach den Immobilien. Rechte, welche die bey fahrender Habe übliche Form des Erbvertrages auch auf wohlgeordnete Immobilien ausdehnten, und nur bey Erbgut die gerichtliche Auflassung beibehielten, sehen wir, nach Beschaffenheit der in dem Vermögen enthaltenen Immobilien bald jene, bald diese Form anwenden<sup>571</sup>). Somit ist es als gewiß anzusehen, daß Rechte, welche den Erbvertrag über Immobilien nur durch gerichtliche Auflassung entstehen lassen, weil sie die Unterscheidung derselben in Erbgut und wohlgeordnetes Gut noch nicht kannten<sup>572</sup>), jene Form auch bey dem Erbvertrage über ein ganzes Vermögen stets gefordert haben werden<sup>573</sup>). Fragen wir endlich nach den Wirkungen des

570) Schöffenuyth. bey Böhme VI, 151, 4: eyn man ist komen vor gehegit ding und hat do seynem weybe uffgegebin dy helfste alle seynis gutis und erbis, is sey beweglich und unbeweglich, das er nu hette adir hernochmals habin werde. — Vergl. Schöffenuyth. hinter d. Sächs. Landr. I, 3, 18. — Culm. Recht IV, 20: tritt ein burgir vor richter und scheppin in gehegit ding und gebit und vorreychet synem bruder allis das gut, das her hat adir ymmer gewinnet. — Eichhorn, St. u. R. G. §. 455 Note g. — Erfurt. Stat. 15 (Walch I. S. 105).

571) Lübb. Recht bey Bröckes cod. II, 59: welke frouwe unde man to hope sind in echteschop und nene kinder thosammende hebben, und gaen vor den raedt und laten sick under enander ergudt up, . . . so blift is stede unde is erer beider verworvene (d. h. wohlervorvenes) gudt, wo se eren negesten erven geven 4 penninge unde 8 schill. were dejenne binnen landes, de dat bespreken wolde, so moste he dat bespreken binnen jar und dag. — Dagegen ebendas. 3: welcher man sin wolgewonnen gudt vorgift wo de gevet sinen negesten erven 8 schill. unde 4 penninge, wo dat nene staende erven sint, so blift idt stede. — Ob die Schöffenuyth. bey Böhme und das Culm. Recht hieher gehören, oder, trotz der Aufnahme des Unterschiedes von Erbgut und wohlgeordnetem Gute (Schöffenuyth. 145, 4. 127, 2 — Culm. Recht IV, 4) dem ältern Rechte (Note 573) treu, die Auflassung immer forderten, ist nicht ganz klar. Die meisten Stellen deuten auf diese durch den Ausdruck: vorreichen, uffgeben in gehegetem dinge (Note 570). Einige bedienen sich des unbestimmtern Wortes: vorgeven, aber sie lassen uns ungewiß, ob sie von wohlgeordneten Immobilien sprechen. Culm. Recht IV, 32. — Schöffenuyth. bey Böhme VI, 141.

572) Eichhorn's St. u. R. G. §. 359 Note i, §. 451 Note a.

573) Hieher würde die, Note 568 citirte, Stelle des Sächs. Landrechts gehören, falls es gewiß wäre, daß „erbe“ das ganze Vermögen

Geschäfts, so ist in dieser Beziehung allein der Fall, wo es durch gerichtliche Auflassung zu Stande kam, zweifelhaft<sup>574)</sup> und man könnte, da die Quellen keinen direkten Aufschluß geben, zunächst auf eine von folgenden Ansichten kommen. Einmal ließe sich denken, daß der Erbvertrag über ein ganzes Vermögen, als eine Vereinigung eines Erbvertrages über die Immobilien und eines zweiten über die Mobilien betrachtet wurde, so, daß die Rechte des Honorirten in Hinsicht jedes Theiles besonders, nach den Regeln des Erbvertrages über einzelne Sachen der einen oder der andern Gattung, beurtheilt wurden. Nach dieser Ansicht aber ist für die ältere Zeit, welche keinen Erbvertrag über fahrende Habe ohne Tradition kannte, ein Erbvertrag über das ganze Vermögen unerklärlich. Daher könnte man sich geneigt fühlen, die Idee, daß die Mobilien, als Pertinenz der Immobilien betrachtet, an der juristischen Behandlung der letztern Theil nahmen, auch hier gerade so, wie bey der Satzung des ganzen Vermögens geschehen ist<sup>575)</sup>, als Grundlage unseres Erbvertrages anzusehen. Hier aber zeigt sich die praktische Schwierigkeit, daß alsdann der vertragsmäßige Erbe, wie von den Immobilien<sup>576)</sup>, so auch von den Mobilien keine Schulden zahlte, und die mehr theoretische, daß nicht bloß gegenwärtiges Vermögen, wie bey der Satzung<sup>577)</sup>, sondern auch künftiges (bewegliches und unbewegliches) Gegenstand des Erbvertrages ist und man sich folglich erlauben müßte, auch dieses letztere als Pertinenz des erstern, als mit begriffen in der Auflassung anzusehen, eine Annahme, die durch nichts gerechtfertigt werden kann. Gerade dieser Punkt aber, der jene theoretische Schwierigkeit erzeugt, führt, wie ich glaube, auf die richtige Ansicht. Der Ausdruck: gegenwärtiges und künftiges Vermögen sagt natürlich nichts anderes, als, daß der Gegenstand, auf welchen der Honorirte einen Anspruch erhält, das Vermögen, wie es bey dem Tode des Gebers seyn werde, sein Nachlaß,

bedeute. S. ferner Note 569. — Vergl. die, Note 490 angeführte, Urkunde.

574) Denn, daß in dem Falle, wo die Form des neuern Erbvertrages über Mobilien angewandt wurde, das Verhältniß des Honorirten dem des gesetzlichen Erben (bis auf die Unwiderruflichkeit) gleichkam, ergibt sich von selbst.

575) Vergl. §. 17 a. G.

576) Vergl. Note 478 a.

577) Vergl. Note 361.

sey. Wie aber läßt sich mit diesem Objecte, das erst künftig existirt, die Gewere vereknigen, die dem Honorirten, als nothwendige Folge der Auflassung<sup>578)</sup>, schon bey Lebzeiten des Erblassers, zugeschrieben werden muß? Auf die Weise, daß wir als Gegenstand derselben nicht die einzelnen Sachen ansehen, sondern das Vermögen, als universitas, d. h. als ein Object, welches die römischen Juristen also charakterisiren: nascitur, nescit, decrescit, moritur et ideo simile est homini. In dieser Gewere war die Gewere am Nachlaß mit begriffen, weil dieser nichts als eine der Gestaltungen ist, welche die universitas auf ihrer Lebensbahn annimmt<sup>579)</sup>. Warum die concrete Gestalt, in der das Vermögen bey dem Tode des Gebers erschien, das, worauf der vertragsmäßige Erbe Anspruch machen konnte, so betrachtete man seine Gewere an dem Nachlaß und die, welche der gesetzliche Erbe an demselben hatte<sup>580)</sup>, ihrer Natur nach gewiß als identisch und nur den Rechtsgrund beyder als verschieden, welcher dort in der schon bey Lebzeiten des Gebers begründeten Gewere an der universitas, hier in der gesetzlichen Transmission der Gewere des Erblassers auf den Erben im Augenblick des Todes, bestand. Somit glaube ich, als Resultat, die Ansicht aufstellen zu können, daß die Rechte des Honorirten bey Erbverträgen über ein ganzes Vermögen von jeher und bey allen<sup>581)</sup> Formen der Eingehung des Vertrages, lediglich die des gesetzlichen Erben waren. Daher zahlte er die Schulden<sup>582)</sup> und

578) Ein klarer Beweis von dem Daseyn der Gewere ist die rechte Gewere, welche nach Jahr und Tag entstand. Eüb. Recht, Note 571.

579) Die Idee, welche die Form und die Möglichkeit der Sagung des ganzen Vermögens erklärte, nämlich daß die fahrende Habe als Pertinenz der Immobilien angesehen werde, braucht man auch bey der Ansicht, daß das Object des Erbvertrages die universitas sey, nicht aufzugeben. Wie einzelne Mobilien als Pertinenz einzelner Immobilien betrachtet werden konnten, so auch die Mobilienmasse als Pertinenz der Immobilienmasse in jener fortgehenden Bewegung.

580) Vergl. §. 6.

581) Vergl. Note 574.

582) Culm. Recht IV, 20: tritt ein burgir in gehegit ding und gehit und vorreicht synem bruder und synen geerben allis das gut, das her hat, adir ymmer gewinnet.... hat der brudir (der Geber) schult gemacht, do her lebete, dy ist mit der vorgeschribenen gyft vorgeben und volgen dem brudir und synen geerben.

hatte bey Veräußerungen von Erbgut die Rechte des nächsten Erben<sup>583</sup>). Unterschieden war das Verhältniß des vertragmäßigen und gesetzlichen Erben nur darin, daß es unvorderruflich (sofern nicht ein ausdrücklicher Vorbehalt der freyen Verfügung, welcher hier, wie bey dem Partikular-Erbvertrag vorkommt, bedungen wurde<sup>584</sup>); d. h., daß dem Geber keine anderweitige Disposition über den Nachlaß gestattet war. Merkwürdig ist es, daß die Bremischen Rechtsquellen dieses so zu verstehen scheinen, nur über den Nachlaß, als Ganzes, dürfe nicht weiter verfügt werden, dagegen über den Theil desselben, den der Erblasser unter Lebenden, ohne Einwilligung des Honorirten veräußern konnte, seyen ihm auch Verfügungen von Todes wegen erlaubt<sup>585</sup>).

583) Vergl. Note 569.

584) Schöffenuyth. bey Böhme VI, 151, 4: eyn man ist komen vor gehegit ding und hot do seynem weybe uffgegebun die helfte alle seynis gutis und erbis, das er nu hette und hernochmals habin werde, das ir das erblich noch syme tode folgen solle, doch behilt her ym dy hirschaft unde macht seynes erbes und gutes, dywyle her lebete. dornoch gab man ym eyn haus uff vor gehegetim dinge, das her gekauft hatte ym, seinen erbin und elichin nochkomelingen. der man ist tot. nu sprechen des totin mannis frunde, dy frawe habe an dem hause nicht teylis dorunne, das im der tote man ausgenommen hatte hirschaft und macht dywyle her lebete und sedirmols ym und seynen erben und elichin nochkomelingen das haus uffgegebun ist. nu spricht die fraw: „meyn man hot mich vor gehegetem dinge eynen erbeling gemacht und her hot mir das nicht gebrochin domethe, das her ym und seynen erbin und elichin nachkomelingen das haus hot lassia uffgebin, wenn ich denn syn gemachtir erbeling byn. Sent.: nochdem mole der man hirschaft seynis gutis behilt, do her seyne frawe begobete, hot her dornochmols das haus ym und seynen erbin und elichin nochkomelingen gekauft, so hot dy frawe nicht teylis an dem hause nochdemol dy frawe yn der entphoung des hauses vorswegin ist.

585) Brem. Urth. 30 (bey Deltrichs S. 177 — vergl. Note 562): Utrum donatio praeualeat, testamento. schedinge upp gifte und testamente, welke vorgan scal. P. gaf schult W. und H. de testamentere sint H. v. D. dat deselbe H. v. D. hadde om gheven alle sin goet, eer deselbe H. sin testament sette. dar antworden deselben testamentere, dat hir bevoren Hs. maghe voor dem rade umme dit selbe goet se, deselben testamentere, beclageden, do schededen de ratman also: also H. v. D. hadde in dem testamente sin goet gheven unde bevalen, also scholde dat bliven, na des dat it sin wunnene goet was. dat scedede wi.: so ne mach ock P. den vorbenom. testamenteren umme H. v. D. nicht beclagen.

§. 22.

Gewere zu Leibgeding.

Von dem Leibgeding in der Bedeutung eines lebenslänglichen Besitzrechts, zu welchem Bauergüter ausgethan wurden<sup>586</sup>), ist hier nicht die Rede, vielmehr nur von dem, welches in einem lebenslänglichen Besitzrechte besteht, das jemand einem andern nach seinem Tode zuwendet; der am häufigsten erwähnte Fall<sup>587</sup>) desselben ist das Leibgeding, welches der Ehemann seiner Frau, als Wittwenversorgung bestellte. Zwischen diesem Institute und dem Erbvertrage herrscht in vielen Beziehungen die vollkommenste Analogie. Daher

1) kannte das ältere Recht, ohne Zweifel nur an Immobilien<sup>588</sup>) ein Leibgeding, weil ihm eine Vergabung von fahrender Habe, die dem Empfänger erst nach dem Tode des Gebers den Besitz verschaffen sollte, fremd war<sup>589</sup>).

2) Daher wurde die Leibzucht an Allod durch gerichtliche Auflassung<sup>590</sup>), an Lehen durch Investitur von Seiten des Lehnherrn<sup>591</sup>) bestellt. (Vergl. jedoch Note 608).

3) Der Leibzüchter hat zwar, bey Lebzeiten des Gebers, dieselben Rechte, wie der nächste gesetzliche Erbe (Veräußerungs

586) Schwäb. Landr. 305. — Bair. Landrecht bey Heumann 101, 110. — Eichhorn, Einleitung §. 259 Note s, t.

587) Der einzige war es allerdings nicht. Culm. Recht IV, 54: machet ein man syme wibe, knecht, adir mayt, adir andirs ymandis ein leibgedinge.

588) Eichhorn St. u. R. G. §. 369 Note a. — Darunter war aber auch eine Realrente mit begriffen. Gerken cod. dipl. Brandenburg. V. dipl. 4. — Günther cod. Rheno-Mosell. II. dipl. 139. —

589) Vergl. §. 20 Nro. I.

590) Magdeb. Recht 34 (Schott I, 73): gibet ein man sineme wibe sin gut zu irme leibgedinge in gehegetem dinge, oder sinen kindern, an eigen und wirt da ein rechter vride ubir geworcht. — Sächs. Landr. I, 21. — Schles. Landr. I, 9, pr. — Urk. 119 (Kindlinger, Gesch. v. Volmestein II.): ich J. bekenne, dat ich betuchtighet hebbe myn elike husvrowe und ir to rechter lyffucht gegeben dat hus. . und hebbe se in doe lyffucht gesat und bestediget mit gerichte vor mynein vrien greven.

591) Sächs. Lehnr. 33: lihet (Note 808) ein herr einer vrowen (duz gut) zu irme leibe. — Rügisch. Mitterrecht 32. (Delrichs 87).

gen, die der Geber ohne seine Einwilligung vornimmt, kann er in Jahr und Tag rückgängig machen<sup>592)</sup>, verwirkt jener das Gut, so bleibt ihm sein Recht ungefränkt<sup>593)</sup>, aber diese Rechte gründen sich bey ihm, wie bey dem vertragsmäßigen Erben auf eine Gewere, die er sofort, im Augenblick des vollzogenen Geschäfts erwirbt. Daher unterscheidet er sich, wie jener, von dem gesetzlichen Erben darin, daß er die Schulden des Gebers nicht trägt<sup>594)</sup>.

Wie aber haben wir uns das Recht des Leibzüchters an der Sache, dem Rechte der Erben des Bestellers gegenüber, zu denken? Eine Frage, die sich in folgende Alternative auflöst: war durch die Gewere zu Leibzucht, so lange sie dauert, die Eigengewere der Erben gänzlich suspendirt, oder bestand letztere neben der erstern ununterbrochen fort. Eine ganz ähnliche Frage ist bereits oben bey der ältern Sagung aufgeworfen und dahin entschieden worden, daß die Gewere des Erwerbers die Eigengewere des Veräußerers nicht zerstöre, diese daher auf die Erben des letztern ohne Unterbrechung fortgepflanzt werde<sup>595)</sup>. Allein die Gründe, welche für diese Ansicht bey der Sagung sprachen, dürften nicht geradezu und mit Sicherheit auch auf die Leibzucht angewandt werden können. Denn, wenn auch das deutsche Recht bey einer revocabeln Gewere, deren Widerruflichkeit von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht ist, demjenigen, der sich den Rückfall stipulirte, ein bloß persönliches Recht<sup>596)</sup> gab, so

592) Salsfeld. Stat. 39 (Walch I, 24): machet ein man siner huzfrawen leipgeding und verkauft das wider. swiget si jar und dach, sie muz immer swigen. — Schles. Landr. I, 29, 1.

593) Schwab. Landr. 308.

594) Gosl. Stat. 486, 36: von listucht en gilt men nicht, de en man sineme wiwe maket (Schles. Landr. I, 11, 6: von morgengabe.. gilt man die schult nicht zu lantrecht [Note 525], von lipzucht gilt man se auch nicht). Daß die Gosl. Stat. bereits zu denjenigen gehören, welche die Immobilien den Erbschaftsschulden unterwarfen (Note 479), sieht man aus Art. 49 (S. 486): storve en unse borger.. wolde de (der Erbe) des doden schult nicht gelden, so scholde men dat gud, wat he gelaten, erve gud, varende gut eder welkerley dat were, uteren und gelden manlike, lepe dar wat over, dat scholde men antworten deme erven.

595) Vergl. Note 326 u. folg.

596) Daß dem Erben nicht bloß ein persönliches Recht auf das Gut zustand, an welchem sein Erblasser eine Leibzucht bestellt hatte, davon überzeugt man sich leicht. Zum Beweise dessen kann man sich zwar nicht auf das berufen, was bey der Sagung eine gleiche

ließe sich doch denken, daß es bey einer schlechthin auf eine Zeit beschränkten Gewere einer entgegengesetzten Ansicht folgte, dergestalt, daß im Augenblicke der Beendigung der Leibzucht ipso jure die Eigensgewere für den Erben des Gebers wieder erwachte<sup>597</sup>), und kraft dieser ihm eine Klage gegen jeden Dritten zustehe. Daher ist selbst der Umstand, daß der Erbe jede Veräußerung, die der Leibzüchter vornahm, schon bey dessen Leben revociren durfte, für die Ansicht, daß die Eigensgewere neben der Gewere zu Leibzucht bestehe, nicht entscheidend, weil jede Veräußerung für den Leibzüchter zugleich den Verlust seines Rechtes zur Strafe nach sich zog<sup>598</sup>), mithin den Augenblick, wo nach der entgegengesetzten Ansicht die Eigensgewere erwachte, hier nur anticipirt ist. Wenn demungeachtet die bey der Satzung vertheidigte Theorie auch auf die Leibzucht angewandt wird, so geschieht dieses erstens auf Autorität einiger Stellen, in welchen theils die ununterbrochene Vererbung der Eigensgewere, neben der bestehenden Leibzucht, ziemlich deutlich ausgedrückt<sup>599</sup>), theils der Rückfall des Gutes auf den Erben des Bestellers mit dem Heimfall

---

Ansicht vom Rechte des Verpfänders undenkbar machte (Note 327), wohl aber darauf, daß er die Veräußerungen des Leibzüchters revociren (Note 598) und gegen dessen Gläubiger als Bindikant auftreten kann (Note 597).

597) Nur diese Ansicht ist möglich, da eine andere, nach welcher man sich den Erben des Bestellers als gesetzlichen Erben des Leibzüchters denken und aus diesem Verhältnisse seine Gewere vom Augenblicke des Todes des Letztern herleiten wollte, dadurch widerlegt wird, daß er die Schulden des Leibzüchters nicht trägt. *Culm. Recht IV, 19: eyn man begabe syn elich wyb in gehegetem dinge mit eime erbe, das si is nutze zu irme lyde. stirbet dy vrawwe und blibet den luten schuldig, der schulde en darf der nicht gelden, uf den das erbe gevellit. — Schöfenerurth. bey Böhme VI, 100, 1.* Schon oben ist bemerkt worden, daß diese Quellen zu denjenigen gehören, die auch die Immobilien den Erbschaftsschulden unterwerfen (Note 497).

598) *Sächs. Landr. I, 21: ...leibzucht kan niemand den weibern gebrechen, auf den das gut erstirbt, sie verwirkens denn selber, also, das sie fruchtbeume abhouwen... oder zu welcher weise sie ire leipzucht aus iren geweren lasen. — Culm. Recht IV, 37.*

599) *Schles. Landr. I, 41, pr.: hat einer gut, do ein ander leipzucht an hat, der erbet das gut uf sinen nechsten, jener abir behelt sin leipzucht an dem gute. S. auch folg. Note.*

des Lehens an den Herrn verglichen wird <sup>600</sup>); zweitens, weil sich darthun läßt, daß die Gewere zu Leibzucht (wie die zu Satzungsrecht, Note 328) eine andere ist, als die Gewere zu Eigenthum <sup>601</sup>). Dieses wird man zugeben müssen; wenn, bey der Vergleichung des Lehens (dom. utile) einer Frau und der Leibzucht, die ihr an einem Lehen bestellt ist, sich ergeben wird, daß diese beyden Rechte in Absicht der Gewere wesentlich verschieden sind <sup>601a</sup>). Zum Zwecke dieser Vergleichung gehen wir von einer Stelle des Sächf. Landrechts aus, die unserer Ansicht, auf den ersten Anblick geradezu widerspricht, indem sie von einem Lehen, an welchem einer Frau ein Leibgeding, wie es nach den Worten scheint, bestellt ist, sagt, es sey ihr „rechtes Lehen“ (dom. utile) <sup>601b</sup>).

600) Sächf. Landr. I, 20, 1: hot auch ein wip lipzucht an eigenwas sie gebewdis doruffe hat, wenne sie gestirbit, das en erbit nicht uff ere nechsten, es nimt der, dem das gut ledig wirt. — Ebendas. I, 24, pr.: wer sein gut eime vorkouft czu seime leibe... stirbt her, ee denne is ime ledig wirt, so erbit her den anfal uff synen nechsten. — Vergl. Sächf. Lehr. 7, 10 u. a. and. D., wo „ledig werden“ die technische Bezeichnung der Apertur ist.

601) Darauf, daß das Recht des Leibzüchters von dem Eigenthume sich durch das beschränkte Veräußerungs- und Dispositionsrecht unterscheidet, ließe sich so wenig, wie auf seine beschränkte Dauer, ein bündiger Beweis dafür gründen, daß die Gewere zu Leibzucht eine andere sey, als die zu Eigenthum, diese neben sich dulde. Man erinnere sich nur, daß bey der fahrenden Habe der Commodatar zwar nicht die, in dem Eigenthume liegenden, Dispositionsrechte hat, dennoch aber seine Gewere, als solche, von der des Eigenthümers nicht verschieden ist, da die erstere die letztere gänzlich zerstört, an ihre Stelle tritt.

601a) Die Verschiedenheiten, die etwa zwischen beyden in den, Note 601 angegebenen, Beziehungen obwalten, können natürlich auch hier nicht in Betracht kommen; überdem wird man sehen, daß die eine von ihnen, nämlich die verschiedene Dauer hier ganz wegfällt, indem beyde Rechte auf eine Zeit (Lebenszeit) berechnet sind. Dagegen wird man sie in Absicht der Gewere für wesentlich verschieden halten müssen, wenn gezeigt wird, daß ihre Wirksamkeit gegen Dritte, die an die Sache Ansprüche haben, verschieden ist (vergl. §. 14 g. d. E.) und daß die Gewere beyder in zwey ganz verschiedene Rechtsgebiete hineingeht.

601b) Sächf. Landr. III, 75: an eigen ist rechte gab und leipzucht der frauen, denn es jn daran niemand brechen mag zu irme leibe, und nicht an lehen, denn es jn daran mancherleyweise gebrochen mag werden. denn an lehen bey des mannes leib, ist allein ir anwartung und nach seinem tode, so ist daran ir rechtes lehn.

Allein über den Sinn dieser Stelle belehrt uns das Sächs. Lehnrecht<sup>602</sup>). Dieses nämlich stellt zwey Geschäfte, die beyde den Zweck, der Wittwe des Vasallen eine lebenslängliche<sup>603</sup>) Benutzung des Lehens zu verschaffen, erfüllen, nämlich die Leibzucht und das Geding (Anwartschaft), neben einander und macht insbesondere darauf aufmerksam, daß das Geding in sofern ein viel unsichereres Recht gebe, als es durch nachgeborene Erben gebrochen werden könne, nicht aber die Leibzucht<sup>604</sup>). Daß nun in der Stelle des Sächs. Landrechts nur von dem Gedinge, welches denn allerdings der Frau nach dem Tode des Mannes das dominium utilis giebt, die Rede sey, geht aus den Worten selbst (an dem lehen, bey des mannes leib, ist allein ir anwartung) hervor. Forschen wir nun weiter nach den Unterschieden zwischen dem Lehen eines Weibes und ihrer Leibzucht an einem Lehen, die uns hier interessiren (Note 601 a), so ergibt sich Folgendes. Das Lehen, welches einer Frau verliehen wurde, war, wie nach Sächs. Rechte das Lehen aller respectiv lehnsunfähigen Personen, zwar auf die Dauer ihres Lebens berechnet, aber es „darbte der Folge“, womit nicht bloß (was schon in dem Vorgesagten liegt) bezeichnet wurde, sie vererbe es nicht auf ihre Descendenz,

602) Sächs. Lehn. 33: dinget ein man gut sime wibe mit siner sone gelobede, die zu iren jaren komen sin, daz en kan weder der herr, noch die kinder gebrechen.. lih et aber der herr einer vrowen nicht. nach gedingesrechte, weene (sondern) mit benumeten worten zu ir me libe, daz leen sal er ir stete halten zu ir me leibe, alleine gewonne si auch wol sone dar nach, die sone mugen es ir nicht gebrechen.

603) Vergl. Note 605.

604) Sächs. Landr. I, 21: Leibzucht kan den weibern niemand gebrechen, weder nachgeborene erben, noch niemand, auf den das gut erstirbt. Dieses ist nicht etwas der Leibzucht Eigenthümliches, sondern es galt als allgemeine Regel, daß, wenn das Widerspruchsrecht des zur Zeit der Veräußerung nächsten Erben beseitigt war, der später geborene nicht widersprechen durfte. Urk. 9 bey Wigand Archiv f. Gesch. Westphalens (2tes Heft S. 70). — Ueber den entgegengesetzten Grundsatz bey dem Gedinge s. Sächs. Landr. I, 33, Eichhorn, St. u. R. G. S. 364. — Auf diese Verschiedenheit gebe ich hier nichts, weil sie keinen Unterschied zwischen dem Weiberlehen an sich und der Leibzucht eines Weibes am Lehen bildet, sondern sich darauf gründet, daß jenes nicht pure bestellt ist, sondern in Form eines Gedinges, welches immer unter der Conditio gegeben wurde, daß bey dem Tode des besitzenden Vasallen kein gesetzlicher Lehnfolger vorhanden war. S. Eichhorn a. a. D.

sondern ihr Recht brauche auch von dem Nachfolger des Lehns-  
herrn nicht respektirt zu werden<sup>605</sup>), so daß es möglicherweise  
schon vor ihrem Tode ihr genommen werden konnte. Das  
Recht der Frau am Lehen hatte also in der That, jedem folgen-  
den Lehns Herrn gegenüber, gar nicht den Charakter  
einer Gewere, war ein bloß persönliches Recht, wie das  
des Pächters<sup>606</sup>). Dagegen genöß das Weib, dem eine Leib-  
zucht am Lehen bestellt war, der Folge an den andern Herrn<sup>607</sup>);  
die Leibzucht machte sich gegen ihn, wie gegen jeden andern,  
als Gewere (d. h. als rechte Gewere, Note 260) geltend.  
Es waren daher beyde Rechte, das Lehen des Weibes und ihre  
Leibzucht am Lehen in Absicht der Gewere durchaus ver-  
schieden. Ferner: es finden sich bestimmte Nachrichten, daß  
die Leibzucht am Lehen, zwar mit des Herrn Einwilligung,  
aber vor dem Landgerichte durch gerichtliche Auflassung  
constituirt wurde<sup>608</sup>); sie war also eine Gewere zu Land-  
recht, und, wenn es freilich nicht zu läugnen ist, daß auch  
von einer Bestellung derselben durch Investitur im Lehen-  
gerichte Beweise vorhanden sind<sup>609</sup>), so dürfte doch, wie

605) Sächs. Landr. a. a. D.: weder man, noch weib mögen le-  
hen lenger haben, denn zu irem leib, allein vererbet es der  
man forder, und nicht die frawe. — Schwäb. Lehnr. 3: ain  
pfaff.. mag wol haben lehen zu sinem leib... und hat ain fra-  
we lehen von ainem herrn, die hat dasselb recht, alz der pfaff.  
— Sächs. Lehnrecht 2: pfaffen, wibe... und alle die nicht ein  
sin von ritters art, die suln lenrecht darben. welch herre doch  
dirre einem gut liet, von dem haben sie lenrecht an dem gute  
und en erben ez an ire kindere nicht und darben selber  
der volge an einen andern herrn. — Vergl. Note 632.

606) Vergl. Note 270 k.

607) Sächs. Lehnr. a. a. D.: kumt aber ein weib in die gewere  
des gutes na des Wasallen) tode, der iz ir lein liesse „zu irem  
leibe“ (Note 602), die sal darmit besiczen zu irme leibe...  
und hat volge an jeglichen herrn, an den das gut  
kommt. — Eine alte Glosse zu Sächs. Landr. III, 75 glaubt zwi-  
schen dieser Stelle und dem eben citirten Lehnrechtsterte eine Anti-  
nomie zu sehen und erklärt den Inhalt des letztern für neueres,  
durch Friedrich II. eingeführtes, Recht (Spangenberg Beitr. z. d.  
teutschen Rechten des M. A. S. 63 u. folg.). Ueberzeugt man  
sich, daß beyde Artikel von verschiedenen Geschäften reden, der eine  
vom Geding, der andere von der Leibzucht des Weibes, so fällt  
die Nothwendigkeit jener Erklärung weg.

608) S. Note 847.

609) Gerade die angeführte Stelle des Sächs. Lehnrechts liefert einen  
solchen Beweis.

sich an einer andern Stelle noch deutlicher zeigen wird <sup>610)</sup>, die Auflassung im Landgerichte als Regel; die Investitur als ein Surrogat jener zu betrachten seyn.

Mit dem Erbvertrage über fahrende Habe (ohne sofortige Tradition) wurde in neuerer Zeit auch das Leibgeding an derselben bekannt, daher es in denselben Quellen, welche jenen kennen, vorkommt <sup>611)</sup>. Die Form dieses Leibgedinges war die des Erbvertrages <sup>612)</sup> und eben so war das Recht des Bezahlers bis zu dem Augenblicke, wo er in den Besitz der Sache kam, ohne Zweifel bey beyden Geschäften dasselbe. Wie man sich aber das Recht der Erben des Gebers auf den Rückfall bey Beendigung der Leibzucht zu denken habe, läßt sich schwer mit Sicherheit ermitteln. Daß dieses Recht, wie man es sich bey der Leibzucht an einer beweglichen Species, nach Analogie der Immobilien, denken könnte, sich auf eine Gewere zu Eigenthum gründete, die neben der Leibzuchtsgewere fortbestand und vom Geber auf seine Erben transmittirt wurde, ist deswegen höchst unwahrscheinlich, weil dawider der allgemeine Grundsatz freitet, daß an fahrender Habe, die durch Veräu-

610) Vergl. §. 25 a. E.

611) Culm. Recht IV, 52: eyn man hot begobit syne husvrauwe mit eime lypgedinge, mit 10 mark, mynre adir me. — IV, 82: begobit ein man syn wib mit 100 mark tzu irme leibe. — Schlef. Landr. I, 9, pr.: ... lipgedinge ist, das ein man let leyen sime wibe und dingen den herrn... her mag ir dingen huben, acker, adir eigen vor dem richter. her mag ir auch lipzucht machen mit gelde. — Weichbild 22. — Schöffenurth: bey Böhme VI, 103, 6.

612) Culm. Recht IV, 51: gebit und machet ein man vor richter und vor scheppen in eime gehegeten dinge synem elichen wybe icht tzu morgengabe (Note 523), adir tzu eime lypgedinge. — Ebendas. IV, 36. — Wichtig war daher die Entscheidung, für welches Geschäft im Zweifel die Präsumtion streite. Schlef. Landr. a. a. D. fährt also fort: noch erem tode, so en gevellet das gelt nicht wedir hinder sich, sy erbit is an eren man, an ere kind und alle ire nehstn, es en seie denne mit benannten worten ausgescheiden, das is sulle wederumb fallen. spricht die frawe, is sulle nicht wedir fallen, das were si nehri zu beweisen salbdritte; so verre man allezeit lipzucht sal machin vor gericht, so mag man sie irzugen mit richter und mit scheppen.

ferung in die Hände eines andern kommt, der Geber keine Gewere behält. Auffallend aber ist es, daß jenes Recht auch nicht in der Form eines obligatorischen Anspruches vom Geber auf seine Erben fortgepflanzt wurde, wie sich aus zwey Entscheidungen in dem Culm. Rechte ergibt<sup>613)</sup>. Demnach bleibt uns, wie es scheint, nichts anderes übrig, als der Bestimmung des Leibgedinges an fahrender Habe, in Bezug auf den Rückfall an die Familie des Bestellers, die Wirkung eines successiven Erbvertrages zu Gunsten desjenigen Erben, welcher im Augenblicke des Rückfalles der nächste Intestaterbe des Gebers seyn würde, beizulegen. Daß ein successiver Erbvertrag schon dem ältern deutschen Rechte nicht unbekannt war, ergibt sich aus einem Schöffennurtheile derjenigen Sammlung, die den Ausgaben des Sachsenspiegels angehängt ist<sup>613 a)</sup>.

---

613) Culm. Recht IV, 82: begobit ein man syn wib mit 100 marken tzu irme lybe, der man sterbe darnach und lase ein kint, dasselbe kint sterbe auch ee denne dy mutir, dy 100 mark... wenne sy stirbet, so sullen sy gevallen uf des mannes erben, der sy domit begobit hatte und nicht uf der vrawen erbnamen ... wenne der vrawen mochte von irem kinde nicht angefallen, das uffe das kint noch nicht kommen was, wenne dy hundirt mark der mutir woren, do sy lebete. — Ebendas. 52: ein man hot begobit syne husvraw mit eime lyppedinge, mit 10 mark.. nu ist der man tot, und hat gelassen sone und tochtir, nu ist der sone tot und syn wib und haben vorbas kinder gelassen, dyselben kinder sin ouch tot und yre neesten haben sich zu der kinder gute gezogen, dy darzu recht gehat haben von vater und von mutter; nu ist uf das letzte dy vrawe auch tot, dy das lyppedinge gehabet hat, ab dy personen, dy der kinder gut undir sich geteylet haben, ab dy alle glich teyl nemen an der vrawen lyppedinge, adir wer recht dartzu habe? 53: wer der toten vrawen man allir neest zugehoret von mogeschafft weyne, dy sullen der vrawen lyppedinge alleyne behalden (also nur Schwermagen, Agnaten, der Kinder).

613 a) I, 12, 1: ob ein man geben mag nach seinem tode gut und erbe euer personen, darnach der andern, der dritten und nach irer aller tode an kirchen und an seelgerethe wenden? hierauff sprechen wir für recht: ein man mag sein gegeben stehend erbe, gewonnen erb, und farende hab vor gericht wol vergeben, wie manchen personen er wil, von dem einen auff den andern zu kommen.

§. 23.

Gewere zu treuer Hand.

Faßt man die mannichfachen Verhältnisse, bey welchen die Ausdrücke „treue Hand, Treuhänder, Treusträger“ und ähnliche gebraucht werden, unter einen Gesichtspunkt zusammen, so ergibt sich, daß damit stets eine Person bezeichnet wird, der die Sorge für die Vermögensangelegenheiten eines Andern, in welchem Umfange und in welcher Beziehung es sey, anvertraut ist; wiewohl der Sprachgebrauch nicht gerade auf jeden Vertreter dieser Art, jene Ausdrücke anwandte. Zum Beweise des Gesagten mögen zunächst folgende Anwendungen derselben dienen. Bezeichnet werden damit die Testamentarien (vergl. Note 560 u. folg.)<sup>614)</sup>, der Depositar<sup>615)</sup>, hie und da der Vormund<sup>616)</sup>, derjenige, welcher einen Vasallen in seinen Rechten und Verpflichtungen vertritt<sup>617)</sup> und endlich derjenige, dessen man sich als Stellvertreter, bey Veräußerungen von Immobilien bedient<sup>618)</sup>. Das Verhältniß der meisten hier genannten Personen ist von der Art, daß, sofern sie lediglich den Charakter von Besorgern fremder Rechte und Angelegenheiten beibehalten sollen, sein Zweck vollständig erreicht werden kann, ohne daß der Treuhänder eine selbständige Gewere an der Sache des Eigenthümers hat<sup>619)</sup>, und wo er sie nach der Natur des Verhältnisses

614) Haltaus u. d. W. Treuhälter, Treuhänder, Treusträger. S. 1804 folg. — Dipl. 89 bey Günther cod. Rheno-Mosell. II. p. 156. — Schles. Landr. VI, 31, 6.

615) Lüb. Recht 233 (bey Brockes cod. II.): ... by luden, de dat gudt gekofft hebben, edder den et vor en pant gesettet is, edder to truwer hand is to warente gegeven. — Balt. Landr. bey Heumann p. 156. — Haltaus u. d. W. treue Hand. S. 1802. — Schles. Landr. a. a. D. 2, 4.

616) Haltaus u. d. W. Treusträger, Treusträgerschaft. S. 1806 folg. — Vergl. Lüb. R. v. J. 1240. 185.

617) S. Note 621.

618) S. Note 622.

619) Auch der Vormund des Minderjährigen hatte keine eigene, selbständige Gewere an dessen Gütern, vielmehr nur die Vogtey über die Person (vergl. §. 2), kraft deren er diese dann auch in der Ausübung ihrer Gewere vertrat. Der Ehemann dagegen hatte eine eigne „Gewere zu rechter Vormundschaft“ an den Gütern der Frau, weil ihm selbständige Nutzungs- und Disposi-

hatte (wie bey dem Depositum) bedurfte es zu Bestellung des Treuhänders, auch bey Immobilien, gewiß nicht der gerichtlichen Auflassung, sondern einer simplen Tradition. Denkt man sich nun aber, daß ein Bedürfniß vorhanden war, die treue Hand im Verhältniß zu Dritten nicht als Ausüber fremder, sondern eigener Rechte des Eigenthums zu betrachten, wie denn wirklich ein solches Bedürfniß bey den beyden letzten <sup>620</sup>) oben bezeichneten, nur auf Immobilien, sich beziehenden, Fällen eintrat, so mußte das Verhältniß des Treuhänders ein, in Absicht der Gewere <sup>620 a)</sup> dem Eigenthume selbst entsprechendes werden, d. h. die treue Hand, der die Ausübung der Rechte und Verpflichtungen des Vasallen anvertraut waren, mußte durch Investitur im Lehengericht <sup>621</sup>) und diejenige, deren sich der echte Eigenthümer zu Vollziehung von Veräußerungen bedienen wollte, durch Auflassung im Landgerichte <sup>622</sup>) eine Gewere erhalten. Das Verhältniß des Treuhänders in diesen beyden Fällen läßt sich folgendermaßen definiren: dem Principal blieb sein Recht an der Sache (Ei-

tionrechte daran zukamen. (Sächs. Landr. I, 31). Hält man freylich jede Vormundschaft nach älterm d. Rechte für eine tutela fructuaria, so müßte man auch dem Altersvormund eine Gewere einräumen.

620) Es soll damit nicht gesagt seyn, daß dieses die einzigen Fälle der Treuhänderschaft mit dieser eigenthümlichen Stellung nach Außen sind; aber es scheint bey einem an sich schwierigen Institute erspriesslich, die Aufmerksamkeit zunächst auf diejenigen Fälle, die in den Quellen am klarsten vorliegen, zu beschränken. (S. weiter u.).

620 a) Von welcher die Wirksamkeit jedes Verhältnisses gegen Dritte (gegen die Außenwelt) abhing.

621) Haltaus 1803: wir C. v. H. bekennen, das wir dem vesten B. v. VV. zu seinem theile und sinen vettern, die noch nicht zu iren jaren komen sin, in getreuer hand zu tragen, zu rechtem manlehn verlihen das dorf St. — Sächs. Lehnr. 60 (Note 642). — Der Treuhänder mußte, wie der Vasall den Lehnsleid schwören (Haltaus 1796, 97). Es bedarf wohl keines weitem Eindringens in das hier gemeinte Verhältniß, um zu bemerken, daß es kein anderes als das des Lehenträgers (provasallus) ist.

622) Erfurt. Stat. 38 (Walch I, 116): welch man gut u flegt ime sime frunde und lezit is ime den erbeherrn lhen, ob iz erbe is, oder lezit ime daz eigen geben vor gericht und bevilet im daz zu getrauer hant, domite zu thun, waz he in heizet, alleine jener in der gewere sitze oder den nutz davon neme der man, der iz bevolen hat zu getrauer hant, so hat jener dem iz bevolen ist, ganze gewalt, damit zu thun.

genthum, dominium utile) in völliger Integrität, aber die Ausübung einzelner, daraus fließender Rechte und Verpflichtungen (Lehnspflicht) zum Vortheil und im Interesse des Eigenthümers stand dem Treuhänder zu und zwar als eine, in seiner Stellung gegen die Außenwelt, selbständige Befugniß oder Verpflichtung. Man sieht, daß der Anfang dieser Definition, der den Treuhänder als reinen Procurator darstellt, lediglich die innere Seite des Instituts, d. h. sein Verhältniß zum Principal auffaßt<sup>623)</sup>, da die Schlussworte das, was ihn von dem Procurator unterscheidet, die Selbständigkeit des Rechts, lediglich auf sein Verhältniß zu Dritten bezieht.

Bevor wir die beyden Fälle der Treuhänderschaft, von denen hier die Rede ist, einzeln und genauer ins Auge fassen, sey es mir erlaubt, obige Definition mit der Ansicht zu vergleichen, welche unsre Rechtslehrer von unserm Institute haben, wie sie sich aus dem Begriffe, den man vom Lehnträger und dem ganz analog behandelten Prodominus<sup>624)</sup> aufzustellen pflegt, ergibt. Auch nach dieser gewöhnlichen Vorstellungswise bildet es das Wesen des Lehnträgers, daß sein Recht (Pflicht) zur Ausübung der Gerechtsame (Verpflichtungen) des Vasallen den Charakter eines selbständigen, eigenen Rechts hat<sup>625)</sup>. Allein offenbar bezieht man diese Selbständigkeit auf etwas ganz Anderes, als oben von uns geschehen ist, nämlich auf die Unabhängigkeit des Lehnträgers von dem Willen der repräsentirten Person in Absicht der Entstehung und Beendigung seines Verhältnisses. Gerade darin, meint man, bestehe der Unterschied des Lehnträgers und Prodominus von dem bloßen Procurator des Vasallen oder Lehnherrn, daß ihre Stellung sich nicht auf ein widerrufliches Mandat des Vertretenen, sondern auf ein Recht gründe, welches ihnen ohne-

623) Weil die innere Seite des Instituts in den beyden Fällen, wo der Treusträgerschaft eine Gewere zukommt, dieselbe ist, wie in allen übrigen und der Name „treue Hand“ gerade auf diese sich bezieht, während die in jenen Fällen eigenthümlich gestaltete äußere Seite auf die Gewere sich stützt, so konnten auch sie oben als Belege für den Begriff der treuen Hand überhaupt angeführt werden (Note 617, 618), obgleich mir keine ausdrückliche Stelle dafür zu Gebot steht, daß auch derjenige Vertreter des Vasallen, oder des Eigenthümers bey Vornahme von Veräußerungen, welcher keine Gewere hat, Treuhänder genannt wurde.

624) S. über diesen d. G. dies. §.

625) Eichhorn, Einleitung §. 220, 210. — Päß, Lehr. §. 50.

dieß und aus einem andern Grunde zukomme. Offenbar aber legt diese Ansicht auf etwas ein Gewicht, was bey den selbständigen Treuhändern durchaus nicht wesentlich, sogar sehr selten war. Der Provasfall wurde in den meisten Fällen von dem Principal eben so, wie der Mandatar, gerade nur zum Behuf seiner Vertretung in seinen Rechten und Pflichten bestellt, ohne daß ein schon früher bestehendes Rechtsverhältniß zwischen beyden jenen zur Lehenträgerschaft berief<sup>626</sup>), und Unwiderruflichkeit seines Rechts gehörte keinesweges zum Wesen desselben<sup>627</sup>). Eben dasselbe trat bey demjenigen Treuhänder ein, dessen sich der Eigenthümer bey Veräußerungen von Immobilien bediente<sup>628</sup>). Die Selbständigkeit, welche wir dem Treuhänder mit Gewere zuschreiben, bezieht sich nicht auf seine Stellung gegen den, welchen er vertritt, sondern allein auf sein Verhältniß zu Dritten; diese soll und darf die Handlungen, die er vornimmt, als seine eigenen betrachten<sup>629</sup>).

Der Zweck unseres Instituts wird sich ergeben, wenn wir in die Natur der beyden oben ausgezeichneten Fälle näher eingehen.

#### A. Lehenträger<sup>630</sup>).

So weit sich die Fälle übersehen lassen, wo ein Lehenträger vorkam, war es in keinem Sache der Willkühr, ihn und nicht einen bloßen Lehnsubstituten zum Vertreter zu wählen, viel-

626) So die Lehenträger der Städte, Weiber, Geistlichen. Vergl. unten.

627) Haltaus 1232: ich D. L. v. A. bekenne .. von bete wegen der meisterinne und des convents zu S. in dy leben vor sol tragen, alz ein getrewer lehentregger sol, alz lange biz daz die meisterinne und der convent, und ir nachkommen es widerrufen.

628) S. Note 686.

629) Eine Vertretung mit diesem eigenthümlichen Charakter läßt sich denken bey Ausübung bereits erworbener Rechte und übernommener Verbindlichkeiten, aber auch bey Erwerb derselben. Während das deutsche Recht sie hauptsächlich nur in ersterer Beziehung kennt, stellt sie das ältere römische Recht in der zweiten Beziehung sogar als regelmäßige Form der Vertretung auf, indem bekanntlich nach demselben jeder Procurator bey Eingehung von Rechtsgeschäften selbst als der Verpflichtete und Berechtigte erschien.

630) Obwohl dieses Verhältniß eigentlich in das Gebiet des Lehnsrechts gehört (§. 25), so scheint es doch passend, es an dieser Stelle zu erörtern, um das Institut der Gewere zu treuer Hand im Ganzen zu übersehen.

mehr machten die juristischen Eigenschaften der Person gewisser Vasallen jenen nothwendig. Die wichtigste Gattung von Vasallen, welche eines Lehenträgers bedurften, waren die respektiv Lehnsunfähigen. Zwar machte der Lehnsherr eben dadurch, daß er einem Lehnsunfähigen ein Lehen verlieh, ihn im Verhältnisse zu sich selbst lehnsfähig<sup>631)</sup>, wenn gleich auch er gewisse Rechte, die dem lehnsfähigen Vasallen zukamen, ihm nicht zuzugestehen brauchte, namentlich das Recht, das Lehen auf seine Descendenz zu vererben<sup>632)</sup> und es mit der Wirkung zu verasterleihen<sup>633)</sup>, daß der Astervasall die Folge an den Oberlehns herrn genoß<sup>634)</sup>. In Rücksicht solcher vasallitischen Rechte und Verbindlichkeiten also, bey welchen lediglich der erste Verleiher ein Interesse daran haben konnte, wer sie ausübte, stand der lehnsunfähige dem lehnsfähigen Vasallen gleich<sup>635)</sup> und selbst in Rücksicht solcher, zu deren Ausübung der Lehnsunfähige durch den bloßen Willen des Verleihers nicht fähig gemacht werden konnte, durfte nach den Rechtsbüchern, wie es scheint, der letztere, ohne besondere Verabredung, keinen Vertreter verlangen<sup>636)</sup>. Daß aber

631) Sächs. Lehn. 2: *welch herre doch dirre (der Lehnsunfähigen) einem gut liet, von dem haben sie lenrecht an dem gute.* — *vet. aut. de benef. I. §. 5: si quis tamen uni istorum concedit beneficia, beneficiorum jura ab eo solo habebit.*

632) Sächs. Lehn. a. a. D.: *und (sie) en erben ez an ire kiudere mit.* — *vet. aut. de benef. a. a. D. —*

633) Sächs. Lehn. a. a. D.: *ob ein man, der vollkommen ist am herschilde, von paffen, oder von wiben, oder von einem, der des herschildes nicht en hat, belenet wirt, deme lene en mac her nicht gevolgen an einen andern herrn.*

634) Eine Ausnahme wenigstens hinsichtlich des erstern Rechts machte das Schwäb. Lehn. zu Gunsten der Nicht-Ritterbürtigen (Note 653).

635) Daher heißt es im *v. aut. de benef. I. §. 6: a testimonio possunt abjici in jure beneficali et a dandis sententiis, quibus est clypeus legalis, sed dominus eorum, qui eos in beneficia vit, contradicere non poterit eorum testimonium, d. h. der Herr, als Parthen, mußte ihr Zeugniß gegen sich dulden.* (Vergl. N. 637). — Sächs. Lehn. a. a. D.

636) Sächs. Lehn. 86: *belenet wib oder magt sin nicht pbliglig des riches hervart zu dinende, wenn hersture suln sie geben nach gesatzeme rechte; (Schwäb. Lehn. 67) das ist, wo sie leben von dem riche hant, da sullent sie das zehende teyl dem rich zu hersture geben. also sol ouch der paffe, der nüt ein fürste ist* (Note 649).

der Lehnunfähige, der durch die Gnade eines Herrn ein Lehen empfang, auch von jedem andern, wie von diesem, für lehnfähig anerkannt, d. h. des Heerschildes theilhaftig wurde, konnte die Dispensation des Lehnsherrn nicht bewirken<sup>637)</sup>. In allen Fällen also, wo die Ausübung vasallitischer Rechte und Verbindlichkeiten das Interesse anderer Personen, als des ersten Verleiher, berührte, hatte der Lehnunfähige einen Vertreter nöthig und zwar einen solchen, der, selbst lehnfähig, jene Rechte und Verpflichtungen als seine eigenen ausübte, so daß nur auf seine Person gesehen, er als Vasall betrachtet wurde, und das war ja der Charakter des Lehnträgers<sup>638)</sup>. Wenn nach dieser Ansicht die Nothwendigkeit eines Lehnträgers bey lehnunfähigen Vasallen eine blos relative war, so versteht es sich wohl von selbst, daß auch der erste Verleiher nicht allein die Vortheile eines Lehnträgers, den der Vasall aus eigenem Interesse bestellte, sich zueignen, sondern auch die Bestellung desselben zur Bedingung machen durfte, ein Fall, den unsre Rechtslehrer allein im Auge haben<sup>639)</sup>,

637) Daher konnte er vor jedem andern Lehngerichte als dem seines Herrn weder Zeuge noch Schöffe seyn und selbst in jenem durften seine Mitvasallen ihn zurückweisen. Vergl. Note 635. S. jedoch N. 655. — Daher genoß er nicht das Recht der „Folge an den andern Herrn“. Sächs. Lehr. (2) fährt nach den, Note 632 citirten, Worten fort: und darben selbe der volge an einen andern herrn. — vet. aut. de benef. I. §. 5. — Selbst die rechte Gewere des lehnunfähigen Vasallen konnte ihn gegen den folgenden Lehnsherrn nicht schützen, da sie offenbar kein Mittel war, den Mangel in persönlicher Rechtsunfähigkeit zu ergänzen.

638) Daß diese Vertretung in der That die Wirkung hatte, daß die Lehnunfähigkeit des Vasallen von andern so wenig, wie von dem ersten Verleiher, urgirt werden durfte, davon liefert die Folge an den andern Herrn, deren der Lehnunfähige durch Vermittlung des Lehnträgers theilhaftig wurde (Note 643), den sprechendsten Beweis. — Uebrigens ist das im Terte Gesagte überall nicht so zu verstehen, daß durch Bestellung eines Lehnträgers der eigentliche Vasall gänzlich aus dem Lehnverus ausscheldet. Allerdings wird er gleichsam verdeckt durch den, zwischen ihn und den Lehnsherrn tretenden Lehnt Träger, aber nur da, wo es zu seinem Vortheile gereichte, nicht gesehen zu werden; dagegen wird er dadurch nicht von der eigenen Beobachtung der Lehntreue gänzlich befreit. Die Treue des Lehntträgers ergänzt nur die des Vasallen in den Beziehungen, in welchen er selbst unfähig ist, sie zu erfüllen.

639) Böhmer princ. j. f. §. 91 sq.

wenn sie überhaupt noch von einem Lehenträger lehnsunfähiger Personen sprechen <sup>640</sup>).

Eine Uebersicht derjenigen Personen, welche wegen Lehnsunfähigkeit eines Lehenträgers bedurften, wird dazu dienen, das Obige in einzelnen Punkten näher zu bestimmen und zu begründen. Es gehörten dahin

1) die Weiber <sup>641</sup>), welche um so mehr verdienen, oben an gestellt zu werden, weil die Rechtsbücher gerade bey ihnen die Bedeutung des Lehenträgers am anschaulichsten entwickeln. Wiewohl das Recht der Frau, wie jedes Lehnsunfähigen, am Lehen, auf die Dauer ihres Lebens berechnet war und ein besseres Recht in dieser Beziehung auch die Vermittlung des Lehenträgers nicht verschaffen konnte <sup>642</sup>), so fehlte ihr selbst

640) Was in den neuesten Schriften über Lehrecht in der Regel nicht geschieht (Pög, Lehn. §. 50. — Eichhorn, Einl. §. 220).

641) Sächs. Lehn. 2: wib.. sullen lenrechts darben. — Haltaus 1283: were aber, das die lehen auf frauengeschlecht fallen und sterben würden, so solent dieselben frauen iren genossen redliche manschaft zuschicken, dieselben lehen ihnen zu gut und in irem namen von uns zu emphahen, zu lehen tragen und vordienen.

642) Vergl. Note 632. — Sächs. Lehn. 60: auch mag der man gut emphan mit einer vrowe, so daz er sie an dem gute verste... stirbt aber die vrowe, von der halben er die gewere hat an dem gute, sine lenunge hat ein ende, die er zu muntschaft empfing. Das die „Gewere zu Mundschaft“ nicht die des Ehemannes zu rechter Vormundschaft, kraft welcher er selbst Nutzungsrechte am Lehen und ein Widerspruchsrecht gegen jede Veräußerung der Frau gehabt hätte (Sächs. Landr. I, 21 — Schles. Landr. I, 14, 15), sondern die Gewere zu treuer Hand bezeichnet, ergiebt sich aus den folgenden Worten: let auch die vrawe ir gut uf oder wirt es ir mit lenrecht vertheilet, jener en hat dar nicht mer an, der ez mit ir empfing. — Eben so konnte auch die Subinféudation, welche der Lehenträger im Namen der Frau vornahm (Sächs. Lehn. a. a. D.) dem Aftervasallen so wenig die Folge an den Oberlehnherrn gewähren, als die, welche von der Frau selbst ausging (Note 633). Denn beyde hier erwähnten Beschränkungen, wodurch das Recht der lehnsunfähigen Vasallen ein schlechteres war, als das des lehnsfähigen, der Mangel des Rechts der Vererbung und der, mit vollkommener Wirkung vorzunehmenden, Subinféudation, äußerten ihre Wirksamkeit schon bey Lebzeiten des ersten Verleiheres (der doch sonst die Lehnsunfähigkeit des Vasallen nicht urgiren durfte) und hätte letztere dadurch, daß der Lehenträger subinféudirte, gehoben werden können, so wäre es ein Leichtes gewesen, auch die erstere durch Subinféudation der Erben des Weibes zu elidiren.

doch die Folge an den andern Herrn (Note 637), weil dieser in ihr nur den Lehnsunfähigen sehen durfte. Aber zu dieser Folge an den andern Herrn verhalf ihr nun die Vertretung durch den Lehenträger, der die Renovation der Investitur, als seine eigene Handlung, verrichtete<sup>643</sup>). Das Eigenthümliche des vorliegenden Verhältnisses, wo ein Weib Vasall und ein Mann ihr Lehenträger war, tritt deutlicher hervor, wenn wir es mit drey andern, zum Theil ähnlichen, Verhältnissen vergleichen: einmal mit dem Verhältnisse der Frau, als Inhaberin einer Leibzucht am Lehen, wo sie des Lehenträgers zum Zweck der Folge an den andern Herrn nicht bedurfte<sup>644</sup>), zweitens mit dem Falle, in welchem ein Mann zwar mit der Frau, aber nicht zu treuer Hand, sondern selbst als Vasall zu eigenem Rechte, belehnt wurde, wo denn das Recht des Mannes nicht mit dem der Frau sich endigte<sup>645</sup>), drittens endlich mit dem Falle, in welchem der Mann blos vermöge der gesetzlichen ehelichen Vogtey Rechte am Lehen der Frau hatte, wo nicht nur sein Recht mit dem der Frau ein Ende nahm, sondern auch der letztern durch ihn die Folge an den andern Herrn nicht verschafft werden konnte, weil die Bedingungen der Lehenträgerschaft (Investitur, Lehnseid) bey ihm fehlten.

643) Sächs. Lehntr. 80: es ist gut, daz ein man der vrowen gut mit ir emphabe durch daz, ab ir herre stirbt und die vrowe dar nicht gevolgen mag, durch das sie des herschildes darbet, daz der man volge dem gute, wend her den herschild hat. — Ebenbas. 60: auch mag der man gut emphan mit einer vrowen, so daz her si an dem gute verste und volge darmit an einen andern herrn, ab ir herre stirbt, wend sie des herschildes nicht en hat, der man hat den herschild und die gewere von der vrowen halben an dem gute, durch daz hat he die volge daran... beide haben ein vol lenrecht an dem gute mit samender bant entsangen. her hat die lenunge und den herschild und sie hat dieselbe lenunge und die gewere. Schwäb. Lehntr. 103.

644) Vergl. Note 607.

645) Sächs. Lehntr. 60 führt nach den, Note 642 cit., Worten: „sine lenunge hat ein ende, die er zu muntschaft empfieng“ also fort: im si danne recht lehn daran verlegen. — Schwäb. Lehntr. 103 §. 2: so die frawe tod ist, so hat des mannes lehen (zu treuer Hand) ein ende, er en habe denn das gut entphangen mit der frawen mit eins lehensband und habe auch mit der frawen das gut genossen, so behelt er recht am lehen nach der frawen tode. — Sächs. Lehntr. 80.

2) Die Geistlichen <sup>646</sup>).

3) Die juristischen Personen bedurften eines Lehnträgers, den man aber, wie sich in der Folge <sup>647</sup>) noch deutlicher, als aus den an dieser Stelle beigebrachten Urkunden <sup>648</sup>) ergeben wird, nicht in ihrem verfassungsmäßigen Vorstande zu suchen hat. Nur die reichsunmittelbaren Stifter waren vollkommen lehnsfähig, denn sie hatten den (zweiten) Heerschild <sup>649</sup>). Daher bedurfte das Stift keines Lehnträgers, sondern für solche Verpflichtungen, die es, d. h. sein Vorstand, als sein Organ,

646) Sächs. Lehntr. 2: paffen.. sullen lenrechts darben. — Saltaus 1223: und wann er ein geistlich man ist und solicher lehen nicht behalten mag, so geben wir im einen lehenträger.

647) S. dies. §. a. E.

648) Saltaus 1232: der rath zu L. hat das rittergut L. vom bischof zu M. zu lehen, halten dahero einen lehenträger, einen aus dem rath, nicht von den aeltesten, nicht von den jüngsten. — Böhmer pr. j. feud. §. 94 Note h, app. nro. 13. — Sacharä Handbuch d. Königl. Sächs. Lehntr. S. 74. — Saltaus a. a. D.: daz wir (der deutsche Ritterorden) dem erwirdigen herrn M. bischof zu W., H. v. H. geben hau zu einem man, dieselben lehen zu tragen, also wan der vorg. H. von todis wegen abgangen ist, sollen wir von unsir und unsirs ordins wegen dem egen. stift einen andern wolgebornen man, der schilt und helmgenofs ist an sin stat geben. — Ebendas.: ich D. L. bekenne von bete wegen der meisterinne und des convents zu S. in dy lehen vor sol tragen als ein getrewer lehentregger sol.

649) Sächs. Landr. I, 3: .. zu derselben weise sind die herschild ausgelegt, unter den der könig den ersten hat, die bischöfe und ehte und die ebtissin, die gefürstet sind, den zweiten. — Sächs. Lehntr. 2: es er si, das ein paffe oder wib des riches gut bi core entphah und den herschild darab habe, das mogen sie liben und dem gute mac man gevolgen an einen andern herrn (vergl. Note 633). — Schwäb. Lehntr. 159 §. 2, 67 (Note 636), auch §. 1 ist wohl von denselben „Paffen“ zu verstehen (Schilter Comment. ad h. l.) — Absichtlich ist im Texte das Stift, als juristische Person, statt der in den Quellen genannten Vorstände desselben, als lehnsfähig dargestellt. Wären die letztern wahre Lehnträger, so müßten sie freilich für ihre Person als lehnsfähig betrachtet werden. Aber weil sie es nicht waren (Note 647), so kam ihre persönliche Lehnsfähigkeit gar nicht in Rede. Die Vorstände galten für lehnsfähig, wenn die von ihnen repräsentirte juristische Person es war, und andererseits für lehnsunfähig, wenn letztere der Regel in Betreff der moralischen Personen folgte, daher z. B. der deutsche Orden nach der, in der vorhergehenden Note angef., Urk. einen Lehnträger stellte, wiewohl sein Vorstand gewiß eine lehnsfähige Person war.

nicht ausüben konnte<sup>650</sup>), bedurfte es nur eines Lehns-  
stituten<sup>651</sup>).

4) Die Nicht-Ritterbürtigen. Nach dem Sächs. Lehnrecht standen sie unter denselben Regeln, wie die Weiber und Geistlichen<sup>652</sup>). Nach dem Schwäb. Lehnrecht gehörten sie zwar noch zu den Lehnsunfähigen<sup>653</sup>), bildeten aber darin eine merkwürdige Ausnahme, daß sie gewisse aus der Lehnsfähigkeit herfließende Rechte hatten, deren die übrigen Lehnsunfähigen nicht theilhaftig waren; namentlich wissen wir dieses von der Schöffenbarkeit und allgemeinen<sup>654</sup>) Zeugnissfähigkeit in dem Lehngerichte ihres Herrn und dem Rechte der Vererbung des Lehens auf ihre Nachkommen<sup>655</sup>). Einen Lehns-

650) Dieses konnten nicht mehr solche seyn, von denen das Lehnrecht die Lehnsunfähigen ausschloß, da das Stift zu diesen nicht gehörte, sondern nur noch solche, die das Recht, welchem die geistlichen Personen sonst unterworfen waren, ihnen unterlagte. Dahin gehörte die Leistung der Kriegsdienste.

651) Der Befehlshaber der Mannen des Stifts, mochte er ein erblicher Schirmvogt oder ein willkürlich gewählter vornehmer Dienstmann desselben seyn (Eichhorn St. u. R. G. §. 324 Note d), ward gewiß nicht als provasallus des Stifts angesehen.

652) Sächs. Lehn. 2: .. alle die nicht en sin von ritters art von vater und von eldervater, die suln lenrecht darben.

653) Schwäb. Lehn. I. §. 4 stimmt mit der eben cit. Stelle des Sächs. Lehn. überein. Allerdings vertheidigte man schon zur Zeit der Rechtsbücher die Meinung, daß sie Lehnrecht und den Heerschild hätten. Sächs. Landr. I, 3: .. also weis man auch nicht an dem sibenden herschild, ob er lehn und herschildesrecht haben müge. — Schwäb. Lehn. I. §. 2. — Da die Ansicht, welcher die Rechtsbücher den Vorzug geben, gewiß ist, so sieht man, daß, wenn sie den Nicht-Ritterbürtigen einen besonderen Heerschild beilegen, dieses lediglich aus dem Bestreben hervorgeht, alle Personen unter den Reichsheerschild zu classificiren, übrigens aber der siebente Heerschild eine bloß negative Bedeutung hatte, den Heerschild ohne Heerschildrecht bezeichnete. Daher sind in den Rechtsbüchern diejenigen, von denen sie sagen, sie hätten den Heerschild, immer nur Personen, die in den sechs ersten Heerschilden stehen.

654) Vergl. Note 637.

655) Schwäb. Lehn. I. §. 5: lihēt ain herr der ainem, der in dem sibenden herschild ist, ain gut, der hat alz gut recht darzu, als der im sechsten herschild, und erbet diu leben an sine kint. umb allez lenrecht mügen sie nit urtail finden, wan vor irem herrn. ir gezuig verleget man wol vor andern herrn umb lenrecht, an vor irem herrn nicht. — Obenbas. 41 §. 1, 49 g. d. E.

träger aber, der unzweifelhaft bey ihnen vorkommt<sup>656</sup>), bedürften sie zur Folge an den andern Herrn.

Außer den bisher genannten Personen gab es noch zwey<sup>656a</sup>), die einen Lehenträger nöthig hatten, nämlich die Gesamtbelehnten und die Unmündigen, aber das Bedürfniß des Lehenträgers bey ihnen beruhte auf andern Gründen, als auf der Lehnsunfähigkeit.

1) Daß die Bestellung eines Provasallen bey Gesamtlehnten, z. B. bey mehrern Descendenten eines Vasallen, vorkam, ist bekannt<sup>657</sup>) und daß sie nicht Sache der Willkühr der Vasallen war, sondern von dem Lehnherrn gefordert werden durfte, ergeben ausdrückliche Zeugnisse<sup>658</sup>). Da nun die Gesamtbelehnten in ihrer Vereinigung als moralische Person betrachtet werden müssen, so könnte man geneigt seyn, sie, wie juristische Personen überhaupt für respectiv lehnsunfähig<sup>659</sup>) und darum eines Lehenträgers bedürftig zu halten. Dem aber widerspricht, daß, abgesehen von dem ältern Rechte, von dem das Sächs. und Schwab. Lehurecht Zeugniß giebt<sup>660</sup>),

656) Zacharia a. a. D. (Note 648).

656 a) S. jedoch Note 670a.

657) Haltaus 1804: das under den vorgeschribenen v. S. der eldist das seehaus von dem graf L. zu rechtem manlehn emphahen soll und soll das zu getreuer hand tragen den vorgeschr. v. S., die des stammes sind, und were es, daß derselbe abging, fürbas soll es jeder eldist unter ihnen emphahen und den andern zu getreuer hand tragen.

658) Sächs. Lehn. 8: ob zwene man mit eineme lene belenet werden, dewile sie amme gute unbeteilet sin, der herre muz wol sinen mannen gebieten. daz sie sich bescheiden binnen sechs wochen, daz her wisse, uf wen her sines dienstes sulle wartende sin, und tun si das nicht, man vertheilet in ir gut. — Nichtsteig d. Lehn. II. — Das Rigische Ritterrecht setzt das Empfangen eines Gesamtlehens durch Einen als Etwas, das sich von selbst versteht, voraus. Art. 5: sint bröder, twe, effte mer, in ungedeletem gute, de hebben ere gesamende hant in dem gute, stervet dejenne, de dat gut entfangen hat, de andere entfangen dat gut binnen jar und tach.

659) Zur Bestätigung dieser Ansicht könnte man sich auf das Sächs. Lehn. berufen, welches den Gesamtbelehnten, als solchen, die Folge an den andern Herrn versagt. 84: ab mer lute, denn ein mit eime gute belenet sin und sin sie unbescheiden an dem gute, ir nichein mag volgen an einen andern herrn, ab ir herre stirbt, wenne ein einic man. — vet. aut. de benef. I, 85.

660) Bergl. Note 666.

mehrere Brüder die Belehnung zur gesammten Hand für-  
 deren durften<sup>661)</sup>, ihr Recht auch auf ihre Descendenz ver-  
 erben<sup>662)</sup> und eines Lehnträgers schon in ihrem Verhältnisse  
 zu dem ersten Lehnsherrn<sup>663)</sup>, der sie insgesammt belehnte,  
 bedurften<sup>664)</sup>. Der wahre Grund davon, daß Gesammtbe-  
 lehnte eines Lehnträgers bedurften, läßt sich an dem Falle  
 der Gesammtbelehnung, in welchem sie ohne Zweifel zuerst zur  
 Anwendung kam<sup>665)</sup>, nämlich an der Gesammtbelehnung  
 mehrerer Descendenten eines Vasallen, deutlich erkennen. Das  
 Sächs. und Schwab. Lehnrecht kennt die Erblichkeit des Lehens  
 noch in einem viel beschränktern Umfange, als man gewöhn-  
 lich annimmt, indem beyde nur einem Sohne die Succession  
 zugestehen<sup>666)</sup>. Zwar änderte sich dieses späterhin (Note 661),

661) Schon das Rügische Ritterr. Art. 14 sagt: alleine der herr dem  
 eldesten sone guds vorlenet, doch hebbende andern allike recht  
 dorto, dewile se ungedeylet sin, were idt aver, dat se deleden,  
 so were ein jewelic plichtig syn got to emphande. — Eich-  
 horn, Einleitung §. 357.

662) Sächs. Lehnr. 34: man mac vil brudern ein gut lihen, ab si  
 ez mit gesamnter hand empfahen ... dewile sie auch daz gut  
 zusamene haben, stirbt ir einer, sein kint tritt in des vaters stat.

663) Note 658. — Vergl. Text zu Note 631.

664) Wenn wir demnach die Gesammtbelehnten, als solche, nicht un-  
 ter die Lehnsunfähigen setzen und andererseits die Ansicht, sie bilden  
 eine moralische Person, nicht aufgeben können, so wäre es doch un-  
 richtig, in ihnen eine so rein positive Ausnahme von der Regel in  
 Hinsicht der juristischen Personen zu erblicken, wie die Reichsstifter  
 bildeten, vielmehr folgt die Lehnfähigkeit der Gesammtbelehnten  
 nothwendig aus dem, zwischen ihnen und allen übrigen moralischen  
 Personen obwaltenden, Unterschiede, daß letztere vor der Beleh-  
 nung, erstere dagegen durch die Belehnung entstehen. Es wäre  
 in der That etwas Widersinniges, Personen, die vor der Ge-  
 sammtinvestitur lehnfähig waren, wegen ihrer, durch jene Hand-  
 lung bewirkten, Vereinigung in eine moralische Person ihrer Lehn-  
 fähigkeit zu berauben, also durch denselben Akt eine Eigenschaft zu-  
 gleich anzuerkennen und zu vernichten. Der Heerschild der Einzel-  
 nen ging auf ihre Gesammtheit über.

665) Eichhorn, Einleitung §. 207 Note g folg.

666) Sächs. Lehnr. 31: der herr ist nicht pflchtig mer kindern  
 denne ein em ires vaters gut zu lihen. — Schwab. Lehnr. 58  
 §. 1, 4: ..nicht mer mügen mer bruder den herrn nöten, das  
 er in allen leihe, er leihet es nit wenne eime. Ebendas.  
 60 §. 1. Daß dieses nicht so zu verstehen sey, als empfangen der  
 eine Bruder, als Provasall, im Namen Aller die Belehnung, er-  
 glebt sich daraus, daß die übrigen, außer ihm, nicht Lehnrecht

jedoch so, daß das neuere Recht sich jenem ältern Grundsatz accommodirte. Sollten nämlich alle Söhne auf das ganze Lehen, wie es der Vater besessen hatte, ein Recht behalten, so mußte ihre Vereinigung nicht bloß ihrer innern Natur nach den Charakter einer (moralischen) Person, sondern auch äußerlich die Gestalt eines Vasallen annehmen, d. h. ihre Gesamtheit bedurfte eines Lehenträgers<sup>667)</sup>.

2) Auch die Unmündigen hatten nach deutschem Rechte, wie es sich gegen Ende des Mittelalters zu bilden anfing, einen Lehenträger in der Person des Lehnvormundes nöthig<sup>668)</sup>. Wie man sie auch nach älterm Rechte beurtheilen mag, so ist es doch klar, daß sie seitdem nicht für lehnsunfähig gelten konnten; ihre Unfähigkeit, die Lehnspflicht persönlich auszuüben, konnte nur der eines Abwesenden, oder sonst faktisch und vorübergehend Gehinderten, gleich gestellt werden, und

an dem Gute, sondern nur einen Anspruch nach Landrecht gegen den Bevorzugten hatten, nach welchem sie von ihm die Herstellung der Gleichheit unter ihnen durch anderweitige Entschädigung fordern durften (Sächs. Landr. I, 14: es ist allein lenrecht, da der herr nicht weiter leihet, denn einem son seines vaters gut, es ist doch nicht landrecht, das ers allein behalte, er erstat es seinen brüder in der teilung). — Daher war eine Gesamtbelehrnung aller lediglich Gnade des Herrn (Schwäb. Lehn. 61 §. 3) und deswegen jeder folgende Lehnsherr daran so wenig, als an eine Belehnung eines Lehnsunfähigen, gebunden (Note 659). — Vergl. 1 F. 1 §. 1: ..sic progressum est, ut ad filios deveniret (feudum) ad quem scilicet dominus hoc vellet beneficium confirmare, quod hodie ita stabilitum est, ut ad omnes aequaliter veniat. Die deutschen Rechtsbücher weichen von dieser Nachricht des longobardischen nur darin ab, daß die Wahl dessen, der belehnt werden sollte, binnen Jahr und Tag den Brüdern zustand. Sächs. Lehn. a. a. D. Schwäb. Lehn. 60 §. 2. 61.

667) Ohne diese Accommodation an den ältern Grundsatz hatten die einzelnen Söhne nur auf einen Theil des Lehens, welches der Vater besessen hatte, einen Anspruch, ohne die Hoffnung, durch ein gegenseitiges Successionsrecht zu dem Theile der andern zu gelangen, da bekanntlich das deutsche Recht die Lehnsuccession nie bis zur Collateralerbfolge erweiterte.

668) Haltaus 1232 (Urf. v. J. 1472): das wir C. R. v. K. als eynen lehentreger und anstatt Js. v. C. zu rechtem manlehn geliehen haben und der gen. C. R. sal im sulich lehen als ein lehentreger und bis so lange der obgen. J. zu sinen mundigen jaren kompt von uns zu rechtem manlehn haben, tragen, verstehen, verdienen und entphaen und unser getrewe man darumb sin. — Ebendas. u. d. B. Träger. S. 1796, 97.

so wenig dieser eines Lehnträgers, sondern nur eines Lehns substitu-  
tuten bedurfte, so mußte man ein Gleiches auch von den  
Unmündigen erwarten. Die Nothwendigkeit des Lehnträgers  
bey ihnen hat lediglich einen historischen Grund. Bekanntlich  
war es, bevor jene Lehnsvormundschaft sich bildete, Grund-  
satz des deutschen Lehnrechts, daß für die Zeit der Unmündig-  
keit des Vasallen das Lehen an den Herrn zurückfiel (Ange-  
fälle) und dieser es inzwischen an einen Andern, zu dessen eige-  
nem Vortheil verleihen durfte<sup>669)</sup>. Aus dieser tutela fructua-  
ria<sup>670)</sup> entwickelte sich die spätere Lehnsvormundschaft, indem  
die äußere Seite des Verhältnisses dieselbe blieb, die innere  
aber die Natur einer wahren Vormundschaft, als eines, ledig-  
lich zum Vortheil des Mündels gereichenden, Verhältnisses an-  
nahm, und somit die Stellung des Lehnsvormundes die des  
Lehnträgers wurde<sup>670 a)</sup>.

669) Eichhorn, Einleitung s. 223 Note h. — Urk. 69, 79 bey  
Gerken cod. dipl. Brandenburg. III.

670) In der That wird der Lehns Herr, sofern er das Angefälle an  
sich behielt, und der damit Belehnte Vormund des unmündigen  
Vasallen genannt (Sächs. Lehn. 28) und mit Recht, da sie, ab-  
gesehen von den Einkünften des Gutes, die sie selbst zogen, die  
Rechte des Lehnträgers wahrnehmen mußten und ihr Recht, wie die  
Vormundschaft nicht bloß mit der Mündigkeit, sondern das des  
Belehnten auch mit dem Tode des Unmündigen sich endigte  
(Sächs. Lehn. a. a. D.).

670a) Eine dritte lehnsfähige Person, von deren Vertretung durch  
einen Lehnt Träger sich jedoch nur ein neuerer Schriftsteller belehrt  
hat, war der höhere, d. h. auf einer höhern Stufe des Heer-  
schildes stehende Vasall eines niedern Lehns Herrn (Biener comm.  
de leg. germ. orig. t. II. p. II. s. 36). Auch für diesen Fall  
ist es klar, daß, wenn überhaupt Vertretung des Vasallen zuge-  
lassen wurde (wozu der Lehns Herr schwerlich gezwungen werden  
konnte), sie nur durch einen Lehnt Träger, der im Heerschild  
unter dem Lehns Herrn stand, geschehen konnte. Denn der Zweck,  
den man dabey im Auge hatte, war offenbar der, dem abnor-  
men Lehnsverhältnisse die Gestalt eines regelmäßigen, zu welchem  
die Stellung des Lehns Herrn über dem Vasallen im Heerschild  
gehörte, zu geben, und dieses wurde nur erreicht, wenn der  
Vertreter selbst als Vasall erschien und den eigentlichen Lehns-  
mann gleichsam gänzlich verdeckte.

## B. Treuhänder, deren man sich zu Veräußerungen von Immobilien bediente.

Wenn man die Urkunden <sup>671)</sup> durchläuft und mit einander combinirt, in welchen die Salmannen <sup>672)</sup> oder, wie sie auch genannt werden, delegatores <sup>673)</sup>, mediatores <sup>674)</sup>, conservatores <sup>675)</sup>, executores <sup>676)</sup>, fidejussores <sup>677)</sup>, saleburgiones <sup>678)</sup>, vorkommen, so kann man nicht umhin, diese und die zweite, oben (Note 622) bezeichnete Art der, mit einer Gewere versehenen, Treuhänder für ein und dasselbe Institut zu halten. Daß die Bestimmung des Salmannes war, die Veräußerung von Immobilien (im Wege der gerichtlichen Auflassung) nach dem Willen dessen, der sie wählte, zu vollziehen, geht aus allen Urkunden auf das Deutlichste hervor <sup>679)</sup>; ihr Verhältniß wird ebenfalls als Treuhänderschaft bezeichnet <sup>680)</sup>, und, was das Wichtigste ist, weil sie dadurch eine Gewere zu treuer Hand erhielten, die Form ihrer Bestellung

671) S. besonders Heumann *comm. de Salmannis* in dessen opusc. 289 folg. — Galtaus u. d. W. Salman 1584.

672) Von sale, salung, d. h. gerichtliche Auflassung (Galtaus u. d. W. 1588 u. Note 127), deren Vollziehung im Namen eines andern das Geschäft der Salmannen war.

673) Heumann a. a. D. 301: quod villae delegatorem, quod vulgo dicitur salman non habeat. — Galtaus 1586.

674) Heumann 308: per manum mediatoris, qui vulgo dicitur salman.

675) Heumann 303: prelegit fore conservatorem et suum esse salman.

676) Galtaus a. a. D.: fuit executor, quod vulgariter dicitur Salman.

677) Heumann 306: per manum fidejussoris mei, quod vulgo dicitur salman.

678) Heumann 320: acta est haec traditio.. per manus fidejussorum, quos vulgariter vocamus Saleburgiones.

679) Vergl. Note 681.

680) Galtaus 1586. ad manum fidelem, que vulgariter salman appellatur. — Heumann 303: mit seinen salleuten die sagten bey salmans treu. 306. atque ipsi (conservatores) ab eo postea admoniti fidei suae, dedere bona delegata. — 314. de hereditate, quam meae fidei tradendam commendavit.

war die gerichtliche Auffassung<sup>681</sup>). Freylich bezeichnen nicht alle obige Namen immer den Treuhänder mit Gewere, sondern häufig nur eine ihm ähnliche Person. So wird mit den beyden zuletzt genannten hauptsächlich derjenige bezeichnet, welcher die Verbindlichkeit des veräußernden Eigenthümers zur Gewährleistung als Bürge übernimmt (der Wehrbürge<sup>682</sup>), und andere werden auch für den Treuhänder ohne Gewere gebraucht, vornemlich der Name executor für den Testamenter (Note 560), dem der Salmann unter Umständen<sup>683</sup>) allerdings sehr ähnlich war; eben so wird auch umgekehrt „Salmann“ für „Testamenter“ gesagt<sup>684</sup>). — Die Bedeutung und

681) Heumann 304: het der egen. H. E. gefraget ein urteil, ob er das aygen icht billichen gesaten möcht. das wurd erteilt. und also trat er dar und satzte das egeschr. aygen mit rechter sal und mit urteil in seiner salleute hant. — Eben- das. 303. — §12. tradidi atque vesti vi vassum meum D. de rebus proprietatis meae, ut ipse tradidisset et revestisset de iisdem rebus A. episcopum. — Daher bedienen sich die Urkunden des Wortes delegare sowohl zur Bezeichnung der Handlung des Salmannes, wodurch er die Veräußerung vollzieht, als auch die Handlung des Eigenthümers, wodurch er den Salmann be- stellt: Heumann 306: quod predium dedit comes Fr. Eber- hardo de S.; delegans illud in manum Hartwici servandum per (für) eundem Eberhardum. notum ergo sit, quomodo fratres ecclesiae S. St. emerint hoc predium ab eodem Eber- hardo, suscipientes delegationem hoc modo. Gerhardus filius praef. Hartwici, patris Successor (Note 688) delegavit idem predium in manus Wernheri, delegandum per eum S. St. Wernherus, fidei suae memor fecit delegationem ejusdem predii ad S. St. coram comite. — Haltaus 1585 g. d. E.

682) Die Aehnlichkeit zwischen diesem und dem Salmann wird sich unten ergeben Note 694.

683) Vergl. Note 708.

684) Haltaus 1587. — Die obige Aufzählung der Namen be- schränkt sich absichtlich auf diejenigen, von denen es gewiß ist, daß sie mit „Salmann“ identisch sind. Heumann vermehrt sie mit solchen, bey denen, nach den von ihm beigebrachten Urkunden, das Gegentheil entweder klar, oder mindestens denkbar ist. Die meisten Urkunden, auf die er die Bezeichnung advocatus grün- det, sprechen von dem Kirchenvogte, der im Namen der Kirche die gerichtlich aufgelassenen Güter empfängt (S. 309 folg.) Die defensores, die er für Salmannen hält, sind meistens Patrone geistlicher Stiftungen (S. 310, 312). Die Testamentarien, Seel- wärter, gadiatores fideicommissarii bezeichnen wahrscheinlich die simplen Executoren des letzten Willens (S. 316, 318, 319, 315). Selbst unter den Urkunden, in denen einer der wahren Namen

der Zweck des Instituts wird sich aus folgender Betrachtung ergeben.

Was zuvörderst die innere Seite desselben betrifft, so glaube ich von der Ansicht, welche oben im Allgemeinen für die mit Gewere verbundene Treuhänderschaft aufgestellt ist, daß sie nämlich im Wesentlichen dem Verhältnisse des simplen Mandatars entspreche, auch in Hinsicht des Salmannes nicht abgehen zu dürfen. Dafür sprechen theils die Ausdrücke, mit denen der Inhalt seines Verhältnisses zum Eigenthümer bezeichnet wird, indem diese jenem jedes eigne Recht und Interesse an der Sache deutlich absprechen<sup>685</sup>), theils der Umstand, daß das Verhältniß dem willkürlichen Widerrufe von Seiten des Eigenthümers unterworfen war<sup>686</sup>). Andererseits steht damit nicht im Widerspruch, daß der Salmann einen Andern substituiren konnte<sup>687</sup>), und seine Erben in das Verhältniß eintraten<sup>688</sup>), dergestalt, daß selbst Minderjährige durch ihren Vormund die Rechte der Salmannschaft ausüben durften<sup>689</sup>). Wenn daher ein Vasall sein Lehen dem Herrn aufließ (refuztirte), mit der Bedingung, es einem Dritten zu verleihen<sup>690</sup>),

des Salmannes vorkommt, finden sich solche, wo er nicht diese Bedeutung hat. So z. B. sind die *fidei manus* in der, S. 319 g. C. citirten, Urkunde, *Depositare, Sequestratoren*.

685) Eine stehende Formel bilden in dieser Beziehung folgende Ausdrücke: also satzt derselbe (Eigenthümer) das eigen in seiner *salleute hant*, im daz in treuen zu tragen und zu behalten und nicht damit zu thun, dann sie von im ermant werden (Heumann 304). — Vergl. ebend. 315, 322.

686) Heumann 302: *ipsi autem fratres Salam ipsam de manu praedictorum tollentes in manu Pilgrini de M. deposuerunt. itemque eodem loco eam in manus comitis Conradi de M. deposuerunt, recipientes eam a Pilgrino ipsumque Conradum comitem super omnes praedictas promissiones. Salmannum constituerunt.*

687) Vergl. Heumann 306. (Note 681). — Haltaus 1585.

688) Vergl. Heumann a. a. D.

689) Heumann 302: *contigerat, ut A., qui erat salmannus, ante aliquot annos in bello occubisset et filii ipsius, in annos constituti, vices ejus implere non possent, unde post multam disputationem sententia principum in hoc consensit, ut proximus puerorum vices suppleret ipsorum.*

690) Sächs. Lehnt. 38: *let ein man gut uf sime herrn also bescheidentlich, daz erz eime andern libe. wil ez der herr selbe behalten und en libet erz jeneme nicht, her hat da nich recht zu.*

so unterschied sich dieses Geschäft von der Bestellung eines Salmannes nicht bloß darin, daß zu dem Zweck, das Lehen einem Andern zuzuwenden, die Refutation von Seiten des Vasallen nothwendig, die Verleihung von Seiten des Herrn an sich freyer Wille war, sondern auch darin, daß die Auflassung die Lehnsgerewe des Vasallen selbst auf den Lehnsherrn übertrug, nicht bloß eine davon verschiedene Gewere zu treuer Hand<sup>691)</sup>. Wenn ferner ein Vasall einen Andern, als Aftervasallen, belehnte, damit durch diesen die nicht lehnsfähigen Angehörigen des erstern nach seinem Tode ein Nuzungsrecht am Lehn erhielten<sup>692)</sup>, so zerstörte zwar die Gewere des Subvasallen nicht die des ersten Vasallen, aber sie war keine bloße Gewere zu treuer Hand.

Was den Salmann von dem simplen Procurator auszeichnete, müssen wir, wie bey dem Lehnträger, auf der äußern Seite des Instituts suchen und hier zeigt es sich darin, daß die Vollziehung der Veräußerung durch den Salmann, zum Zweck hatte, dem Erwerber eine höhere Garantie zu verschaffen. Dieses wurde auf mehrfache Weise bewirkt.

1) Da das Veräußerungsrecht, welches der Salmann ausübte, in eben dem Sinne, wie bey dem Lehnträger andre Ausflüsse des (lehnbaren) Eigenthumes, als sein selbständiges Recht und daher die gerichtliche Auflassung, die durch ihn ge-

691) Daher würde die urt. bey Heumann §17: quod idem Henricus praedium suum in liberas manus Henrici de R. in proprietatem tradidit et quod idem Henricus de R. idem praedium postmodum S. Nicolao delegavit, selbst dann nicht als Beyspiel einer Salmannschaft gelten können, wenn man auch voraussetzen wollte, daß der Verkäufer selbst (Henricus) den Käufer (H. de R.) durch ein pactum adjectum verpflichtete, das Gut dem geistlichen Stifte hinterdrein zu überlassen.

692) Schwäb. Lehnr. 122: hat ain man lehen, wil er damit recht werben, das es dem herrn nicht ledig werd, der nicht lehenserben hat, der sol es leihen seinem genossen und sol im daran nutz und gewer geben... so mag dieser es setzen mit seiner hant, jenes hausfrawen, oder wem er wil. Die Untersuchung, wie sich eine solche Dispositionsbefugniß des Aftervasallen mit den Grundsätzen des Lehnrechts vereinigen lasse, gehört nicht hieher. Das von Sentenberg (corp. jur. feudalis) unter dem Namen: jus feudale alemannicum ex moribus Bavariae herausgegebene Lehnrecht spricht sie ihm geradezu ab (Art. 91).

sach, als seine eigene Handlung von dem Erwerber angesehen werden durfte.<sup>693</sup>), so mußte er ihm, wie der wahre Kupper, die Sache geweren, d. h. ihn bey jeder Ansprache vor Gericht vertreten und nöthigenfalls wegen Eviktion der Sache entschädigen<sup>694</sup>). Daher werden die Sallente fidejussores, saleburgiones genannt.<sup>695</sup>), ein Name, der um so bezeich-

693) Diese Wirkung der Gewere des Treuhänders, die ihn nach außen hin als Eigenthümer der Sache erscheinen ließ, zeigte sich nicht bloß bey Veräußerungen, dem Erwerber gegenüber, sondern auch in andern Beziehungen. Davon liefern die Erfurt. Stat. (Note 622) einen merkwürdigen Beweis. Es heißt daselbst: wirt aber der man heclagit, deme gut zu getrauer hant bevolen iz, daz gut mac man ime fronen. Also die Gläubiger des Salmannes durften das Gut als das seltige ansehen. Da aber die innere Seite seines Verhältnisses (die durch die Gewere in der Hand des Eigenthümers sich gegen jeden Dritten geltend machen durfte) den Gläubiger hinderte, es bis zur Distraction zu treiben, so mußte dem Zwange, dem der Schuldner durch die Forderung unterworfen werden sollte, auf andere Weise Realisation verschafft werden. Dieses geschah dadurch, daß ihm eine Strafe angedroht wurde, wenn er das Gut nicht löste. Die angef. Stat. fahren also fort: und wirt daz gut gefronet, daz sal der entweren, der iz zu getrauer hant hat binnen dren virzebn nachten nach der zit also in der gemanet, der ime daz gut bevolen hat. tete her des nicht, so sal he ein jar rumen di stat und das wihilde unde sal nicht inkome, he en habe daz gut entworren.

694) Heumann 313: ipsi P. (dem Käufer) deputavimus Bertoldum, praefatum praedium ipsi P. juxta jus civitatis Nurnburgensis conservandum, ne quis ipsum P. possit vel audeat super praetitulato praedio infestare, vel in aliquo impedire. — Ebendas. 306: tradidit autem hoc modo, rogando scilicet fidejussorem suum B., ut eam domum delegaret in manum filii sui G., per eum monasterio perpetuo jure conservandum. — Ebendas. 308: quod praeuominatus T. sepe dictam villam ad usus ecclesiae tamquam verus salman conservabit et defendet. — Offenbar beziehen sich auf diese Verpflichtung die Schlussworte folgender Urk. bey Heumann 304: swar auch der egen. H. E., das er noch die obgen. seines bruders vormunden über das egeschr. eigen weder salbrief noch salleut heten und hetten auch vormals damit nicht getan, daz sie keines geschäfts noch kauffs daran gehindern mocht und wurd auch erteilt, ob ein ander salbrief darüber funden würd, daz der weder kraft noch macht haben solt und solten auch dieselben salleut ir treu darüber ledig und losz sein. — Vergl. Westphalen mon. inedit. III. praef. p. 133 Nota b.

695) S. Note 677. — Heumann 306 (Note 694). — Ebendas. 318.

nender ist, da der Eigenthümer selbst von der Verbindlichkeit zur Gewährleistung wohl nicht frey wurde <sup>696</sup>). Aus dieser Verpflichtung des Salmannes erklärt es sich, daß nach einigen Rechten der Käufer die Vollziehung der Veräußerung durch einen Salmann fordern durfte <sup>697</sup>).

2) Sallente wählte man nicht blos in dem Augenblicke, wo man eine Veräußerung vorhatte <sup>698</sup>), sondern in evontum; es war, wo überhaupt die Sitte der Salmannen bestand, wenn auch nicht nothwendig, so doch gewöhnlich, daß jeder Eigenthümer immer dergleichen hatte. Hieraus entwickelte sich eine Sicherheit anderer Art, die das Institut dem Erwerber von Immobilien gewährte. Wer mit dem Eigenthümer sich in ein Geschäft einließ, durfte nun in den Sallenten diejenigen erblicken, welche um jede etwa früher geschlossene Veräußerung, woraus für ihn Gefahr entstehen konnte, nicht blos wußten, sondern auch durch ihr eigenes Interesse aufgefordert wurden, sie aufrichtig zu bekennen, und es war gewiß sein erstes Geschäft, danach zu fragen, ob der Veräußerer nicht Salmannen habe und dann von diesen selbst über die etwanigen frühern Dispositionen in Betreff der Sache Rechenschaft zu verlangen <sup>699</sup>). Somit hatte man an den Salmannen ein Insti-

696) Heumann 308: Ego A. unam curiam cum plenissimo jure transtuli ad dominium Frisingensi ecclesiae, ita, quod per manum mediatoris, qui vulgo dicitur salman, earundem possessionum stabilire (stetigen) debeam memoratae factam ecclesiae traditionem. si quis vero dictam ecclesiam de eisdem possessionibus impulsaverit, fide data ad hoc me obligavi, ut pro eisdem possessionibus, sicut autor rei, qui vulgo gewer dicitur, respondere tenear. — Monum. Boica II. dipl. 202: wir geben die lehen auf mit lehenherren hant, die aigen mit salmans hant, und wollen der ir gewer sein, lehen als lehensrecht ist, aigen als aigenrecht ist. —

697) Heumann 313: C. P. petente sibi Salmannos super eadem curia juxta morem, jus et consuetudinem civitatis Nurenbergensis praesentari, cui petitioni, tamquam consonae juri, annuentes ipsi P. deputavimus B... praefatum praedium ipsi P... conservandum. — Ebenbas. 302: unde cum secundum consuetudinem praedium nostrum per manum Salmanni offerendum fuisset..

698) Vergl. Note 685.

699) Daher sehen wir, daß der Eigenthümer, wenn er Veräußerungen vornehmen will, eidlich betheuert, er habe keine Salmannen, auch keine Verfügung über die Sache getroffen, die ihn an der im

tut, welches, seinem praktischen Interesse nach, mit unsern heutigen Hypothekenbüchern wohl zu vergleichen ist.

3) Eine dritte Beziehung, in der unser Institut dem Erwerb Sicherheit gewährte, betraf die Erleichterung des wichtigen Beweises der rechten Gewere. Statt des sonst erforderlichen Beweises durch eine Mehrzahl von Zeugen, oder durch Urkunden, genügte das Zeugniß des Salmannes allein. Dieses ergibt sich aus einem Responsum, welches, auf Anfrage eines Bairischen Herzogs über die Natur des „Salmannischen Aygen“ mehrere sachkundige Sallleute im Jahre 1442 dahin abgaben:

salmannisch aygen sey ain solich guet, das pesser sey, dann anders freis aygen, denn man hab es vor ye und ye gestellt von ainem pauern, der dann salmann gewesen sey, als zu ainer bestettung der gewerschaft, und wenn ainer ain salmannisch aigen in der gewer gehabt jar und tag und das mit dem salman erhärten hab mügen, so hab er sein gewer durchsessen und weder ander brief noch sigl darumb bedurft. (Lipowsky, vom Salmannischen Aygen, in Zepernick, Abhandl. zum Lehnrecht II, 85)<sup>700</sup>).

---

gegenwärtigen Augenblick beabsichtigten hindern. Heumann 304 (Note 694) 322, 301.

700) Vergl. ebendas. 88: dermaßen haben die alten fürsten einem pauern die sallmannisch aigen und lehen auf einem weissen pferde verilien, dagegen hat in der pair zwen weis handschuh ab einem weissen stablein hinaufgerekkt, nachmals hat derselb pair die lehen edlen und unedlen verilien und hat der pair der sallman geheissen. — Vergl. dagegen Bair. Landr. bey Heumann 102: wer umb aygen wirt angesprochen, des er pey nutz und gewer gesezzen ist ain jar und tag und mer an alle rechte ansprache, mag er dann 21 genennen und haben.. und die sol er dem fronpoten nennen, und der sol im danne die fürbringen und daraus sol er 6 zu im nemen und (mit ihnen) sweeren. (S. Sächs. Landr. II, 22: was man mit 7 mannen [selbstsiegend] gezeugen sol, da sol man 21 man umb das gezeugnis fragen). — Ebendas. 105: wer umb lehn wirt angesprochen, des er pey nutz und gewer gesezzen ist jar und tag und mer an alle ansprache, mag dann der man 2 erbar man zu im haben, so sol er mit denselben 2 man erzeugen.. Das Sächs. Lehnr. (13) fordert auch bey der rechten Lehnsgewere ein Zeugniß selbstsiegend.

Lipowsky hält das Salmannische Eigen für eine eigene Art von Lehen (S. 79), ohne jedoch dessen Beschaffenheit genauer anzugeben, wird aber, wie ich glaube, schon durch das obige Responsum widerlegt, in welchem von einem Einflusse der Salmannschaft auf den materiellen Charakter des Rechts an der Sache keine Spur ist. Jener Name bezog sich nur auf die Art des Erwerbs, wobei ein Salmann den Verkäufer vertrat und dieses konnte nicht allein bei dem Erwerbe eines Gutes als Eigen, sondern auch als Lehen vorkommen. Was Lipowsky hauptsächlich zu jener Ansicht verleitet zu haben scheint, ist, daß in einer Urkunde, die er aus den monumentis Boicis beibringt (S. 80), der Ausdruck „Salmannisch Eigen“ offenbar von einem Gute gebraucht wird, an welchem der Besitzer nur dasselbe Recht (nämlich eine Lehngewere) hatte, als an dem, welches in einer andern Urkunde derselben Sammlung „Salmannisch Lehen“ genannt wird<sup>701</sup>). Dieses erklärt sich aber sehr einfach so, daß ein Gut, welches jemand als Lehen besitzt, in Bezug auf den Lehnherrn Eigen, in Bezug auf den Vasallen Lehen genannt werden kann<sup>702</sup>). Was aber die, in dem obigen Responsum enthaltene, Nachricht betrifft, daß Eigenthümer des höchsten Ranges gerade Personen des Bauernstandes zu Salmannen gewählt hätten, so gestehe ich, daß ich sie weder mit den übrigen Nachrichten über unser Institut in

---

701) Mon. Boica IV. p. 188: wir H. v. G. G. Pfalzgrafe bey Reyn bekennen, wann H. v. M. das vischwasser zu M., das dan salmanischaigen gewesen und allweg von unsern vordern und uns, so das zu schulden komen ist, genomen und empfangen ist, zu dem wirdigen gotshaus zu F. geschafft und gegeben hat, also ist zu uns komen der wirdige abt und hat uns gebeten, dem bemelten gotshaus das bemelte vischwasser ze aigenen und unser gerechtigkeit, die wir von salmanischaigen darauf haben zu geben. — Ebendas. p. 200: wir.. bekennen, daz wir zu kaufen geben haben herrn L. abte zu F. unser erblich gerechtigkeit, die wir an dem gute N. N. hatten, das halb des durchläuchtigen fürsten, herrn G. salmanisch lehen, und halb unsers obgen. gnädigen herrn abts v. F. freyledigs aigen ist... doch unvergriffen unsern obgen. gnädigen herrn, als oft sich das halbe gut salmannisch lehen mit toden oder sunst mit veränderung zu vällen zeucht, das sy das zu lehn nemen und empfangen als salmannisch lehen recht ist.

702) Gerade so sind zu verstehen die Worte in Note 700: salmannisch-aigen und lehen, da nicht von Veräußerung zu Eigenthum, sondern von „Verleihung“ der Güter die Rede ist.

Verbindung zu setzen, noch einen genügenden Grund für eine solche Wahl anzugeben weiß.

Die bisher genannten Beziehungen, in welchen durch die Salmannschaft für die Sicherheit des Erwerbers selbst ein gewisses Gewicht zu legen scheint 703), bestünde darin, daß, indem man zu Sallenten hauptsächlich mächtige Personen wählte, dem Erwerber durch sie ein kräftiger Schutz gegen Ungerechtigkeiten, den die gewalthätigen Zeiten des Mittelalters so wünschenswerth machten, zu Theil werden sollte. Allein, wenn wir auch zugeben wollen, daß in einzelnen Fällen eine solche Absicht nicht doch klar, daß dieses die rechtliche Natur des Instituts nicht im mindesten berührte, da wir so häufig Salmannen finden, die auf gleicher und selbst auf einer niederen Stufe des Ansehens und Standes, in welcher, wenn sie Grund hätte, die Salmannschaft allerdings als ein äußerst wirksames Mittel zur Sicherung des Erwerbers erschiene, könnte man darin finden, daß der Salmann, dessen Gewere ja durch gerichtliche Auflassung entstand, nach Jahr und Tag eine rechte Gewere erhielt, dadurch namentlich das Revokationsrecht der nächsten Erben des Eigenthümers zerstörte, und somit alsdann dem Erwerber ein völlig sicheres Recht verschaffen konnte. Allein der Salmann konnte, als solcher, nie zu einer rechten Gewere gelangen. Dieses ist für das ältere Recht, welches in Betreff der Bedingungen der rechten Gewere, schon daraus klar, daß der Salmann binnen Jahr und Tag weder durch faktischen Besitz, noch durch Genuß einer Rente wie es scheint, später sich übte 705). Aber auch nach der, wie es scheint, später sich bildenden Ansicht, welche jene Ausübung der Gewere nicht mehr zur Erlangung einer rechten Gewere nothwendig achtete 706), wäre diese für den Salmann unerreichbar gewesen, weil das Recht an der Sache, welches nach Außen hin als sein eigenes erschien, in keiner Beziehung ein anderes und besseres

703) S. 299, 301.

704) Heumann 305, 312 u. a. a. D. — Vergl. Note 700.

705) Vergl. o.

706) Vergl. o.

seyn konnte, als das des Principals<sup>707)</sup>. Eben daher war auch die Vergabung, welche Jemand nach seinem Tode einem Salmanne zu vollziehen auftrug,<sup>708)</sup> ohne die Einwilligung der nächsten Erben, gegen deren Widerspruch nicht sicherer, als die einseitige letzte Willensordnung, die man einem gewöhnlichen Testamente „befahl.“

Nachdem die Natur des Instituts der Gewere zu treuer Hand an zwey Anwendungen desselben, nämlich an dem Lehenträger und Salmanne, ausführlich erörtert ist, glaubt der Verfasser noch in Betreff zweyer Verhältnisse seine Ansicht darüber aussprechen zu müssen, ob sie ebenfalls zu unserm Institute gerechnet werden können, oder nicht.

1) Sie und da<sup>709)</sup> wird in Statuten dem auswärtigen Erwerber von städtischen Grundstücken die Verpflichtung auferlegt, einen Bürger zu stellen, an den die Obrigkeit sich wegen der öffentlichen Lasten, die auf dem Grundstücke haften, halten könne<sup>710)</sup>. Ohne Zweifel müssen wir diese Einrichtung von dem Gesichtspunkte betrachten, daß sie für eine Obrigkeit, die zwar den Fremden den Erwerb von liegenden Gründen verstattete, dennoch aber sich von den Ansichten, welche die Ausschließung derselben zur Regel machten, nicht völlig lossagen konnte, das Mittel seyn sollte, der Gerechtfame, die sie an dem Grundstücke des auswärtigen Eigenthümers hatte, so sicher zu seyn, als ob einer ihrer Bürger es besäße. Sollte dieser Zweck erreicht werden, so mußte der Repräsentant von der Obrigkeit als selbständig Verpflichteter angesehen werden dürfen, d. h. in dem Verhältnisse eines Treuhänders mit Gewere stehen. Höchst wahrscheinlich ist unter der treuen Hand, deren die Hamburgischen Statuten an einer Stelle<sup>711)</sup> erwäh-

707) Es war ja nur die Ausübung dieses Rechts, als selbständige Befugniß.

708) Beispiele hievon s. bey Heumann 298, 307.

709) Daß es nicht häufiger vorkommt, erklärt sich daraus, daß, wie bekannt, Fremde in der Regel unfähig waren, Grundstücke zu erwerben.

710) Leider sieht sich der Verfasser im gegenwärtigen Augenblicke außer Stande, die hieher gehörigen Stellen, die seinem Gedächtnisse vorschweben, bestimmt anzugeben.

711) Hamb. Stat. v. J. 1497 C. 31 (Balch VI, 92): est ock wol erve kofft hadde vor andere lude, edder sick van enes andera

nen, das in Rede stehende Verhältniß gemeint. Denken läßt es sich, daß diese Vertretung in Absicht der Pflichten gegen die Obrigkeit mit der Qualität eines Salmannes verbunden war, und auf einen solchen Fall scheint eine Urkunde bey Heumann sich zu beziehen <sup>712</sup>).

2) Ein zweites Verhältniß, in Rücksicht dessen die Frage aufgeworfen werden muß, ob es in die Kategorie der selbständigen Treuhänderschaft gehöre, ist das der verfassungsmäßigen Vorstände juristischer Personen. Der gewöhnlichen Ansicht nach sind sie in Bezug auf Lehen, welche die moralische Person hat, die gesetzlichen Lehenträger, und weil diese Eigenschaft lediglich Ausfluß und Bestandtheil ihres Amtes ist, so wäre es consequent, sie auch in Rücksicht aller übrigen, von ihnen kraft ihres Amtes ausgeübten, Rechte und Verpflichtungen, wenigstens derjenigen, die sich auf die unbeweglichen Besitzthümer der moralischen Person beziehen <sup>713</sup>), als Treuhänder mit Gewere zu betrachten <sup>714</sup>). Allein jene Ansicht bezweifelt man wohl nicht ohne Grund, wenn man bemerkt, daß in den Quellen des ältern Rechts die Vorstände nirgends, wohl aber Personen, die von ihnen gänzlich verschieden sind <sup>715</sup>), als Lehenträger der moralischen Person, daß ferner jene, ohne alle Andeutung eines Vertretungsverhältnisses, als die Empfänger des Lehens bezeichnet werden <sup>716</sup>), daß endlich die Felonie derselben ganz anders auf die moralische Person einwirkt, als

wegen tho truver hant to scryven late (in dem „Kauf- oder Handelsbuche“ worin die Erwerber von Grundstücken verzeichnet wurden, Eichhorn St. u. R. G. §. 450 Note b), dardorch ys he nicht erfiseten.

712) Heumann a. a. O. 315: da setzt A. E. das vorg. aigen in der ersamen mannen U., C. und K. hand im und den burgern vom rath und den schöffen ze trauen ze tragen und zu behalten.

713) Die Ausdehnung dieser Folgerung auf die Rechte an Mobillien, könnte man deswegen bestreiten, weil sich anderwärts im deutschen Rechte kein Beispiel von einer Gewere zu treuer Hand an fahrenden Habe nachweisen läßt.

714) In der That beobachtet die gewöhnliche Ansicht diese Consequenz wenigstens theilweise, indem sie das Verhältniß der in Rede stehenden Personen in Bezug auf die Lehen, welche die moralische Person verleiht, unter der bekannten Bezeichnung des prodominii, der Lehenträgerschaft ganz analog behandelt.

715) Vergl. Note 648.

716) Vergl. d. angef. Note.

der Treubruch der Lehenträger auf die von ihnen repräsentirten Vasallen, indem jene der moralischen Person selbst das Lehen so lange raubt, als der treulose Vorstand im Amte bleibt <sup>717</sup>), dieser aber dem Vasallen nicht den geringsten Nachtheil verursachte <sup>718</sup>). In diesem Allen glaube ich die richtige Ansicht von der Stellung der verfassungsmäßigen Vorstände gegen die Außenwelt angedeutet zu finden. Wo diese nämlich als Vorstände handeln, sind sie nicht Stellvertreter der moralischen Person, sondern ihr Organ, sie sind die moralische Person selbst in ihrer äußern Erscheinung; es bedarf daher, um die moralische Person durch die Handlungen ihres Vorstandes zu verpflichten oder zu berechtigen, nicht erst des positiven Grundsatzes, daß Handlungen eines Vertreters juristisch, wie die des Principals selbst gelten sollen, sondern jenes folgt nothwendig aus der Natur der Vorstände, in denen die moralische Person selbst als handelnd erscheint, und es muß daher auch in einem Rechte gelten, wo jener Grundsatz nicht gilt <sup>719</sup>). Daher kann man, nach älterm deutschem Rechte,

717) Eichhorn, Einleitung s. 239 Note 1. —

718) Sächs. Lehnr. 60 (vergl. Note 642, 645): ...let aber er (der Lehenträger) es oder wird es ime vertheilt mit lenrechte, sie (die Frau, die jener vertritt) en verluset damite nicht. — Wenn man den Vorstand für einen Lehenträger hält, so könnte man dafür, daß die moralische Person die Strafe für die Felonie ihres Vorstandes treffe, in der That keinen andern Grund angeben, als, weil sie den Vorstand, trotz seiner Treulosigkeit gegen den Lehnsherrn, in seinem Amte läßt. Dann aber würde die Strafe der Felonie nicht allein ihre Wirkungen auf Verhältnisse erstrecken, die mit ihr durchaus in keiner Verbindung stehen, sondern auch die moralische Person wegen Unterlassung einer Handlung züchtigen, die in vielen Fällen gar nicht in ihrer Macht steht.

719) Das ältere römische Recht, welches bekanntlich diesen Grundsatz in äußerst beschränktem Umfange kannte und dennoch gewiß von jeher aus den Handlungen der Vorstände geradezu Rechte und Verbindlichkeiten der Universitas entstehen ließ, dient hier zum Beweise. — Uebrigens würde die hier ausgesprochene Ansicht von der Bedeutung der Vorstände mit dem in der heutigen Theorie herrschenden Grundsatz, daß die Universitas durch geschuldigte Handlungen ihrer Vorsteher nicht verpflichtet werde, nicht im Mindesten in Widerspruch treten, da der Grund, auf den man dieses stützt, sie handelten, wo sie Illegalitäten begehen, nicht als Vorstände, nicht in den Grenzen ihres Amtes, auch bey jener Ansicht seine Kraft behalten würde. Wie aber lassen sich mit jenem Grundsatz die Folgen vereinigen, welche die Felonie der Vorstände für die moralische Person hat?

den Vorständen nicht eine, von der Eigengewere der juristischen Person verschiedene, Gewere zu treuer Hand zuschreiben, sondern die Gewere der letztern selbst liegt in ihrer Hand. Allein jene Identität der Vorstände und der Universitas, vermöge deren sie nicht in die Klasse bloßer Stellvertreter gesetzt werden dürfen, zeigt sich nur auf der äußern Seite ihres Verhältnisses, auf der innern dagegen stehen sie der moralischen Person gegenüber und hier entspricht ihr Verhältniß dem allgemeinen Begriffe der Treuhänderschaft, als Besorgung, Verwaltung fremder Vermögensangelegenheiten dergestalt, daß es nicht auffallen kann, es bisweilen als „treue Hand“ bezeichnet zu finden.<sup>719 a)</sup>

§. 24.

Gewere zu rechter Vormundschaft.

Wenn man bey dem Güterrechte der Eheleute diejenige Partie ins Auge faßt, welche die Schicksale des Vermögens bey Trennung der Ehe durch den Tod eines Gatten zum Gegenstande hat, so entdeckt man, trotz der ungemeynen Mannichfaltigkeit, die über diesen Punkt in unsern Rechtsquellen herrscht, dennoch zwey Hauptssysteme. Das eine, unstreitig ältere, läßt das Eigenthum<sup>719 b)</sup> des Mannes und der Frau, als die beyden Bestandtheile der Gesamtmasse deutlich erkennen; nach dem zweiten, einem Erzeugnisse städtischer Statuten, wird das Vermögen ganz oder zum Theile als gemeines Gut in dem Sinne, daß die Absonderung des Eigenthums des einzelnen Ehegatten nicht mehr erkennbar ist, behandelt. Dieser zwiefachen Behandlung des Vermögens bey Auflösung der Ehe entsprechen im Ganzen zwey Systeme für die Beurtheilung der Güterverhältnisse während der Ehe, von denen das eine zwar ausdrückliche Zeugnisse der ältern Quellen für sich hat, das andere aber erst seit dem 15ten, 16ten Jahrhundert

719 a) Gerken cod. dipl. Brandenburg. IV. dipl. 317: jemand verkauft den Meistern einer Gilde „to truver hant irer gilde“ ein Grundstück. — Westphalen mon. ined. III. p. 604.

719 b) Es versteht sich von selbst, daß das Wort „Eigenthum“ hier und in der Folge als Repräsentant der ganzen Gattung mannichfaltiger Rechte, aus denen ein Vermögen zusammengesetzt seyn kann, verstanden werden muß.

in der Theorie der Juristen deutlich ausgesprochen ist. Nach jenem, welches mit dem ersten der oben bezeichneten Systeme im Ganzen dasselbe Gebiet beherrscht, ist das Güterverhältniß während der Ehe auf die Gewere zu rechter Vormundschaft, die dem Manne an den Gütern der Frau zugeschrieben wird<sup>720</sup>), basiert; nach diesem, welches eben so im Ganzen<sup>721</sup>) dem obigen zweiten Systeme entspricht, gründet es sich auf die Gütergemeinschaft, allgemeine oder partikuläre.

Fassen wir nun das erste System<sup>722</sup>) näher ins Auge, so muß unsere Untersuchung auf folgende zwey Fragen gerichtet werden:

A. Bestand neben dem Rechte des Mannes an dem Gute der Frau, d. h. neben der Gewere zu rechter Vormundschaft, während der Ehe, die Gewere zu Eigenthum der Frau, oder wurde diese durch jene gänzlich suspendirt, bis sie, nach Auflösung der Ehe, wieder erwachte?

B. Wenn das erstere der Fall war, welches war im Allgemeinen der juristische Charakter der Gewere zu rechter Vormundschaft?

720) S. u. Note 724. — Schles. Landr. I, 12. 1.

721) Ein Beispiel von der Behandlung des Vermögens als gemeinsames Gut in dem obigen Sinne, ohne daß während der Ehe Gütergemeinschaft obwaltet, liefern diejenigen Rechte, welche, wie das Sächsische, den überlebenden Gatten zur Einwerfung seines Vermögens nöthigen und dessen portio statutaria von der Gesamtmasse berechnen. Eichhorn, Einleitung §. 336 Note g.

722) Woher wir das System der Gütergemeinschaft hier nicht weiter verfolgen, rechtfertigt sich daraus, daß der Gegenstand unserer Untersuchung überhaupt nur die Darstellung der verschiedenen Arten der Gewere ist. Nimmt man nun an, daß schon das Mittelalter (die neuere Zeit liegt außer dem Kreise dieser Schrift) das Vermögen als Gesamteigenthum der Eheleute, sie selbst als moralische Person sich dachte, so verdient die Gewere, die ihnen an den Gütern zusteht, keine besondere Erörterung, weil sie nur durch das Subjekt, dem sie zukommt, von jedem andern Eigengewere verschieden ist, die ausgezeichneten Rechte des Ehemannes aber nicht mehr Folge, oder Inhalt einer ihm zustehenden besondern Gewere, sondern der eigenthümlichen Verfassung der moralischen Person sind.

## A.

Was die erste Frage betrifft, so ist des Verfassers Uebersetzung, daß allerdings neben der vormundschaftlichen Gewere des Mannes die Gewere der Frau zu Eigenthum bestand. Obgleich dieses auch der allgemein angenommenen Meinung entspricht, so ist es doch wichtig, es genau und im Einzelnen zu prüfen.

Nach äußern Zeugnissen von einiger Bedeutung habe ich vergebens gesucht <sup>723</sup>). Selbst die Hauptstelle <sup>724</sup>) für die technische Bezeichnung des Rechtes, welches dem Manne an den Gütern der Frau zusteht, beweiset zwar, daß jenes eine andere Gewere war, als die zu Eigenthum, ob aber diese Verschiedenheit eine spezifische zu nennen sey, wie die zwischen der Leibgedings- und Eigengewere <sup>725</sup>), oder ob sie nicht etwa bloß in der beschränkten Dauer bestehe, so daß die erstere als eine, auf die Zeit der Ehe beschränkte, Gewere zu Eigenthum gedacht werden müßte, geht daraus nicht hervor. Nur in Hinsicht der Morgengabe <sup>726</sup>), wie sie das Sächs. Landrecht kennt (mit welcher die durch Erbvertrag bestellte <sup>727</sup>) nicht zu verwechseln ist) fehlt es nicht an klaren Beweisen, daß die Frau vom Augenblicke der Bestellung die Gewere daran hatte. Denn ist sie, nach dem Tode des Mannes, genöthigt, ihr Recht darauf zu erstreiten, so ist der Beweis der Klage auf eben jene Gewere gerichtet <sup>728</sup>).

723) Auf die Existenz einer Gewere der Frau neben der des Mannes deuten die Worte: darumb, das er mit ir in der gewer sitzt (Sächs. Landr. I, 45).

724) Sächs. Landr. I, 31: ...wenne ein man ein weib nimmt so nimmt er alle ir gut in seine gewer zu rechter vormundschaft. darum mag kein weib irem manne eine gabe von irem eigen, noch von irer sarenden habe geben, dadurch sie es iren rechten erben nach irem tode entpfremde; denne der man mag an seines weibes gut keine andere gewere gewinnen, als solche, die er anfangs mit ir in vormundschaft empfing.

725) Vergl. Note 601.

726) Daß auch diese zu den Gütern gehöre, die unter der vormundschaftlichen Gewere des Mannes stehen, s. unten.

727) Vergl. Note 523.

728) Das Rigische Ritterrecht, welches nur die Morgengabe des Sächs. Landrechts kennt (Kap. 30), giebt die Form dieses Be-

Ungleich wichtiger, als die äußern Zeugnisse, sind uns die inneren, die sich aus den Wirkungen ergeben, in denen sich die, neben der Gewere zu rechter Vormundschaft bestehende, Eigengewere der Frau äußert. Bevor wir jedoch diese auffuchen, ist die Präliminarfrage, die man für weniger zweifelhaft halten möchte, als sie wirklich ist, zu beantworten, welches eigentlich die Güter sind, an denen der Mann die Gewere zu Vormundschaft hat?

Unfehlbar können diese möglicherweise nur unter folgenden fünf Güter-Gattungen gesucht werden: den bey Anfang der Ehe, oder später, von der Frau eingebrachten Immobilien, der Leibzucht, der Morgengabe (die letztern beyden in der Gestalt, in welcher sie das Sächs. Landr. kennt)<sup>729)</sup>, den eingebrachten Mobilien und der Gerade<sup>730)</sup>. Ein allgemeines Kriterium, an welchem man die Güter, die der Mann unter seiner vormundschaftlichen Gewere hat, im Zweifel erkennen könne, dürfen wir nach der Natur eines Rechtes, welches, wie die eheliche Vogten, durch die Ehe bedingt ist, darin finden, daß die Rechte des Mannes an solchen Gütern nie länger, als die Ehe selbst, dauern können, also theils bey seinem

---

weist also an: morgengabe beholt ein wiff up den hilegen rülfrüdde, de aver der morgengave gewesen syn. (Kap. 17 vergl. Kap. 53), und das Sächs. Landr. (I, 26) liefert dazu den Gegenstand, auf den er gerichtet ist: morgengab (d. h. die causa ihrer Gewere) beholt das weib auf den heiligen, die gewere aber mit gezeugen. (Vergl. Schles. Landr. I, 9, 3 und die, Note 46 angef., Diss. Note 39). — Urk. 19 (Kindlinger, Münstr. Beitr. III, 57: qui uxorem legitimam duxerit, quidquid primo mane coram paranympis et concivibus suis uxori suae dederit... quod teutonice morgengabe vocatur, integra pace obtinebit, sed si forte contigerit, qui datum habet in usuca-pione, quod vulgo dicitur gewere, testimonio paranymporum sua veritate et juramento debet obtinere. — Man verwechselt übrigens nicht mit diesem Beweise der tradirten Morgengabe den, der Form nach ganz gleichen, welcher ausnahmsweise in einigen Rechten auch bey der neuern, durch bloßen Erbvertrag gelobten Morgengabe erlaubt war. (Note 533, Schles. Landr. I, 9, 9).

729) Vergl. Note 523, 611.

730) Natürlich sind die beyden letztgenannten nur in sofern zwey ganz verschiedene Gütermassen, als man von der fahrenden Habe diejenigen Gegenstände in Abzug bringt, die, ihrer Beschaffenheit nach, zur Gerade gehören.

Leben mit dem Tode der Frau endigen, theils nach seinem Tode nicht auf dessen Erben übergehen. Schon nach diesem Kriterium, geschweige aus andern Gründen <sup>731)</sup>, gehören die eingebrachten Immobilien ohne Zweifel zu den Gütern, die unter der Gewere zu rechter Vormundschaft stehen. In Hinsicht der Leibzucht ist es eben so klar, daß sie nicht dahin gehört, da der Mann seine bisherige Gewere zu Eigenthum daran behält und auf seine Erben überträgt <sup>732)</sup>. In Hinsicht der Morgengabe dagegen tritt ein zweifacher Zweifel ein. Erstens scheint sie nach jenem Kriterium nicht zu den Gütern zu gehören, an denen der Mann nur eine Gewere zu rechter Vormundschaft hatte, weil er sie, als überlebender Theil behält <sup>733)</sup>. Da aber gerade in Hinsicht der Morgengabe andere Gründe dennoch ganz entscheidend dafür sprechen, daß die Frau bey Lebzeiten des Mannes Eigenthum daran habe <sup>734)</sup>, so muß das Recht, welches der letztere nach dem Tode der erstern daran behält, anders, als eine bloße Fortsetzung seines Rechtes bey ihrem Leben, gedacht werden <sup>734 b)</sup>. Zweitens aber entsteht die Frage, ob überhaupt der Mann während der Ehe auch nur solche Rechte an der Morgengabe hatte, wie an dem übrigen Gute der Frau. In der That glaube ich annehmen zu können, daß der Gebrauch und Genuß derselben während der Ehe der Frau zukam <sup>735)</sup>, aber in allen übrigen Beziehungen, namentlich in Betreff des Veräußerungsrechtes (der Frau sowohl <sup>736)</sup>, als

731) Vergl. Note 724.

732) Vergl. S. 22. — Allerdings stimmen, dem praktischen Erfolge nach, seine und des Weibes Rechte daran während der Ehe mit denjenigen, die beyde, an den infertilen Immobilien der Frau hatten, überein.

733) Sächs. Landr. III, 38: morgengabe vererbet kein weib bey ires mannes leben, sie habe sie denn erst empfangen nach ires mannes tode. — Schles. Landr. I, 29. 1. —

734) S. Note 728 u. Note 760.

734 b) Vergl. Text bey Note 760 u. folg.

735) Schon wegen der Beschaffenheit der dahin gehörigen Objekte, die mehr oder weniger vergänglich sind, scheint mir die Ausschließung des Genußes bis zum Wittwenstande (wie bey der Leibzucht) höchst unwahrscheinlich.

736) S. Note 780.

des Mannes) <sup>737)</sup>, stand ohne Zweifel die Morgengabe unter der Gewere zu rechter Vormundschaft. —

In wiefern die eingebrachte fahrende Habe und die Gerade ebenfalls dahin gehören, wird sich aus folgender Betrachtung ergeben. Nach der gewöhnlichen Ansicht hat es zwar in Hinsicht der erstern gar kein Bedenken, daß sie, wie das eingebrachte Eigen, der Gewere des Mannes zu rechter Vormundschaft unterworfen ist, und in Hinsicht der Gerade ist ebenfalls die Meinung bestimmt geäußert, daß sie, ohne Rücksicht, ob die Gegenstände von der Frau oder dem Manne herühren, schon während der Ehe der eingebrachten fahrenden Habe der Frau gleich stehe <sup>738)</sup>. Allein dieser Ansicht glaube ich folgende zum Theil entgegengesetzte gegenüberstellen zu müssen. In Bezug auf die beyden in Rede stehenden Gütermassen theilen sich die Rechtsquellen in zwey Klassen. Die eine entspricht zwar der eben erwähnten Ansicht in Hinsicht der eingebrachten fahrenden Habe, kennt aber die Gerade gar nicht. Als Repräsentant dieser Klasse läßt sich das Schwáb. Landr. ansehen. Die zweite Klasse dagegen läßt die eingebrachte fahrende Habe der Frau in das volle, unwiderrüfliche Eigenthum des Mannes übergehen, ersetzt aber der Frau diesen Verlust dadurch, daß sie eine bloß objektiv bestimmte Gütermasse, die Gerade, als ihr Gut, nur der vormundschaftlichen Gewere des Mannes unterwirft. An der Spitze dieser Klasse steht das Sächs. Landrecht. Zum Beweise berufe ich mich auf das oben bezeichnete Kriterium der Güter, die der Gewere zu rechter Vormundschaft unterliegen. Während das Schwáb. Landrecht, dessen Verfasser wenigstens höchst wahrscheinlich die Gerade etwas Fremdes war <sup>739)</sup> und andere Rechte, deren Un-

737) S. Note 760.

738) Gasse in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. IV, 75: „Alles dieses (was zur Gerade gehörte) war Eigenthum der Frau; so wie es in das Vermögen kam, ward es das.“ — Der vorhin berührte Zweifel, welcher in Hinsicht der Morgengabe eintritt, ob überhaupt dem Manne während der Ehe Rechte daran zukommen, kann in Hinsicht der Gerade kaum erhoben werden. Gebrauch und Genuß stand hier der Frau während der Ehe nur aus zufälligen Gründen zu, nämlich sofern die Gegenstände ihrer Natur nach nur den Bedürfnissen des Weibes dienten. Vergl. Schöffenerth. bey Böhme VI, 106, 2.

739) Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. a. a. D. 87.

bekanntschaft mit eben diesem Institut ganz gewiß ist <sup>740</sup>), der Frau ihre eingebrachte fahrende Habe, so weit sie noch vorhanden ist, bey dem Tode des Mannes zurückgeben <sup>741</sup>), kommt nach dem Sächs. Landrecht und den ihm verwandten Rechten die fahrende Habe, so weit sie wirklich eingebracht war <sup>742</sup>), nie mehr an die Frau und deren Erben zurück. Daß der überlebende Mann sie behält, erkennt man allgemein an <sup>743</sup>), obgleich man dieses nicht als Fortsetzung seines schon während der Ehe bestehenden Eigenthumes (wie es nach unserer Ansicht angesehen werden muß), sondern als Vererbung betrachtet. Daß aber auch die überlebende Frau die eingebrachte fahrende Habe nicht zurückempfängt, sondern sie den Erben des Mannes überlassen muß, dafür spricht schon einigermaßen der Umstand, daß die Quellen, bey einer höchst detaillirten Erörterung, wie die Theilung des Vermögens nach dem Tode des Mannes zwischen dessen Erben und der Wittwe geschehen solle, der Zurücknahme des inferirten Mobiliars mit keiner Sylbe erwähnen <sup>744</sup>). Ueberdem aber fehlt es auch nicht dafür an ausdrücklichen Zeugnissen <sup>745</sup>). Der Zweifel,

740) Lüb. Recht v. J. 1240 Art. 27 (Westphalen mon. inedit. III, 642): herewede unde radhe ne schal men nicht sunderlike gheven, mer we negest erve is, de nimt beide, erve unde herewede und radhe. — Schles. Landr. I, 8, 2: in unsem wichbilde desis landes gibt man der frauen wedir gerade noch musteil. von deswegen sint si domete befriet, ob man sie nicht begibt mit lipgedinge noch mit ausgescheidenen pfennyngen, so nemen sie an allen gütern, das undir eren mannen erstirbt, ein dritteil.

741) Vergl. Schwäb. Landr. 302 (Note 760). — Lüb. Recht Art. 14: stervet ener vruwen er man, de vruwe nemet sodan gut ut to voren, also se to dem manne hevet gebracht, of it dar is. — Hamb. Stat. v. J. 1270. I, 10. — Schles. Landr. I, 8, 3: ist auch, das her stirbt vore e die frouw, si nympt ir dritteil an des mannes gute und was sie zu im brocht hat. — Batr. Landr. bey Heumann 83, 3. 80, 3. —

742) S. Note 747.

743) Eichhorn St. u. R. G. s. 369. — Dessen Einleitung s. 296 Note i. — Zeitschr. a. a. D. 82.

744) Vergl. Sächs. Landr. I, 20 folg. — Rigisch. Ritterr. 28 folg.

745) Schöffenuyth. bey Böhme VI, 99, 5: bringit eine frawe gelt ader varnde habe zu erem wirt, und gibt is im under sine heude und in sine gewere (Note 747), der man starbe adir

den man daraus hernehmen könnte, daß ein Erbvertrag, durch welchen die Frau dem Manne ihre fahrende Habe zuwendet<sup>746)</sup>, keinen Gegenstand fände, weil alle fahrende Habe der Frau schon bey Eingehung der Ehe für immer Eigenthum des Mannes sey, findet darin leicht seine Erledigung, daß diejenigen Mobilien, welche sich die Frau vorbehielt, und dem Manne nicht „unter seine Hände und in seine Gewere“ gab, in jenem gleich anfangs entstehenden Eigenthume des Mannes nicht mit enthalten sind<sup>747)</sup>. Daß, nach einem ausdrücklichen Zeugniß des Sachsenspiegels<sup>748)</sup>, im Falle der Annullirung einer ungültigen Ehe die Frau das Eingebachte zurück erhält, enthält keinen Grund, dasselbe für den Fall der Trennung durch den Tod anzunehmen. Vielmehr spricht gerade die ausdrückliche Erwähnung dieses Punktes in dem ersten, im Gegensatz des gänzlichen Schweigens in dem zweiten Falle, und der

blibe lebind, das gelt ader varnde habe mag die frawe adir ire geerbin noch erem tode nicht wedir gevordern. — Eben-  
 das. 141, 4: was dy frawe gereythis geldis und gutis czu erem manne brochte, das darf man ir nicht wedirgeben, wenn das geld was seyn, do her is yn seyne gewere nam (Note 747). — Eben-  
 das. 132, 2. — Culm. Recht IV, 18: was so eine vrau-  
 we irne wyrt gebit, das ist syn, der man sterbe adir lebe, dy vrauwe adyr dy geerben haben nicht an dem gute, sy mogen das gut und varende habe nicht wedir vordern. —  
 Wollte man diese Stelle von einer durch Erbvertrag geschehenen Vergabung der Frau an den Mann verstehen, so wären die Worte „das ist syn“ völlig bedeutungslos.

746) Culm. Recht IV, 29. —

747) Schöffenerth. bey Böhme VI, 1: was der man seyner elichin frawen farendere habe, dyweyle sy lebete, yn seyne were nam, dy sal her behalten, abir stand erbe und andir gut, das bowssin des mannis weren bestorben ist, das gehorit der frawen brudir yn der weyze als sy ym das vor richter und scheppin gegeben. — Vergl. die Stellen eben-  
 das. Note 745. — Daher heißt es im Culm. Recht a. a. D.: begobit eine vrauwe yren man mit alle yrre varenden habe, wo sy dy hat... Das Recht beyder Massen von Mobilien ist zusammengestellt im Schöffenerth. bey Böhme a. a. D. 144, 5, farnde habe dy eyne fraw let noch erem tode yn eris mannis gewere, dy ist des mannis (ane dy gerade). auch mag eyne frawe erem manne farnde habe ane erbin lowbe wol vorgebin.

748) Sächs. Landr. III, 74: wirt ein weib mit recht von irem manne gescheiden;... man sol ir wider lassen und geben, was sie gutes zu irem manne bracht. — Schles. Landr. I, 16, pr. 1. —

Umstand, daß er nicht die einzige Verschiedenheit zwischen beiden Fällen <sup>749)</sup> ist, dafür, daß kein bündiger Schluß von dem einen auf den andern gemacht werden dürfe. Wenn wir demnach dem Ehemanne ein volles Eigenthum <sup>749 a)</sup> an der eingebrachten fahrenden Habe der Frau zuschreiben, so muß man sich erinnern, in welchem Sinne hier überhaupt das Wort „Eigenthum“ zu nehmen ist (Note 719 b). So mannichfaltig die Rechte der Frau an den einzelnen Bestandtheilen ihres Mobiliars seyn konnten, eben so mannichfaltig war das Recht des Mannes, und der Sinn unseres Satzes ist also kein anderer als: eben die Gewere, welche die Frau an ihren Gütern hatte, ging auf den Mann über. Daher ist dieser Uebergang keinesweges nach den Regeln einer Veräußerung der fahrenden Habe unter Lebenden zu beurtheilen <sup>750)</sup>, vielmehr muß der Mann gerade so, wie der Erbe der Frau in Hinsicht der Mobilien behandelt werden.

Prüfet man endlich die Gerade nach dem oben aufgestellten Kriterium der Güter, die unter der vormundtschaftlichen Gewere des Mannes stehen, so sieht man, daß sie auf das Genaueste mit ihm übereinkommt. Das Recht des Mannes an derselben endigt sich immer mit der Ehe, sie empfängt nicht bloß die überlebende Frau, sondern auch, bey dem Leben des Mannes, die nächste weibliche Verwandte (Nistel) derselben. Ja! es läßt sich, wie ich glaube, noch auf andern Wege genügend erweisen, daß das Recht des Mannes an der Gerade lediglich die Gewere zu rechter Vormundschaft sey. Vergleicht man dasjenige, was oben über die Rechte des Mannes an der eingebrachten fahrenden Habe nach dem Systeme des Sachsenspiegels gesagt ist, und den oft wiederholten

---

749) Die Morgengabe behält die geschiedene Frau nicht. S. d. in d. vorherg. Note angef. Stellen. — Uebrigens möchte es schwer seyn, ein durchgreifendes Princip dieser Abweichungen zu finden.

749 a) Weiter unten (Note 784) wird noch eine Stelle, welche das gegen Zweifel erregen könnte, erklärt werden.

750) Faßt man diesen Gesichtspunkt auf, so würden, nach dem Grundsatz: „Hand muß Hand wahren“ alle diejenigen, die ihre Mobilien, freiwillig in die Gewere der Frau hatten übergehen lassen, keine Klage gegen den Mann gehabt haben, was man offenbar nicht behaupten wird.

Grundsatz, daß die Frau die Gerade weder ihrem Manne <sup>751)</sup>, noch einem andern <sup>752)</sup>, zuwenden dürfe mit der, Note 724 angeführten, Stelle des Sächs. Landrechts, so kann man kaum in Zweifel ziehen, daß mit dem Ausdruck „fahrende Habe“ daselbst nichts anderes, als nur die Gerade gemeint sey <sup>753)</sup>, und alsdann erhält man in den Worten der Stelle selbst den Beweis, daß die Gewere zu rechter Vormundschaft sich auch auf die Gerade erstreckte. Was würde das Verbot der Veräußerung an den Mann aus Rücksicht auf die gesetzlichen Erben, für einen Sinn haben, da er selbst sie für immer behielt?

Nachdem auf diese Weise die Präliminarfrage, welche Güter der Gewere zu rechter Vormundschaft unterworfen sind, beantwortet ist, kehren wir zu unserm Hauptgegenstande zurück, nämlich zu dem Beweise des Eigenthums, welches der Frau schon während der Ehe an ihnen zusteht, sofern er sich aus den Wirkungen desselben ergibt. Daß dergleichen innere Zeugnisse nur auf wenigen Punkten anzutreffen seyn werden, erwartet man schon im voraus, da das Eigenthum der Frau, wenn es auch wirklich bestand, in seinen Äußerungen durch das höchst ausgedehnte Recht des Mannes fast gänzlich gebunden war, und in der That beschränken sie sich hauptsächlich <sup>754)</sup> auf einen Punkt, und selbst dieser ist nur in Hinsicht zweyer von den hieher gehörigen Gütermassen unzweifelhaft, in Hinsicht der übrigen bleibt uns die Wahl zwischen jener Ansicht, daß die Frau schon während der Ehe Eigenthum habe, und der, daß

751) Schöffenuyth. bey Böhme a. a. D. 113, 5: wenne ein man einer frawen bette obirschreitet, so ist her alles des gewaldig. das se czu im brengit unde se mag an in nicht vorgebin was se von gerade zu im brengit.

752) Ebendas. 128, 2: die gerade, die einer frawen noch eres mannes tode angefallen sal, die mag keyne frawe irem manne noch nymand vorgeben. — Culm. Recht IV, 7.

753) Man kann den Spiegel deswegen nicht einmal einer großen Ungenauigkeit im Ausdrucke zeihen. Denn, falls man auch darauf kein besonderes Gewicht legen wollte, daß die eingebrachten Mobilien in der Regel vorzugsweise aus Gegenständen der Gerade bestehen mochten (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. a. a. D. 73), so wird sich weiter unten ergeben, daß während der Ehe recht eigentlich nicht von einer Gerade, sondern nur von fahrender Habe gesprochen werden konnte.

754) Vergl. Note 780 u. folg.

es erst bey Auflösung derselben wieder erwache, nachdem es durch ein widerrufliches Eigenthum, wofür man alsdann die Gewere des Mannes zu rechter Vormundschaft erklären würde, suspendirt worden ist. Allein theils die Gewisheit, zu welcher die erste Ansicht in Hinsicht zweyer von jenen Gütermassen erhoben werden kann, verbunden mit der höchst natürlichen Annahme, daß die Gewere zu rechter Vormundschaft in Hinsicht aller, ihr unterworfenen, Güter denselben Charakter haben müsse, theils die Bezugnahme auf die übrigen Beweise für die Existenz der Eigengewere der Frau neben der vormundschaftlichen Gewere des Mannes<sup>755</sup>), rechtfertigen es, wenn wir uns bemühen, auch jene zweifelhaften Fälle zu Gunsten derselben Ansicht auszulegen. — Der Punkt nun, welcher als der entscheidende angekündigt ist, besteht in dem Grundsatz, daß der Mann die Güter, die seiner vormundschaftlichen Gewere unterliegen, nur im Falle echter Noth frey veräußern dürfe, und, wenn er sie außerdem ohne Einwilligung der Frau veräußere, diese schon während der Ehe vindiciren dürfe<sup>756</sup>). Dieser Grundsatz galt nun un-  
zweifelhaft

1) in Hinsicht der eingebrachten Immobilien. Die Nothwendigkeit des Consenses der Frau, nicht blos ihrer nächsten Erben, bey Veräußerungen von Eigen und Erbe (außer dem Falle der Noth) hat Eichhorn gegen die entgegengesetzte Meinung Haffe's ausgeführt<sup>757</sup>), mit Gründen, die sich leicht noch vermehren lassen<sup>758</sup>), und daß der Frau schon bey Lebzeiten des Mannes das Revokationsrecht zustehe, sind wir deswegen genöthigt, anzunehmen, weil es sonst durch die

755) Vergl. Note 723, 728, 780 u. folg.

756) Könnte sie nur nach dem Tode des Mannes vindiciren, so würde dieses gerade dafür sprechen, daß ihr Eigenthum erst alsdann wieder erwache.

757) Eichhorn St. u. R. G. §. 451 Note d.

758) Lüb. Recht v. J. 1240 Art. 7 (Westphalen III, 640): nen man mach vorsetten noch vorkopen torfacht egen, dat he mit sineme wive heft genomen, sunder sines wives willen.. it ne do eme echt not. — Lüneburg. Stat. 72 (Dreyer, Nebenst. 389).

rechte Gewere, die der Erwerber nach Jahr und Tag erhielt, gänzlich verloren gegangen wäre <sup>759</sup>).

2) Für die Gültigkeit jenes Grundsatzes in Hinsicht der Morgengabe giebt es ausdrückliche Belege <sup>760</sup>). Durch das Revokationsrecht, welches der Frau schon während der Ehe beigelegt wird, zeigt es sich denn auch auf das Deutlichste, daß das Recht des überlebenden Mannes auf die Morgengabe <sup>761</sup>) nicht Folge einer, ihm während der Ehe zustehenden, stärkern Gewere (zu Eigenthum), als der zu rechter Vormundschaft seyn könne. Worauf aber gründet sich denn jener Anspruch des Mannes auf die Morgengabe nach dem Tode der Frau? Nach der gewöhnlichen Ansicht ist er lediglich Anwendung des umfassendern Princip, daß der Mann Erbe der Frau in Betreff der fahrenden Habe überhaupt ist. Dieser Ansicht aber ist für das System des Sachsenspiegels diejenige substituirt, daß er die eingebrachte fahrende Habe kraft des Eigenthums, welches ihm gleich anfangs zufiel, behalte. Somit bleibt nichts anderes übrig, als jenes Recht in Betreff der Morgengabe als eine Singularität zu betrachten, die sich auf kein allgemeineres Princip zurückführen läßt, aber in der That um so weniger auffallen kann, da ein ähnlicher Rückfall der Morgengabe an den Mann bey Annullirung einer ungültigen Ehe eintritt (Note 749).

3) Sehr zweifelhaft ist allerdings, ob der obige Grundsatz auch bey der eingebrachten fahrenden Habe (nach

759) Die Selbstzucht bietet in jeder Beziehung eine Analogie dar. Schlef. Landr. I, 24, 1: let ein man sin gut, do her sin wip mit begab, das mag sin wip bey jare und tage widersprechen. — Salsfeld. Stat. 39 (Walch I, 24). — Vergl. Note 209. — Schlef. Landr. I, 40, 10: gibt ein man sime weibe erbegut, das vorkummert her wol und kauft dorumb sine notdurft, das her auch das gewere czu den heiligen mit seinem eide, das is im leibesnot tet.

760) Schwäb. Landr. 303: gibt ein man seinem weib varendt gut ze heymsteuer, das mag her nimmer an werden, dieweile er ander gut hat, zwinget in aber ehehaft not, er wirt das wol an mit recht. — Ebendas. 302 §. 2: und ist das eyn man seines weibes morgengab verkauffen wil, oder versetzen.. dy weil der man lebet und sy darauf klaget, man sol ir umb ir morgengab recht tun, will icht sy auf ir czwu brüste und.. zöpffe schweren, das es ir wille ny wurde. der richter soll ir ir morgengab wider antwurten.

761) Vergl. Note 733.

dem System des Schwäb. Landrechts) gelte. Zwar ist der eine Theil desselben, nämlich daß sie von dem Manne nur im Manngel eigenen Vermögens und sonst nur mit Einwilligung der Frau veräußert werden dürfe, an mehreren Orten klar ausgesprochen<sup>762</sup>), aber, was das Revokationsrecht der Frau betrifft, so scheint das Schwäb. Landrecht, welches in zwey auf einander folgenden Artikeln von diesem Rechte in Betreff der infirmiten fahrenden Habe und der Morgengabe handelt, es in Hinsicht jener erst nach dem Tode des Mannes zu gestatten, während es dasselbe in Hinsicht dieser schon bey seinem Leben zuläßt<sup>763</sup>). Allein man darf nicht übersehen, daß jene beyden Artikel nicht blos in Rücksicht auf die Zeit der Ausübung des Revokationsrechtes, sondern auch in Rücksicht der Form des Beweises, den die Frau zu führen hat, Gegensätze bilden und die Interpretation wenigstens nichts gegen sich hat<sup>764</sup>), nach welcher man gerade die letzte Rücksicht als die Hauptsache, auf die der Ton zu legen ist, ansieht, wonach denn aus den Worten des Art. 303 (Note 763) nicht auf eine Ausschließung der Revokation bey Lebzeiten des Mannes, sondern nur auf einen andern Beweis, nämlich den im Art. 302 bezeichneten, geschlossen werden dürfte<sup>765</sup>).

762) Schwäb. Landr. 303 §. 2: gibt si im auch solichs gut (fahrende Habe), er sol das sein ee an werden, wann das ir. — Balt. Landr. bey Heumann 83, 1: wolt aber der man der frauen ir haimsteuer, die sie zu im pracht hat, an werden, das mag er wol tun, es sol aber das letzt gut sein. — Rechtsbuch des Ruzprecht v. Freisingen §. 175. — Schwäb. Landr. 277 §. 2: ein weib mag ired gutes nicht hingeben on ired mannes urlaub.. noch ein man (mag ihres Gutes hingeben) on seines weibes willen.

763) Schwäb. Landr. 303 §. 3: wirt aber er ir gut an, das sy zu im bracht hat, und stirbt der man, und mag sie selbdritt erzeugen, das es ir wille nit was, man soll ir ir gut widergehen. — Vergl. damit 302 §. 2 (Note 760).

764) Ja! sie hat sogar das für sich, daß in beyden Stellen die Zeit der Klage nur als faktische, nicht juristische Bedingung ausgedrückt ist.

765) Die Verschiedenheit des Beweises der Klage bey Lebzeiten und nach dem Tode des Mannes, gründete sich zunächst, wie ich glaube, auf die Verschiedenheit des Gegners in beyden Fällen; dort war der eigentliche Beklagte der Mann selbst, weil dieser, als Autor, herbeigerufen wurde und selbst den Proceß übernehmen mußte, hier dagegen war es irgend ein Dritter, auf den die Verpflichtung der Gewerschaft übergegangen war. Suchen wir nun

4) Was endlich die Gerade betrifft, so scheint in Bezug auf sie keine Spur von dem obigen Grundsatz entdekt werden zu können. Nach ausdrücklichen Zeugnissen ist das Veräußerungsrecht des Mannes hinsichtlich der Güter, welche zur Gerade gehören, völlig frey, dergestalt, daß die Frau zu keiner Zeit revociren darf<sup>766</sup>), und steht nur unter der Herrschaft des bekannten Grundsatzes, daß Veräußerungen auf dem Todtbette ungültig sind<sup>767</sup>). Wenn man nun auch, gestützt auf diese unbeschränkte Befugniß des Mannes, nicht so weit gehen wollte, zu behaupten, daß die Frau lediglich Erbin des Mannes in Bezug auf die Gerade sey (denn damit würde sich schon der Uebergang derselben auf die Nistel

ferner nach dem Princip, worauf es sich gründete, daß die Frau, dem Ehemanne gegenüber, mit einem simplen Eide abkam, während sie sonst den bey dem Anfang gewöhnlichen Beweis liefern mußte (denn das ist der selbdrith geleistete Eid [vergl. die, Note 46 cit., Diss. S. 36], modificirt durch die Betheuerung, daß die Veräußerung wider Willen der Frau geschah), so findet man es, wie mir scheint, nicht ohne Wahrscheinlichkeit in dem mehrfach ausgesprochenen Grundsatz, daß bey Streitigkeiten zwischen Personen, die durch Verwandtschaft oder andre Verhältnisse enge mit einander verbunden waren, der simple Eid genügte, wo sonst Zeugen, oder andre stärkere Beweise, gefordert wurden. Augsb. Stat. 408 (Walch IV, 401): was ein gesell dem andern laugent, da gehört kein gezeugschafft über, wen das es an irn eid steht. — Brodzmer Willk. 102. — Sollte nicht dem gemäß der dunkle Satz: is en mag nymant uf den andern morgengabe ertzugen, wenne der brudegam (Ehemann) uf die braut (Ehefrau) und die braut uf den brudegam (Goslar. Stat. 486, 51. Schles. Landr. I, 9, 9) zu verstehen seyn? —

766) Schles. Landr. I, 11, 5: vorkummert einer gerade bei seinem gesunden leibe und stirbt her dornoch, e denne das gelost wirt, wil is denne der habin, uf den is irsturbin is, der sal is lösen, ab her wil. — Sächsl. Landr. I, 24 g. E. — Goslar. Stat. 485, 29.

767) Schles. Landr. I, 7, 7: gerade en mag man in suchtbette wedir vorkaufen noch vorsetzin, noch vergebin, wenne alleine durch des leibes notdurft, das mus man auch zu den heiligen bewisen, das man is von leibes notdorft nicht behalden en mochte. — Goslar. Stat. 485, 24. — Auf den Fall einer widerrechtlichen Veräußerung im Eidebette bezieht sich Schles. Landr. I, 11, 3: gestirbit eine gerade, die vorgebin oder vorkummert ist czu unrechte, wer das erbe nympt, der sal das irstaten.

bey Lebzeiten des Mannes <sup>768)</sup>, und der Umstand, daß ihm, nach dem Obigen <sup>769)</sup>, nur eine Gewere zu rechter Vormundschaft an der Gerade zustand, nicht vereinigen lassen), so könnte man doch hier ganz besonders geneigt seyn, auf die Ansicht zurückzukommen, daß die Gewere zu rechter Vormundschaft ein widerrufliches Eigenthum sey <sup>770)</sup>. Demungeachtet suchen wir, eingedenk der Aufgabe, die wir uns oben (bey Note 755) stellen zu müssen glaubten, nach einer Vereinigung dessen, was so eben über die Gerade aus den Quellen beigebracht ist, mit unserer Ansicht, daß neben der Gewere des Mannes zu rechter Vormundschaft eine Gewere der Frau bestehe, und in der That liegt eine solche nicht fern. Man denke sich nämlich die Gewere der Frau an der Gerade während der Ehe nicht als Eigenthum an einzelnen Sachen, sondern als Recht auf eine stets sich verändernde Universalitas, gerade so wie die Gewere des vertragsmäßigen Universaliterben <sup>771)</sup>. Daraus folgt ganz consequent, daß während der Ehe die einzelnen Stücke, wie andre fahrende Habe <sup>772)</sup> ganz frey veräußert werden durften, bis sich bey Auflösung der Ehe jene Gegenstände aus einem bloß idealen Ganzen in eine concrete Masse fixirten. Allerdings kann diese Ansicht von der Gewere der Frau an der Gerade, als Universalitas, nur auf einigen theoretischen Werth Anspruch machen, so fern sie Einheit in unsrer Vorstellungen von der Natur der Gewere zu rechter Vormundschaft bringt. Praktisch war es so gut, als ob jene Gewere während der Ehe so wenig, wie bey der eingebrachten fahrenden Habe vorhanden war und erst bey Auflösung der Ehe er-

768) Bemerkenswerth ist, daß, in Folge dessen, die Gerade nicht bloß, wenn der Mann, sondern auch, wenn die Frau dem Tode nahe war, nicht veräußert werden durfte, so fern nicht echte Noth dazu zwang. Glossa z. Sächs. Weichbilde Art. 23 (Ausg. v. Ludovici S. 51 folg.).

769) Vergl. Note 753.

770) Und zwar ein s. g. *dominium ex nunc revocabile*, (vergl. Note 766), während dasjenige, welches man aus der, Note 763 citirten, Stelle herleiten könnte, falls man das Revocationsrecht der Frau in Hinsicht der eingebrachten Mobilien auf die Zeit nach Auflösung der Ehe beschränkte, ein s. g. *dominium ex tunc revocabile* seyn würde.

771) Vergl. §. 21.

772) Welche nach den Rechten, die die Gerade kennen, im Eigenthume des Mannes steht. (S. vorher).

wachte<sup>773</sup>). Diese praktische Bedeutung des Verhältnisses, die von allem bloß Idealen, Gedachten, abstrahirt, ist es denn auch, welche die Quellen selbst in folgender Art herausheben. Sie sagen, die Gerade, als solche, existire reell während der Ehe noch gar nicht, was bey Auflösung der Ehe diesen Charakter annehme, sey während derselben simple fahrende Habe<sup>774</sup>). Aus dieser praktischen Bedeutung erklärt sich auch, in wie fern und woher der Grundsatz galt, daß die Frau durch einen Erbvertrag nicht über ihre Gerade disponiren durfte<sup>775</sup>). Der Grund lag in dem Princip, nach welchem ein Erbvertrag ungültig war in Hinsicht derjenigen Güter, die man nicht bey seinem Leben in seine Gewere bekam<sup>776</sup>). Sofern nun die Frau früher, als der Mann starb, mußte es so angesehen werden, als sey sie nie zur Gewere der Gerade gelangt und ihre Vergabung war daher ungültig; sofern sie aber ihn überlebte, so konnte sie gewiß, wie

773) Gerade so bestand die Gewere des vertragsmäßigen Universalerben bey Lebzeiten des Erblassers meistens nur in der Theorie; dem praktischen Erfolge nach war es so gut, als ob er, wie der gesetzliche Erbe, erst bey dem Tode des Vergabenden, die Gewere erhielt. Nur muß man nicht beyde Verhältnisse, das der Frau in Hinsicht der Gerade und das des vertragsmäßigen Erben, völlig einander gleich stellen. Dieser wurde bey dem Tode des Erblassers wie der gesetzliche Erbe, jene dagegen und ihre Mittel so beurtheilt, als ob ihr, so lange suspendirtes Eigenthum auf sie zurückfalle. Daher zahlte der erstere die Schulden des Verstorbenen (Note 582), die letztere nicht (s. weiter unten).

774) Schöffennurth. bey Böhme VI, 113, 4: ..se (die Frau) mag an in (den Mann) nicht vorgebin, was se von gerade czu im brennit, das heisset denne nym gerade, dieweile sy beide lebin, sunder is heisset varnde habe, stirbt abir se und ist unvorruckt, so heisset is abir gerade und stirbt an die stot, do is zu rechte hinstorben sal. — Gl. zu Weichbild 23 (S. 51).

775) S. Note 751, 752; vergl. vorherg. Note.

776) Erfurt. Stat. 15 (Walch I, 105): H. und vrau G., die hatten einen sun R., di kauftten da einen hof, do starb H. und vrau G. besafs in dem hofe. abir R., der sun nam eine gemaln. der dingete he alles das he hatte oder immer gehaben solde. aber in die gewere des hofis quam er ni, denne he beite (wartete) eines anevallis an dem hofe, wenne he na siner mutter tode solde an en zu rechte geerbit sin. (Nach dem Tode von R. macht seine Frau Ansprüche an den Hof) .. ist geurteilt, daz Rs. wetve nicht rechtis solde haben in dem hofe, wan ir mau R. ni war komen.

über andre fahrende Habe, von Todes wegen verfügen 777). Hieraus ergiebt sich, daß der Grund jenes Verbots, die Gerade auf dem Wege eines Erbvertrages zu vergeben, nicht in einer solchen Rücksicht auf das Recht des gesetzlichen Erben besteht, wie sie zwar bey Veräußerungen von Immobilien bekannt, bey der von Mobilien aber dem deutschen Rechte fremd ist.

Der Punkt, an welchen bisher der Beweis von der Existenz einer Gewere der Frau neben der des Mannes zu rechter Vormundschaft geknüpft wurde, betraf die Rechte der Frau bey Veräußerungen ihres Gutes durch den Mann 778). Außerdem verdient nur noch ein zweiter Punkt, als ein entscheidendes, und ein dritter 779), als ein die übrigen bloß unterstützendes, Zeugniß unsere Aufmerksamkeit.

Jener zweite Punkt besteht darin, daß der Frau das Veräußerungsrecht an sich nicht abgesprochen und nur dessen Ausübung an die Einwilligung des Mannes gebunden wird 780), wiewohl es sich, nach dem Systeme des Sachsenspiegels, nur auf Immobilien und Morgengabe erstrecken konnte 781). Eben daher durfte sie dem Manne selbst durch Erbvertrag ihre Güter zuwenden, wovon die häufigen Beispiele von Erbverträgen unter Eheleuten zeugen 782). Nur war, nach dem Systeme des Sachsenspiegels, in einer Vergabung des ganzen Vermögens nicht eigentlich die eingebrachte fahrende Habe (wohl aber die vor-

777) Daher heißt es in dem Schöffennurth. bey Böhme a. a. D. 128, 2: ab eyne frawe bÿ eres elichen mannes leben die gerade, die noch desselben mannes tode an sie gevallen sulde, vorgeben moge irem manne ader weme sie wolde, adir nicht? — hiruf sprechen wir vor eyn recht: die gerade... mag keyne frawe.. bey eres mannes leben geweren.

778) Vergl. Text zu Note 756.

779) Vergl. Text zu Note 792.

780) Sächf. Landr. I, 31: kein weib mag auch ires gutes nicht vergeben, on ires mannes willen, das ers durch recht dulden dürffe. — Schwäb. Landr. 277.

781) Vergl. 785, 786.

782) Culm. Recht IV, 11. — Schöffennurth. bey Böhme VI, 98, 5 u. a. and. D. — Ein gültiger affirmativer Erbvertrag setzt voraus, daß der Geber bey seinem Leben eine Gewere an den Gütern hatte (Note 776).

behaltene)<sup>785</sup>) mit begriffen, weil sie der Mann ohnedieß als unwiderrufliches Eigenthum hatte<sup>784</sup>), und eben so wenig die Gerade<sup>785</sup>). Lediglich die bekannten Rechte des nächsten Erben in Hinsicht der Immobilien konnten die Gültigkeit eines Erbvertrages über diese verhindern, so wie umgekehrt ihre Einwilligung auch die Vergabung der Gerade gültig machte<sup>786</sup>). — Wenn man den mehrmals citirten Artikel 31 im ersten Buche des Sächs. Landrechts<sup>787</sup>) aufmerksam liest, so scheint

783) Vergl. Note 747.

784) An diesem Orte verdient eine Stelle Erwähnung, welche, als scheinbare Widerlegung dieser Ansicht, bereits oben (Note 749a) angekündigt worden ist. Schöffenuyth. bey Böhme VI, 151, 2: eyne frawe ist mit erem manne vor geheget gericht komen unt hot do alle ir gut und hausgerethe, das sy zu dem manne brocht hat, demselben erem manne noch erew tode fry und erblich uffgegeben, auszemende, ab her ee sturbe, das das selbe gut und hausgerethe an sy komen sulle. der man ist todt. nu sprechen des mannes frunde, dy gobe moge nicht bestehen doromme, das dy frawe das geld und das hausgerethe czu erem manne brocht hatte und yn eren scheffenbrife nicht geschrebin steht, das ir unser frund das hausgerethe vor gehegetem dinge wider ufgegeben hette (die Erben des Mannes argumentiren ganz richtig nach der, von uns vertheidigten, Ansicht, daß die eingebrachte fahrende Habe volles Eigenthum des Mannes wurde, also nur durch seine Vergabung an die Frau zurückkommen könne). do spruch dy frawe: synt demmole das meyn man vor gehegetem dinge kegenwortich mir meyne gobe und ausnemunge an alle widersprache (gönnte), so sol meyne gobe und ausnemunge macht haben. lth.: noch demmole der man dy gobe von der frawen so entphangen hat, so sol der frawen ir gut blybin yn der wegene, als sy das gegeben und ausgenommen hot. Offenbar war das, was hier als beschränkende Bedingung (Ausnehmung) der Gabe hinzugefügt wurde, die Hauptsache und daß ihr in jener Form dieselbe Wirkung beigelegt ward, als einer Vergabung des Mannes an die Frau (welche die Erben des erstern verlangten) war wohl höchst billig.

785) Vergl. Note 776 u. folg. Sie war daher bey einer allgemeinen Vergabung stillschweigend ausgenommen. S. die Gl. 3. Sächs. Weichbild 23 (S. 48): giebt ein man oder weib solche gabe, das eines des andern gut besiczen soll... wirt da nichts sonderlichs ausgedruckt und bleibet in dem gute eine gerade, si fällt mit mehrem rechte an der frauen nistel, denn das der man die gab an der gerade behalten mag.

786) S. die cit. Gl. 3. Weichbild (S. 51).

787) wenn ein man ein weib nimmt, so nimmt er all ir gut in seine gewer zu rechter vormundschaft. dar um mag kein weib

darin für die Ungültigkeit einer Vergabung der Frau an den Mann ein durchgreifender Grund sowohl in Hinsicht der Immobilien, als auch der Gerade angedeutet zu werden, nämlich der, daß jene Güter sich in der Gewere des Mannes zu rechter Vormundschaft befinden. Dieser Gesichtspunkt, aus dem der Spiegel die Sache betrachtet, erklärt sich auf folgende Weise. Wenn die Frau dem Manne im Wege eines, durch gerichtliche Auflassung geschlossenen, Erbvertrages ihre Immobilien zugewandt hatte, so konnte der Besitz und Genuß, den er schon kraft seiner Vormundschaft daran hatte, gewiß nicht für denjenigen gelten, welcher nach älterm Rechte zur Erlangung einer rechten Gewere nothwendig war<sup>788</sup>), folglich war für die gesetzlichen Erben der Frau die Vergabung, wie lange sie auch bestand, nach dem Tode der Frau immer noch ungültig und nur da, wo, nach neuerm Rechte jene Bedingung der rechten Gewere wegfiel, gab der Verlauf von Jahr und Tag nach der geschehenen Auflassung dem Manne vollkommene Sicherheit<sup>789</sup>). In Rücksicht der fahrenden Habe bedurfte es da, wo der (neuere) Erbvertrag Eingang gefunden hatte, keiner Ueberlieferung des Besitzes und Genusses bey Lebzeiten des Gebers, um den vertragsmäßigen Erben gegen den gesetzlichen sicher zu stellen, wohl aber konnte man nach älterm Rechte, und namentlich ohne Zweifel nach dem Sächs. Landrecht, einem Fremden nur durch sofortige Tradition fahrende Habe zuwenden<sup>790</sup>). Nehmen wir das, was hier über das ältere Recht der Vergabungen von Immobilien und Mobilien in Erinnerung gebracht ist, zusammen, so erklärt sich, wie der Sachsenspiegel die Gewere des Mannes zu rechter Vormundschaft als Grund der Ungültigkeit einer Vergabung ansehen konnte, durch welche die Frau dem Manne Güter, die jener Gewere unterworfen waren, zuwenden wollte. Der Besitz und Genuß, den der Mann schon als ehelicher Vormund an den Gütern der Frau hatte, hinderte diese, ihm einen solchen durch freiwillige Uebergabe einzuräumen.

---

irem manne eine gabe geben von irem eigen, noch von irer farenden habe (d. h. Gerade, vergl. Note 753), dadurch sie es iren erben noch irem tode entpfremde.

788) Vergl. Note 244, 245.

789) Vergl. Note 571.

790) Vergl. §. 20 a. A.

Der dritte und letzte Punkt, der bey Auffuchung der innern Zeugnisse für das Nebeneinanderbestehen der Gewere des Mannes zu rechter Vormundschaft und der Frau zu Eigenthum, nicht übergangen werden kann (vergl. Note 779), besteht darin, daß alle hieher gehörigen Güter zu den Schulden, die der verstorbene Mann hinterließ, nicht beizulegen<sup>791)</sup>. Allein für ein entscheidendes Zeugniß wird man dieses, für sich allein, nicht gelten lassen, da es auch zu Gunsten der Ansicht, nach welcher die Gewere zu rechter Vormundschaft als *dominium revocabile* gedacht wird, ausgelegt werden könnte.

### B.

In dem Obigen ist der Charakter der Gewere zu rechter Vormundschaft negativ dahin festgestellt, daß sie nicht Gewere zu Eigenthum sey, diese vielmehr der Frau zukomme, es ist nun noch übrig, sie auch positiv im Allgemeinen zu charakterisiren. Dürfen wir sie uns als eine Gewere denken, die einen so bestimmten Umfang von Eigenthumsrechten mit sich führt, wie etwa die Gewere zu Leibzucht, zu Sazungsrecht, so daß an allen Sachen, die ihr unterworfen sind, dem Manne dieselben Rechte zustehen, oder höchstens nur der Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen eine Verschiedenheit darin erzeuge? Man braucht sich auch hier<sup>792)</sup> nur zu erinnern, in welchem Sinne das Wort „Eigenthum“ von uns genommen wird, um jene Frage sofort zu verneinen. Offenbar modificirten sich, je nach der Verschiedenheit der Rechte, welche die Frau an ihren Gütern hatte, auch die Rechte, die dem Manne kraft seiner Vormundschaft zustan-

791) Von dem Eingebrachten der Frau (Mobilien nach dem System des Schwäb. Landr., Immobilien nach beyden Systemen) wird man das nicht bezweifeln. S. überdem Bair. Landr. bey Heumann p. 80, 2. — In Hinsicht der Gerade und Morgengabe bezeugen es ausdrückliche Stellen. Schles. Landr. I, 11, 6: von morgengabe, (von hergewete) und von gerade gilt man die schult nicht. — Gosl. Stat. 486, 35. — Obgleich man durch die häufige Zusammenstellung der Gerade und des Heergeräthes sich gewöhnt, sie als durchaus verwandte Institute zu betrachten, so beruhte dennoch die beyden gemeinsame Befreiung von den Schulden auf verschiedenen Gründen; die für die Gerade liegen in dem Obigen (Note 773), für das Heergeräth läßt sich kein anderer, als ein specielles Privilegium, angeben.

792) Vergl. Text bey Note 750.

den <sup>793</sup>). Da wir nun hier nicht, wie oben (a. a. O.) die Rechte selbst, welche die Frau hatte, auf den Mann übergehend denken können, so müssen wir, wie ich glaube, die Gewere zu rechter Vormundschaft also definiren: es steht dem Manne die Ausübung der Rechte, welche der Frau zukommen (wiewohl nicht aller <sup>794</sup>), oder nicht ohne Beschränkung), als selbständiges Recht zu eigenem Vortheil zu, auf dieselbe Weise liegt ihm die Vertretung der Frau in ihren Verpflichtungen (wiewohl wiederum nicht aller) <sup>795</sup>, als selbständige, eigene Verpflichtung, ob. Die Aehnlichkeit dieser Definition mit der, welche von der Gewere zu treuer Hand gegeben wurde <sup>796</sup>, ist unverkennbar; der wesentliche Unterschied zwischen beyden liegt darin, daß das Recht des Mannes den Charakter der selbständigen, eigenen Befugniß nicht bloß gegen die Außenwelt, sondern auch nach Innen, d. h. im Verhältnisse zur Frau, behauptet und dieses sollen die Worte „zu eigenem Vortheil“ andeuten. Aus dieser Definition ergibt sich denn auch das Passende der Bezeichnung „Gewere zu rechter Vormundschaft.“ Vormundschaft bezeichnet, daß die Rechte, zu deren Ausübung der Mann befugt ist, an sich oder ihrer Substanz nach fremde Rechte sind, Gewere dagegen, daß diese Befugniß ihm als selbständige, eigene zukomme.

---

793) So z. B. läßt sich leicht einsehen, daß das Veräußerungsrecht des Mannes sich bey weitem nicht auf alle Objekte seiner Gewere (nicht auf Lehen und ähnliche) erstreckte.

794) Z. B. war der Ehemann, als solcher nicht Lehenträger in Bezug auf Lehen, welche die Frau besaß, konnte also auch nicht auf die Rechte, die nur durch jenen ausgeübt werden durften, Anspruch machen.

795) Man denke auch hier an das in Note 796 gegebene Beispiel.

796) Vergl. §. 23 a. A.

Zweites Kapitel.

Gewere zu Lehen, und Hofrecht.

§. 25.

Gewere zu Lehenrecht.

Ein Besitzrecht an Immobilien, welches auf dem Wege einer simplen Tradition constituirt wird, dessen Gewere also nur eine gemeine (nicht rechte) Gewere ist und bleibt, wird in seinem Verhältnisse zu Dritten nach eben den Principien beurtheilt, wie jede Gewere an Mobilien <sup>797</sup>). Also:

1) Der Besitzer ist gegen diejenigen mit einem dinglichen Ansprüche (mit einer juristischen Gewere) versehenen sicher, deren Recht später, als das seinige entstand <sup>798</sup>), während

797) Vergl. Note 270 i. — Hier auf gründet sich, wie ich glaube, die Ansicht des englischen Rechtes, daß alle Rechte an Immobilien, die nicht durch gerichtliche Auflassung entstehen, mit den Mobilien in eine Kategorie gehören, die es mit den Namen chattels, oder personal things bezeichnet (Blackstone commentaries B. II. ch. 24); wiewohl unsere heutige Ansicht, nach welcher alle jene Besitzrechte rein persönliche sind, zu demselben Resultate führt.

798) Schles. Landr. II, 2, 4: hat ein man sin haus vermitet und verkauft denne das sint der zeit; der das gemitet hat, der hat sin ingedinghe, und wolde in der abetriben, der es gekauft hatte, das sal nicht sin; der es denn gekauft hat, der behalde sin eigen und warte sines zinses. — Goslar. Stat. (folg. Note a. C.). — Einer weitem Erklärung dieses Grundsatzes, der bekanntlich von dem römischen: „Kauf bricht Miete“ so wesentlich abweicht, bedarf es nicht, da er nicht als Anomalie dasteht, sondern an die allgemeinen Principien über die gemeine Gewere sich anschließt. Zwar kann der Fall, von dem hier die Rede ist, bey Mobilien nicht vorkommen, weil der Eigenthümer derselben, nachdem er sich einmal des Besitzes freiwillig entäußert hat, kein zweites Recht mit einer (juristischen) Gewere daran bestellen kann, wohl aber kommt das Princip, die ältere Gewere siege über die jüngere, auch bey fahrender Habe, nur in andern Anwendungen, vor. Vergl. Note 259 b u. folg.

er denen, deren Gewere älter ist, als die seinige, welchen muß 799).

2) Wird der Besitzer von einem Dritten angesprochen, so kann er sich, wie jeder, der fahrende Habe in Folge einer derivativen Erwerbungsart besitzt, auf keine andere Weise schützen, als dadurch, daß er seinen Autor vorschreibt, der an seiner Stelle den Proceß übernehmen muß<sup>800</sup>). Gerade an dieser Stelle möchte es nicht überflüssig seyn, einen Irrthum mit wenigen Worten zu berühren, zu welchem dieses Princip Veranlassung geben könnte. Ein Recht, welches gegen Dritte nur durch Vermittlung des Autors gesichert ist, erhält dadurch den Anschein eines bloß obligatorischen, und somit scheint es an einer Erklärung der dinglichen Wirksamkeit zu fehlen, die allen den Rechten unzweifelhaft zukommt, bey welchen jene Vermittlung nothwendig ist. Allein jener Folgerung liegt eine falsche Vorstellung von der Bedeutung jenes Principis zum Grunde. Die persönliche Verbindlichkeit des Autors ist nicht der (materielle) Grund jener Besitzrechte, sondern das Vorschreiben des Autors ist bloß die processualische (formelle) Bedingung ihrer Anerkennung. Kann man daher diese Bedingung nicht erfüllen, so ist freilich das Recht selbst vernichtet<sup>801</sup>), umgekehrt aber kommt es bey den Wirkungen, die

799) Goslar. Stat. 493, 41: set ein man en hus uth, dat en much he nicht mer bekümmern, he en mach ed oek nicht vermēden, wente upp de tydt, dat it upgeboden wert unde des vrede gewracht is, wenne dat alle overgegan is, so en mach id de man (dem Miether) nicht lenck geweren, id en sy, dat de medinghe er geschen is, er de satinghe, dat mot he deme irlegen, deme he de satinghe gedan hefft.

800) Ein Grundsatz, der zu bekannt ist, als daß es einer Sammlung von Belegen bedürfte. Vergl. unter andern, in Betreff der fahrenden Habe, Sächs. Landr. II, 36, III, 5; in Betreff der, hier in Rede stehenden, Besitzrechte an Immobilien s. die Goslar. Stat. a. a. D. und Sächs. Landr. (Note 803), in welchen das Bestehen derselben davon abhängig gemacht wird, daß der Autor die Sache geweren könne. Nur der Inhaber einer rechten Gewere ist sein eigener Gewere (Sächs. Landr. II, 42, Soester. Stat. bey Eichhorn, Einleit. §. 174 Note m.).

801) Falls nämlich der Kläger seinerseits seine jur. Gewere nachweisen kann (daß dieser Beweis auch dann noch nöthig sey, wenn der Autor nicht gestellt werden kann, geht aus Sächs. Landr. II, 36 hervor), was z. B. dem Käufer in dem Falle des Schles. Landr. (Note 798) gelingen müßte, nicht aber z. B. dem Eigentümer,

der Proceß auf das Recht des Besizers haben soll, gar nicht bloß auf das Verhältniß an, in welchem der Kläger zum Autor steht, so daß das, gegen den letztern erwiesene, Recht an und für sich immer auch jenen verpflichtet, sondern es kommt darauf an, ob dieses Recht, seiner Natur nach, auch unmittelbar gegen den Besizer selbst wirksam ist.

3) Eine höchst wichtige Abweichung der, hier in Rede stehenden Besizrechte an Immobilien von denen an fahrender Habe, bringt der Grundsatz hervor, daß der Erbe an Dispositionen des Erblassers über Immobilien nicht gebunden ist<sup>802</sup>). Hieraus folgt erstlich, daß die Verpflichtung, die Sache dem Besizer zu geweren, auf ihn nicht übergeht; daher kann jener, wenn er, nach dem Tode des Autors, von irgend einem Inhaber der juristischen Gewere angesprochen wird, die formelle Bedingung der Erhaltung seines Rechtes, nämlich die Stellung des Geweren, nicht erfüllen, ist also genöthigt, dem Kläger zu weichen. Zweitens hat jener Grundsatz die Folge, daß der Erbe selbst, kraft seiner juristischen Gewere, in die Reihe jener Gegner des Besizers tritt, und, wie diese, dem Rechte desselben ein Ende machen kann<sup>803</sup>), nicht bloß aus

---

der seine verlichene Sache von einem dritten Besizer vindiciren wollte, da er den Eid, welcher bey dem Anfang von dem Kläger gefordert wird, nicht schwören kann. Vergl. Note 174.

802) Ueber die Beschränkungen, die diesem Grundsatz, als Ausnahmen, zur Seite stehen, wird weiter unten gesprochen werden.

803) Daß der Besizer andern dinglich Berechtigten, als dem Erben, weichen müsse, dafür fehlt es freilich an ausdrücklichen Zeugnissen, in der That aber werden sie durch diejenigen, die sich für das Revokationsrecht des Erben anführen lassen, überflüssig gemacht, weil sie die Voraussetzungen, auf denen jene Behauptung ruht, außer Zweifel setzen. Sächs. Landr. III, 77: thut ein man sein land aus umb zins, umb pfleg, zu bescheidenen jaren.. zu welcher zeit er binnen den jaren stirbt, man soll es seinen erben wider lassen, denn es jenem dieser, der es anset nicht lenger geweren mag, denn dieweil er lebt. — Ebendas. I, 9: wer auch dem andern gut in seine gewer lest, bevor er es im auflest, er sal in in der gewer vertreten, dieweil (so lange, d. h. ohne Beschränkung auf Jahr und Tag, wie nach der Auflassung) ers im nicht aufgelassen hat. stirbt er, der es lassen soll, sein son ists nicht pflichtig zu lassen. — Die im Augenblick der Revokation des Erben percolpirten Früchte gehörten natürlich dem Besizer. Da aber bekanntlich dafür schon diejenigen galten, für welche nur erst die, zu ihrer Erzeugung erforderlichen, Arbeiten vollendet waren (Haubold Sächs. Privatr. §. 183), so blieb

dem, bey jenen angegebenen, Grunde, sondern auch deswegen, weil seine juristische Gewere, trotz dem, daß er sie erst bey dem Tode des Veräußerers erhält, doch als älter, denn die des Besitzers, anzusehen ist (weil sie die Gewere des Erblassers selbst war)<sup>804</sup>) und, als solche, den Sieg davon trägt (Note 799).

Bey diesem Revokationsrechte des Erben in Betreff der Veräußerungen, die auf dem Wege simpler Tradition geschehen, sind noch zwey Fragen zu beantworten, auf die die Vergleichung desselben mit demjenigen hinführt, welches er bey Veräußerungen auf dem Wege der gerichtlichen Auflassung ausübt.

1) Konnte er jene nicht eben so, wie diese, schon bey Lebzeiten des Veräußerers revociren? Gewiß nicht. Denn das Revokationsrecht bey Lebzeiten des Veräußerers gründet sich auf die Fiktion, er sey gestorben und folglich die Gewere auf den Erben übergegangen<sup>805</sup>). Es steht nicht zu erwarten, daß eine Fiktion auf Fälle angewandt worden sey, bey denen dazu kein Bedürfnis vorhanden war. Bedürfnis war sie nur in den Fällen der Veräußerung, wo nach Jahr und Tag für Erwerber eine rechte Gewere entstehen konnte, welche die Rechte des nächsten Erben zerstörte, nicht aber in den Fällen simpler Tradition.

---

der Colon bis zur Beendigung der Erndte im Besitze. Dieser Grundsatz ist hier nur deswegen erwähnt, weil die Art, wie der Verf. des Sächs. Landrechts ihn ausdrückt, wiederum sehr deutlich das Princip ausspricht, der Besitzer bedürfe zur Sicherung seiner Gerechtsame unbedingt eines Geweren. Er bedient sich nämlich folgenden Bildes: stirbt auch der herr, her (der Besitzer) darf niemands, der in gewere, denn seinen pflug (Sächs. Landr. II, 59).

804) Daß die Dauer der Gewere des Erblassers dem Erben angerechnet werde, kann keinem Zweifel unterliegen. Abgesehen von vielen andern Erscheinungen, die sich nur dadurch erklären, erinnere ich nur an das Revokationsrecht, welches der Erbe gegen den, der ein Grundstück durch gerichtliche Auflassung erwarb, schon bey Lebzeiten des Veräußerers ausübte. In diesem Falle, wo der Beklagte seinen Geweren zu stellen im Stande ist, kann der Grund, woher der Erbe mit seiner Klage durchdringt, nur darin liegen, daß seine Gewere, als die ältere, das härtere Recht hat.

805) Bergl. §. 6 a. E.

2) Bewirkte die Einwilligung des nächsten Erben in die Tradition eben das, was die Auflassung mit Zustimmung desselben bewirkte, nämlich Sicherheit des Erwerbers für immer, vor allen folgenden Erben? Auch diese Frage ist, wie mich dünkt, zu verneinen. Denn, daß die, zur Auflassung hinzutretende, Einwilligung des nächsten Erben den Erwerber vor allen Nachfolgern desselben sicherte, kam lediglich daher, daß jene ihn sofort in die Lage versetzte, in der er ohne sie nach Jahr und Tag gewesen seyn würde, d. h. ihm sofort die rechte Gewere gab, gegen welche der nachfolgende Erbe nichts ausrichten konnte. Da nun ein, durch simple Tradition entstandenes, Besitzrecht nie den Charakter einer rechten Gewere annehmen konnte, so war jeder folgende Erbe, so wenig, als der nächste, falls er nicht einwilligte, gebunden, und der Besitzer gewann durch die Einwilligung des letztern nichts mehr, als daß sein Recht während des Lebens zweyer Eigenthümer gesichert war. Da hienach bey Uebertragung eines Besitzrechtes dieser Art, die Einwilligung des Erben nicht anders, als eine, auch von ihm geschehene Tradition anzusehen war, so glaube ich auch behaupten zu können, daß, als in späterer Zeit die Rechte des nächsten Erben auf ererbtes Eigen beschränkt wurden, der zweite Erbe die Tradition eines gewonnenen Grundstückes eben so wenig anzuerkennen brauchte, weil es in der Hand des ersten Erben Erbgut wurde und die Disposition, die dieser, wie seine eigene Tradition respektiren mußte, für seinen Nachfolger nicht mehr verbindlich war.

Das Resultat, welches sich aus der obigen Darstellung ergibt, ist: ein Besitzrecht an Immobilien, welches auf dem Wege einer simplen Tradition bestellt wird, kann von Rechts wegen nicht über die Lebenszeit des Autors hinaus dauern, folglich auf eine juristische Erblichkeit nicht Anspruch machen; es darbt, um mich der Ausdrücke der Lehnrechtbücher zu bedienen, der Folge an den andern Herrn und darum würde auch die Transmision auf die Erben des Besitzers, die bey dem Leben des Autors möglich wäre, nur ein zufälliger, kein juristisch nothwendiger Erfolg seyn. Zugleich liegt schon in dem Obigen eine Hindeutung auf dasjenige, was nothwendige Bedingung der Erblichkeit eines Besitzrechtes an Immobilien ist; es muß nämlich den Charakter einer rechten Gewere haben. Dieses soll nun

in Bezug auf das Lehen im eigentlichen Sinne<sup>806)</sup>, zu dessen Begriff, wie bekannt, die Erblichkeit wesentlich gehört<sup>806 a)</sup> bewiesen werden. Dabey ist es nöthig, einen Weg einzuschlagen, der zugleich das Interesse gewährt, daß er die, wie mich dünkt, sehr verkannte Grundlage zweyer Institute des heutigen Lehnrechts ins rechte Licht setzen wird.

Die Rechtsbücher drücken sich mehrfach also aus:

Schwäb. Lehn. 100 §. 6: lehen one gewer ist nit len. — 107 §. 8: alles len one gewer darbet der volge und alles len one gewer ist unrecht len. — Sächf. Lehn. 63.

Es kömmt darauf an, zu beweisen, daß unter Gewere hier gerade die rechte Gewere verstanden wird. Die Gewere nun, welche fähig ist, nach Jahr und Tag eine rechte Gewere zu werden, hat folgende zwey Gegensätze: 1) Die Gewere, welche, ohne durch gerichtliche Auflassung entstanden zu seyn, den faktischen Besitz mit sich führt. Daß diese zur Begründung eines erblichen Rechtes nicht hinreicht, ist in dem Obigen hinlänglich bewiesen und wird durch Stellen der Lehnrechtsbücher bestätigt<sup>806 b)</sup>. 2) Die Gewere, welche zwar durch gerichtliche Auflassung entstanden, aber mit keiner Art von Genuß verbunden ist, oder, genauer gesprochen, bey welcher der Veräußerer kein Opfer in Betreff des Genusses bringt (vergl. Note 244 folg.). Gerade dieses nun ist der Charakter des,

806) Der Ausdruck „rechtes Lehen“ drückt dieses zwar auch aus (Schwäb. Lehn. 107 §. 8, 156 §. 1), aber er wird auch in einem engeren Sinne genommen, indem er bloß das Lehen, welches mit Ritterdienst im offenen Felde (im Gegensätze des Burgdienstes) verdient wird, bezeichnet (Schwäb. Lehn. 128, 132 §. 1, Sächf. Lehn. 59).

806 a) Daher der Ausdruck „Lehnrecht“ (jus feudale, jus feudi) vorzugsweise diese Eigenschaft (das Recht der „Folge“) bezeichnet (Böhmer obs. j. feud. VI. §. 2).

806 b) Sächf. Lehn. 66: niemand en inac sime herrn gut mit der gewere entwuren (so, daß der Herr sein Besizrecht nicht widerrufen könne) des ammechtman her ist, ob erz ime zu len seget, wend ime sin herr al sin gut in sine gewere bevolen (bloß tradirt, vergl. Note 878) hat; lihet (Note 808) aber ime der herr gut. — vet. aut. de benef. I, 144. — Daher heißt es (Schwäb. Lehn. 100 §. 6) gewer one lenung (Investitur) ist nit (recht) len.

aus dem Bedinge entspringenden, Rechtes, von welchem es ausdrücklich heißt, es darbe der Folge <sup>806 c)</sup>. Daß das Bedinge keine rechte Gewere werden konnte, ist klar, da ihm jeder Genuß abging, oder vielmehr der Lehnherr, der dasselbe an dem Lehen eines Vasallen bestellte, in Betreff des Genußes nicht mehr verlor, als er bisher entbehrte <sup>806 d)</sup>. Daß es überhaupt nur den Charakter einer (juristischen) Gewere hatte, bedarf eines Beweises. Zwar, wenn man sich lediglich an die Analogie dessen hält, was eine gerichtliche Auflassung im Landrechte wirkt, so müßte man unbedenklich das Bedinge für ein Recht mit einer Gewere erklären, da die Lehnung, womit die Rechtsquellen den Akt seiner Bestellung bezeichnen <sup>807)</sup>, nichts anderes, als die Investitur <sup>808)</sup>, und diese wiederum nichts anderes, als die gerichtliche Auflassung zu seyn scheint <sup>809)</sup>. Dagegen aber giebt es viele Stellen, welche, den Worten nach, die Entstehung der Gewere an einen, von der Lehnung verschiedenen, spätern, Akt, die Beweissung, anknüpfen <sup>810)</sup> und gerade in den Mangel der Beweissung und Gewere den Unterschied des Bedinges vom rechten Lehen setzen <sup>811)</sup>. Daß die Beweissung nichts anderes ist, als

806 c) Sächs. Lehn. 5: amme gedunge en ist nicht folge.

806 d) Man sieht, daß hier nur die ältere Ansicht von der Beschaffenheit der Gewere binnen Jahr und Tag, die zu einer rechten Gewere werden soll, berücksichtigt wird; ob die neuere, die sich, nach den Quellen zu schließen, die davon Zeugniß geben, in Städten bildete, auch in das Lehenrecht drang, ist aus Mangel an Nachrichten nicht auszumachen.

807) Sächs. Lehn. 5, 10, 63 u. a. and. D. —

808) Vergl. Note 806 d. — Schilter cod. j. alem. p. 286. — Note 814 a. E.

809) Eichhorn, Einfelt. §. 201.

810) Sächs. Lehn. 10: wenne ein herr sime man gut bewisen let, daz her im leihet, zu hant hat der man die gewere. — 11: welch gut ein man in sinen geweren nicht en hat, und ime nicht bewiset ist. — 6: der vater erbet uffen son die gewere des gutes... darumbe en darf der son nicht, das man ime des vaters gut bewise. — Schwäb. Lehn. 154 §. 1.

811) Der ganze 9te Art. des Sächs. Lehn. spricht vom Bedinge und sagt unter andern: jeclich unbewiset gut, daz deme manne gelegen wirt; sal her behalten mit gezuge, da her die gewere darbet. — 11: welch gut ... dem man nicht bewiset ist, deme en mag her nicht gevolgen an einen andern herrn, noch erben an sinen son (Note 806 c). — 61: Der Bedingts-

die Einräumung des Besizes, also gerade das, was bey der Auflassung im Landrecht für die Erlangung der Gewere ganz unwesentlich war, kann nicht bezweifelt werden<sup>812</sup>). Demungeachtet stehen, wie ich glaube, alle jene Stellen der obigen Ansicht nicht entgegen, weil die Verfasser derselben unter dem Worte Gewere nur den faktischen Besiz verstehen<sup>813 a)</sup>, der allerdings für die Entstehung einer rechten Gewere und somit eines rechten Lehens von der höchsten Wichtigkeit war. Es steht uns daher noch immer die Frage frey, ob der Beweisung nicht schon eine juristische Gewere, durch die Lehnung begründet, voranging und bejaht muß sie werden aus folgendem Grunde. Der, welcher die Lehnung empfangen hat, darf, falls der Herr die Beweisung versagt, sich des Gutes eigenmächtig unterwinden, der unbedingt Belehnte sogleich, der mit dem Bedinge Belehnte nach Eintritt der Bedingung<sup>813 b)</sup>. Dieses würde ohne einen Friedensbruch undenkbar gewesen seyn, wenn nicht die bloße Lehnung den Vasallen zum Inhaber der Gewere gemacht hätte, in Folge deren jene eigenmächtige Handlung nicht als Eingriff in eine fremde, sondern als Realisirung der eigenen Gewere betrachtet werden mußte. Die Beweisung im Lehnrechte hatte daher dieselbe Bedeutung, wie die im Landrechte: sie wurde vom Lehnherrn, nicht als Autor, sondern als Richter, gebeten, war nicht nothwendige Bedingung des Erwerbes der Gewere<sup>814</sup>), sondern

mann innere (Sächs. Landr. I, 6) den herrn binnen siner rechten jarzale (nach dem Tode des vasallus possessor) mit zweien siner manne gezuge, die die lenunge sahen und horten, da erz ime sunder gewere leh.

812) Schwäb. Lehn. 154 §. 3: kumt darnach ein ander man und bittet im das gut zu leihen, der herr thut das und gibt enen poten und weiset in auf das gut. — Richtst. d. Lehn. 29.

813 a) Vergl. Note 58.

813 b) Sächs. Lehn. 10: wenne ein herr sime manne weigert zu beweisene sogetan gut, das her ime lieh, der man unterwinde sich sogetanes gutes sonder beweisunge. — Schwäb. Lehn. 20 §. 1. — Ebendas. 13 §. 2: und libet ein herr ein gut einem man als: ich benenne dir den man, der heisset C., wenne der stirbt, so si sin gut din lehen. und stirbt der man, er far an sinen herrn und hitt in um die wysung, und git im sin herr sinen boten (Note 812), das ist gut, tut er aber das nit, so unterwinde sich der man selber sins guts und tut nit wider recht. Vergl. Note 815.

814) Um anzudeuten, daß die Beweisung für den Bedingmann eben so wenig, wie für den Erben des Vasallen (vergl. Note 61 b)

eine Form, die dem Erwerber bloß untergeordnete Vortheile gewährte, namentlich in Bezug auf den Beweis z. B. des Anfangspunktes der so wichtigen Zeit von Jahr und Tag. Daher kann es auch nicht auffallend seyn, wenn nach einer Stelle des Sächs. Lehnrechts der Bedingsmann, auch ohne vorher um die Verweisung gebeten zu haben, sich des erledigten Lehens eigenmächtig unterwinden darf, falls der Lehnherr ihm nicht zuvor gekommen ist<sup>815)</sup>. Daß übrigens die eigenmächtige Apprehension nur bey dem Vasallen, nicht auch im Landrecht, erwähnt wird, erklärt sich wohl daraus, daß der Landrichter niemals ein Interesse haben konnte, die Einweisung zu verweigern, wohl aber der Lehnherr, der die Qualität des Richters und Autors in sich vereinigte.

Es sey mir erlaubt, hier eine Bemerkung über die heutzutage gewöhnliche Lehre von der Exspektanz und Eventualbelehnung einzuflechten, zu welcher dasjenige, was so eben über das Beding gesagt ist, Veranlassung giebt. Die in dem longobardischen Lehnrechte erwähnte Investitur auf den Eröffnungsfall (I F. 3, II F. 22 §. 2, II F. 35) scheint ursprünglich kein anderes Geschäft gewesen zu seyn, als das deutsche

nothwendiges Erforderniß war, bedient sich das Sächs. Lehnr. (61) folgendes Ausdrucks: *lihet ein herr wibe, oder manne, gedinge an eines mannes gut, stirbt jener darnach, der es in geweren hat, die gewere des gutes ist ersturben uff den, dem ez gedinge gelihen waz. e waz ez sin leben under gedinge und under dem bescheide, ab der ane lens-erben sturbe, der ez in geweren hatte, do her starb, do waz ez sin len sonder gedinge.* — Am wenigsten bedurfte der Bedingsmann, bey Eintritt der Bedingung, zum Erwerb des dom. utile einer Investitur. Die Belehnung, um welche er allerdings nachsuchen mußte, war nicht eine erste Belehnung, sondern eine Renovation der Investitur, mußte daher, wie diese überhaupt, binnen Jahr und Tag erbeten werden. Sächs. Lehnr. 61, 7.

815) Sächs. Lehnr. 61: *swenne der stirbt ane lenerben, der ez gut in geweren hat, der herre mag ez sich wol underwinden, ob ers sich nicht versinnet, dar erz gedinge jemande daran geligen habe. underwindet ez sich auch jene, deme ein gedinge daran geligen ist, ee denn der herr, her missetbut nicht, deste erz zu hant verste und sin recht daran berede, swenne der herre en darum schuldiget. Gätte sich der Vasall des Gutes unterwinden wollen, nachdem der Herr selbst es in Besiß genommen, so würde letzterer ihn immer dadurch haben abweisen können, daß er ihm erst die ehemals geschehene Lehnung gehörig beweisen müßte. Schwäb. Lehnr. 13 §. 3.*

Geding <sup>816</sup>), das, worin jene von diesem abweicht, hauptsächlich (Note 820) nur aus dem spätern Einflusse der Lehre des römischen Rechts von der Verpflichtung des Erben, die *facta defuncti* zu prästiren <sup>817</sup>), erklärt werden zu müssen. Daher finden wir, daß der Nachfolger der Investirenden, welcher nicht Erbe desselben war, wie dieses z. B. bey dem *clericus successor* der Fall ist, das Geschäft nicht anzuerkennen brauchte <sup>818</sup>), wohl aber der *successor laicus* <sup>819</sup>). Eine

816) Die Uebereinstimmung beyder in Hinsicht der Form ist klar, da die „Lehnung“ nichts anderes als die Investitur ist. Vergl. Note 808.

817) In dem longobardischen Lehnrecht ist keine Spur von dem Rechte des nächsten Erben, Veräußerungen von Immobilien zu revociren (das Revokationsrecht der Agnaten wird man damit nicht verwechseln), vielmehr nur von Vorkaufs- und Retraktrecht. Dieses aber kann bey einer Infudation nicht in Ausübung kommen, da bey einem Verhältnisse, welches die Individualität des Paciscenten so sehr berücksichtigt, wie das Lehnverhältnis, nicht jeder Andere in die Stelle des vom Verleiher Gewählten treten kann. II F. 3 §. 1: *si quis ex agnatis tuis rem, quae a communi parente, per successionem ad eum pervenerit, alienare voluerit, non permittitur ei alii eam vendere, nisi tibi, vel alii proximiori pro aequali pretio accipere volenti, per feudum tamen cuilibet dari potest.* — Die richtige Ansicht von der Stellung der Descendenten im Lehnrecht, wofür ich die neuerdings von Eichhorn vertheidigte halte, beruht lediglich darauf, daß es den Sohn nicht bloß als Erben des Vaters im Lehen betrachtet (das thut auch das deutsche Recht. Eichhorn, Einleitung §. 351 o), sondern auch, nach Vernichtung des Revokationsrechts, welches nach deutschem Recht dem Erben bey Veräußerung von Immobilien zustand, ihn, wie den *Universalsuccessor* des röm. Rechts behandeln konnte. (Nur das Princip des deutschen Rechts, daß der Erbe, auch ohne ein solches Mittel, wie das römische *beneficium inventarii*, nicht über den Bestand der Erbmasse haftete, konnte eine Abweichung von dem röm. Rechte hervorbringen, falls es sich im longobardischen Rechte so erhielt, wie es noch heutzutage in mehreren Partikularrechten ersieht).

818) I F. 3: *si vero Archiepiscopus, episcopus.. investituram ejus feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, ut post decessum ejus, qui possidet, habeat, et ante decesserit archiepiscopus, quam ille, qui feudum possidebat, successores eorum non coguntur eam investituram confirmare.* — II F. 35.

819) I F. 3 §. 1: *laici vero iisdem modis quibus supra diximus (s. d. vor. Note) si aliis investituram dederint, heredes eorum omnimodo eam adimplere compelluntur.* — II F. 26 §. 2, II F. 37.

andere Abweichung des longobardischen Geschäfts von dem Bedinge, daß nämlich der bedingt Investirte sein Recht auch auf seine Erben transmittirte, war nicht unbestritten<sup>820)</sup>. Die heutige Theorie unterscheidet bekanntlich zwey Geschäfte, welche einen Anspruch auf das Lehen für den Eröffnungsfall begründen, nämlich die Eventualbelehnung und die Expektanz, von denen jene dem Honorirten ein dingliches Recht, diese nur eine persönliche Forderung gebe. Die erstere scheint man aus den obigen Stellen des longobardischen Lehnrechts, die letztere aus dem Bedinge der deutschen Rechtsbücher herzuleiten, offenbar aus keinem andern Grunde, als, weil man sich dort an das Wort „investitura“ hält, welche immer das dominium utilis geben müsse, das Wort „Lehnung“ bey dem Bedinge, in einem allgemeineren Sinne nimmt. Aus dem Vorhergehenden ergibt sich indeß, daß die longobardische bedingte Investitur und das deutsche Bedinge als ein Geschäft anzusehen sind<sup>820 a)</sup>, und es fragt sich daher nur, wofür sollen wir das Recht, welches aus diesem Geschäft entspringt, halten, für ein bloß persönliches, oder für ein dingliches? Für das ältere deutsche Recht ist diese Frage ohne Bedeutung, da die Klassificirung der Rechte in persönliche und dingliche durchaus nicht auf dasselbe paßt, wohl aber schon für das longobardische Lehnrecht, dessen Verfasser ohne Zweifel dem Sachenrechte jene Begriffe zum Grunde legten. Wiewohl nun die Form des Geschäfts, die Investitur, für ein dingliches Recht spricht, so scheint mir doch die ausdrücklich anerkannte Wirkung, daß lediglich die Universalsuccessoren daran gebunden seyen (Note 819), überwiegend für die Annahme, daß man sich das Recht nur als obligatorisches dachte<sup>820 b)</sup>. Das Mit-

820) I F. 9: si quis investitus fuerit de alieno feudo post mortem ejus, vel sub conditione aliqua, sive praemoriatur tenens feudum, sive investitor, sive investitus, investitor et investitoris heredes tenentur investito vel heredi ejus: licet alii dicant, si moriatur investitus antequam tenens feudum, quod heredes ejus non debeant investiri.

820 a) Unfehlbar hätte sich das Bedinge in unserm neuern Rechte durch Aufnahme der römischen Grundsätze über die Verpflichtung des Erben, in das longobardische Geschäft verwandelt, wenn auch das fremde Lehnrecht uns hierin nicht vorangegangen wäre.

820 b) Außer diesen beyden Punkten liefert das longobardische Lehnrecht keinen, woraus für unsere Frage etwas geschlossen werden könnte.

tel; welches das Longobardische Lehnrecht angiebt, um auch die Singularsuccessoren zur Anerkennung jenes Rechts zu nöthigen, nämlich die sofortige Tradition <sup>821)</sup>, zerstörte zugleich die Natur desselben, als eines bedingten Rechts, wenn gleich die Ausübung und der Genuß bis zur Erledigung des Lehens hinausgeschoben bleiben konnte <sup>822)</sup>.

Der Grundsatz, dessen Beweis uns bisher beschäftigt hat, daß nämlich die rechte Gewere der Grund und die nothwendige Bedingung der Erbllichkeit des Lehens sey, scheint in einem Falle eine Ausnahme zu erleiden, dergestalt, daß der Vasall, auch ohne Jahr und Tag im Besitz des Lehens gewesen zu seyn, die Folge an einen andern Herrn hat. Dieser Fall tritt ein bey der Folge des Aftervasallen an den Oberlehnherrn nach Abgang des Afterslehnherrn. Auch ohne ausdrückliches Zeugniß muß man es für undenkbar halten, daß der Aftervasall seine Sicherheit gegen eine Revokation des Oberlehnherrn der Dauer seines Rechtes von Jahr und Tag verdankte, da dem letztern bey Lebzeiten des Afterslehnherrn kein Revokationsrecht binnen Jahr und Tag zustand <sup>823)</sup>, und folglich die Wirksamkeit eines Widerrufungsrechtes (nach Ableben des Subdominus) lediglich vom Zufall abhängig wurde. Man braucht indeß, ja! man darf diese Folge an den Oberlehnherrn nicht als Ausnahme von unserer Regel ansehen, daß eine rechte Gewere Bedingung der „Folge“ sey. Denn das Zusammentreffen der beyden Umstände, daß der Lehnherr weder bey Lebzeiten des Vasallen,

821) I F. 3 (vergl. Note 818): . . nisi ille, qui investituram accepit nomine ejus in possessionem missus feudi sit eo consentiente, qui detinet. — Vergl. I F. 25.

822) Wie es in diesem Falle mit der Nugnießung gehalten werden sollte, hing von dem Uebereinkommen der beyden Vasallen ab; denken läßt es sich, daß der später Belehnte gar keinen, oder nur einen sehr geringen Antheil (zum Zeichen seines Rechts) daran erhielt. Wenigstens folgte aus der Natur seines Rechtes nicht ein Anspruch auf die Hälfte, da das Verhältniß beyder Vasallen nicht als *coinvestitura juris longobardici* angesehen werden konnte, weil alsdann der später Belehnte nach dem Tode des Andern auf dessen Hälfte keinen Anspruch hätte machen können. —

823) Es ist bekannt, daß die Aftersbelehnung eine Veräußerung war, welche die Einwilligung des Lehnherrn nicht bedurfte. Altisch. Ritt. terr. 61: ein man mach wol vorlenen syn gudit to lehenrechte, ane des heren vulwort.

noch nach seinem Tode <sup>824)</sup> den Aftersbelehnten vertreiben durfte, nöthigt uns zu sagen, daß die Gewere des letztern gegen den Oberlehnherrn im Momente der Investitur eine rechte Gewere war. Das Gezwungene, welches man in dieser Deutung finden könnte, fällt weg, wenn man sich erinnert, daß der Besitz von Jahr und Tag ein bloß relatives Requisit der rechten Gewere war <sup>825)</sup>. Sollte das Obige nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß zu der Folge an den Oberlehnherrn auch der Gedingsmann fähig war? Keineswegs. Der Grundsatz, daß eine Veräußerung, so lange sie den Erwerber nicht in den Genuß des Gutes setzte, für den Nachfolger des Autors durchaus unverbindlich war, so daß sie unter diesen Umständen selbst nicht zum Anfangspunkte der rechten Gewere geeignet war, blieb auch für den Oberlehnherrn in voller Kraft; nur auf die einjährige Dauer des Besitzes und Genusses kam bey der Folge an ihn nichts an, der Anfangspunkt der rechten Gewere war gegen ihn zugleich die Vollendung derselben; aber eben deswegen mußte jener wirklich erreicht seyn. Daher hatte der Gedingsmann allerdings die Folge an den Oberlehnherrn, wenn er auch nur für einen Moment im Besitze gewesen, oder, was diesem gleich seyn muß, nur noch aus zufälligen Gründen davon ausgeschlossen war, mit einem Worte, wenn der Eintritt der Bedingung, die Erledigung des Lehens noch in die Lebenszeit des Autors fällt <sup>826)</sup>.

Dadurch, daß das Recht des Vasallen am Lehen, um erblich zu werden, den Charakter einer rechten Gewere anneh-

<sup>824)</sup> Wie es bey der gemeinen Gewere der Fall war. S. oben.

<sup>825)</sup> Vergl. §. 13. — Man denke sich den Lehnherrn als einen in die Aftersbelehnungen, die der Vasall vornehmen werde, stillschweigend Einwilligenden, eine Ansicht, die für unser heutiges Recht sogar nothwendig scheint, um für die Verpflichtung des Oberlehnherrn, den Aftersvasallen anzuerkennen, einen befriedigenden Grund zu erhalten, da sie sonst unserer Regel: *resoluto jure dantis resolvitur jus concessum* geradezu widerspricht.

<sup>826)</sup> Sächs. Lehn. 61: stirbt ein herr binnen der jarzale, als es dem man (welchem ein Gedinge daran verlihen ist) anerstorben ist, und her dem herrn siner lenunge innern (die Renovation der Investitur erbitten, vergl. Note 814) sal, her volge sime gute (an den Oberlehnherrn) nicht vor ein gedinge, wen vor ein recht len.

men mußte, ist zwar die Nothwendigkeit einer Bestellung desselben vor Gericht, nach Art der gerichtlichen Auflassung erklärt, woher aber wählte man dazu, wie überhaupt zum Forum der Lehnsachen, nicht das Landgericht<sup>827)</sup>, sondern ein besonderes Lehngericht<sup>828)</sup>? Wollte man dieses Gericht mit den besondern Handelsgerichten, Berggerichten u. s. w., die man ebenfalls schon aus früherer Zeit und noch jetzt kennt, in eine Kategorie stellen, so würden die politischen Gründe, auf welchen die Sonderung der letztern beruht, wohl auch zur Erklärung des erstern hinreichen. Allein das Lehngericht war ursprünglich ein besonderes Gericht in einer Art, wie heutzutage kein einziges mehr vorkommt. Die richterliche Gewalt nämlich, die in demselben herrschte, war eine wesentlich andere, als die in allen übrigen Gerichten, es war nicht die öffentliche Gewalt des Kaisers oder Landesherrn, welche die Lehensherrn durch Verleihung erhielten, sondern die eigene Privatgewalt

827) Wie es bey einem Verhältnisse wirklich geschah, welches, seiner ursprünglichen Bedeutung nach, so gut, wie das zwischen Lehensherrn und Vasallen, den allgemeinen Charakter des gutsherrlichen und Hinterlassen-Verhältnisses an sich trug, nämlich das zwischen dem Rentekäufer und Rentepflichtigen. Vergl. Note 403.

828) Hätte die Auflassung im Landgericht immer die Zerstörung der Eigengewere des Veräußerers zur Folge gehabt, so würde sich hieraus jene Erscheinung erklären, da das Fortbestehen der Gewere des Lehensherrn neben der des Vasallen zum Wesen des Lehns gehörte; allein aus den Beyspielen der Sazung, der Leibzucht, wissen wir, daß die Auflassung im Landgericht nicht nothwendig jene Wirkung hatte. Daß dem Lehensherrn die Gewere bleibe, sagen ausdrückliche Zeugnisse. Sächs. Lehn. 7: *welch herre ein gut lit sinem manne, darmete en ist ime die gewere nicht gevernet.* — Richtst. d. Lehn. 23: *kummt ock ein to juw um synes gudes, das he nicht in-geweren heft, dat is, dat he nicht up en bort unde dat he ock nemande gelegen hat.* — *vet. aut. de benef. I. §. 26.* — Schwäb. Lehn. 26 §. 1. — Biewohl das Wort „Lehnsgewere“ häufig die Gewere des Vasallen bezeichnet (Sächs. Lehn. 13, urf. bey Kindlinger, Gesch. v. Wolmesteten II. S. 120. Saltaus 1233), so wird doch auch oft die Gewere des Lehensherrn (auch wenn er nicht selbst wiederum Vasall ist) so genannt. Richtst. d. Lehn. 15: *wente allene hebbe de man, de hebbende were, darum ist de herre des lenesgewere de vordere nicht* (vergl. Note 25). — urf. 109 bey Kindlinger a. a. D. — urf. bey Gerken fragm. March. I. 51. — urf. 29, 30 bey Schannat. client. Fuld. — Beyde Bedeutungen des Wortes kommen in einer urf. bey Kindlinger, Münst. Beitr. III. S. 433 vor.

des Lehnherrn, die ihm, als solchem, zustand <sup>829)</sup>). Die auffallende Erscheinung, daß derjenige, welcher in den meisten Fällen, die vor das Lehngericht gehörten, selbst als Parthey auftrat, zugleich Richter war, erklärt sich einfach auf folgende Weise. Bekanntlich hing das Recht des Vasallen am Lehen lange Zeit lediglich von der Gnade des Herrn ab, sowohl seine Entstehung <sup>830)</sup>, als auch seine Dauer. Hiemit ist zwar gesagt, daß dem Verhältnisse der Charakter eines wahren Rechtsverhältnisses fehlte, nicht aber, daß es, jeder Norm ermangelnd, lediglich der unbeschränkten Willkühr des Herrn preisgegeben war. Die Norm, welche hier herrschte, war die Sitte. Als Sitte befestigten sich allmählig Ansichten darüber, welche Handlungen, als Treubruch des höchsten Grades, den Vasallen des Lehens unwürdig machten, als Sitte bildete sich die lebenslängliche Dauer und endlich die Erblichkeit des Besitzrechts der Mannen. Dieser Sitte fehlte es auch nicht an einer Garantie, sie lag in der Scheu des Herrn vor seinen Vasallen. Die Geschichte lehrt uns, wie sehr die Lehnherrn durch die Wichtigkeit, die das Dienstgefolge für sie hatte, genöthigt waren, es nicht zu beleidigen, vielmehr durch bereitwillige Gewährung seiner Wünsche zu fesseln, und welche Strafe ihnen drohten, falls sie jener herrschenden Sitte Hohn zu sprechen versuchten <sup>830 a)</sup>). Es war daher natürlich, daß einereits der Lehensherr, der, mit einem Vasallen unzufrieden, ihn seines Lehens berauben wollte, seine übrigen Mannen zuzog, um sie von der Rechtmäßigkeit seines Verfahrens zu überzeugen und so gewissermaßen durch ihr eigenes Urtheil jenen zu verdammen, andererseits der Vasall, welcher der Sitte und Billigkeit gemäß von dem Lehensherrn etwas fordern zu dürfen glaubte, seine Genossen zu Hülfe nahm, um durch ihre Meinung der seinigen mehr Nachdruck zu geben. Zu dieser Darstellung braucht man nur den, auf so vielen Punkten der Rechtsbildung erscheinenden, allmählichen Uebergang von der Sitte zum Recht hinzuzudenken, um einzusehen, wie sich die Eigenmacht des Herrn in Gerichtbarkeit, die Stellung der

---

829) Eichhorn St. u. R. G. §. 302 Note h, i. — Der Unterschied zwischen der Lehen- und Patrimonialgerichtbarkeit ergiebt sich hienach von selbst. Ebendas. Note e.

830) Eichhorn, Einleitung §. 4 Note 1: „auch hatten bey weitem nicht alle, welche einem Herrn Dienstmännstreue gelobt hatten, immer ein Lehen.“ — Bohmer obs. j. I. II. §. 3.

830 a) Vergl. Eichhorn St. u. R. G. §. 119, §. 259 Note b.

Wannern, als Garants der Sitte, in die der Schöffen verbandelte<sup>830h</sup>). Zwar scheint durch das eben Gesagte zunächst nur erklärt, wie der Lehnhof competentes Gericht für Streitigkeiten zwischen dem Lehnsherrn und Vasallen wurde, nicht aber für Streitigkeiten der Vasallen desselben Lehnsherrn unter einander. Allein, da, so lange das Lehen von der Gnade des Herrn abhängig war, jede Streitigkeit zwischen zwey Vasallen, welche die Frage zum Gegenstande hatte, wem das Besitzrecht zukäme, ebenfalls in dem Herrn den einzig möglichen Richter fand, so würde die Ausdehnung der Competenz des Lehngerichts auch auf diese Fälle nichts Auffallendes haben. Fragen wir nun aber, was die ältern Quellen über diese Ausdehnung der Competenz lehren, so findet sich folgender Unterschied zwischen den deutschen Rechtsbüchern und dem longobardischen Lehnrechte: jene erkennen sie wirklich an<sup>831</sup>), dies

830h) Die Art, wie das Lehngericht überhaupt entstand, erklärt zugleich die Erscheinung, daß von den einzelnen Arten der Lehen jede ihr besonderes Gericht hatte, dessen Schöffen nur solche Personen bildeten, welche Lehen derselben Gattung besaßen, weil nur diese genaue Kenntniß von den durch die Sitte geheiligten Grundsätzen haben konnten, nach welchen die einzelnen Lehenarten beurtheilt wurden. — Unsere Quellen geben drey unter besondern Gerichten stehende Lehengattungen an: das rechte Lehen (in der engern Bedeutung, s. Note 806), das Burglehn und das Zinslehn. Sächs. Lehn. 75: burgrecht en mac de herre nirgen haben, wenn uf sinen burgen, urteil vinden und gezug wesen en muz ouch nieman, her en habe burglen, man en mac von burglehn nich urteil finden noch gezug wesen uber den, der recht len hat; noch jene uber disen. — Ebdas. 76. — Schwäb. Lehn. 139 §. 3. — Schöpflin Alsatia dipl. d. 1336. — Schwäb. Lehn. 125 (Note 831). — Sächs. Lehn. 72: doch en ist de herre nicht pflichtig zu antwortene sime manne vor dem obersten herrn, her en habe im danue rechtes geweigert vor sime manne, noch sime zinsgelden, her en habe ime denne rechtes geweigert vor sinen zinsgenossen. — Der Grund, den man für diese Sonderung der Gerichte darth finden könnte, daß den verschiedenen Gattungen der Vasallen die Ebenbürtigkeit mangelte, reicht offenbar nicht aus, da wenigstens die Besitzer von Burglehen, wie die von rechtem Lehen, ritterbürtig waren. Schwäb. Lehn. 139 §. 2: (der Burgmann) sol urteil vinden in purglensrecht, hat er aber recht len, so mag er auch urteil vinden umb recht len. — Sächs. Lehn. 76.

831) Sächs. Landr. II, 42: wer da klaget auf einen apdern, er neme im sein gut, das doch ir jglicher in lehen hat, sagen sie, sie habens von zweien herrn zu lehn, ir jglicher soll seinen geweren zu (Land-) gericht bringen... sagen sie jn aber das gut

ses dagegen nöthigt zwey streitende Vasallen nur dann vor dem Lehnhofe zu erscheinen, wenn der Lehnsherr sie citirt<sup>822</sup>). Diese Verschiedenheit zwischen beyden Rechtsquellen erklärt sich daraus, daß das longobardische Lehnrecht die beyden Qualitäten, die sich in dem Lehnsherrn vereinigen, die des Lehnsherrn und des Richters, strenger sonderte (was freylich erst aus der Zeit herkommen kann, wo das Lehngerichtswesen sich aus einem, nur durch Sitte geregelten, Verfahren in ein wahres Rechtsinstitut verandelte), als das deutsche Recht. Da die Verpflichtung des Vasallen, dem Lehngericht sich zu unterwerfen, ein Stück seiner Lehnstreue gegen den Lehnsherrn war, so folgerten die longobardischen Rechtslehrer, daß der Vasall zwar in jedem Streite, wo der Lehnsherr, als solcher, d. h. als Parthey, auftrat, vor dem Lehnhof erscheinen mußte, nicht aber in Streitigkeiten mit einem Mitvasallen, wo letzterer zunächst nur in der Eigenschaft des Richters erscheinen konnte; das deutsche Recht aber mußte, da es beyde Qualitäten des Lehnsherrn nicht so streng unterscheidet, auch die Streitigkeiten der letztern Art dem Lehnhofe zuweisen. Da aber in der Regel in jedem Prozesse zwischen zwey Vasallen der Lehnsherr, als solcher, ein mittelbares Interesse darthun konnte, namentlich, weil der Ausgang desselben ihn, als Autor, traf, so folgte auch aus der Ansicht des longobardischen Rechts, daß der Lehnsherr,

---

zu beide von einem herrn, vor den sollen sie kommen zu rechte. — Schwab. Lehn. 125: leihet ein herr viel zinslehn, ich mein zwelf mannen und mer (vergl. ebendaf. 10), und krigt er mit in oder sy under einander umb ein zinslehn, so soll er den mannen für sich gebieten und soll es richten, als um recht lehn.

832) II F. 15: vasallus superstite una filia decessit, illa maritum accepit, cui dominus partem feudi, quod pater puellae habebat, dedit. nunc quidam agnatus defuncti cum marito agit, dicens, totum feudum esse paternum, et ideo omnimodo esse ad se devolutum. e contra maritus contendit hanc partem, quam ipse habet, novum feudum esse... mibi et aliis placet, potius apud iudicem ordinarium, quam apud eundem dominum hoc litigium fore determinandum... sciendum tamen est, quod si inter duos, qui dixerint se esse vasallos, de feudo fuerit dubitatio, alter alterum invitum trahere non potest ad dominum, vel ejus curiae iudicium, si vero cum sua curia dominus vocaverit eos, nemini eorum licet illius domini examen declinare. — II F. 34 §. 1.

wenn er wollte, auch einen solchen Prozeß vor die Curie ziehen durfte<sup>833)</sup>.

Was in dem Obigen über die Unterwerfung der Lehnsgewere unter ein besonderes Gericht und über die Natur der Lehngerichtsbarkeit gesagt worden ist, scheint dem Verfasser Raum für zwei so erhebliche Zweifel übrig zu lassen, daß er sie nicht übergehen zu können glaubt.

I. Wenn die Natur der Sache es lehrt, daß die rechte Gewere, die sich auf eine Investitur in einem Landgerichte gründete, in allen übrigen, als solche anerkannt werden mußte, weil die Gerichtsbarkeit, unter deren Schutz sie entstand, in allen dieselbe war, so könnte man doch einen Augenblick bezweifeln, ob ein Gleiches in Betreff der Gewere zu Lehnrecht galt. Da die Gerichtsbarkeit des einzelnen Lehnsherrn wesentlich von der, in andern Gerichten herrschenden, verschieden war, so ließe sich denken, daß die Gewere des Vasallen die Kraft der rechten Gewere nur gegen diejenigen hatte, deren Rechte auf das Lehngut unter dem Schutz derselben Gerichtsbarkeit entstanden waren, gegen alle übrigen nur die Kraft einer gemeinen Gewere. Dieselbe Gerichtsbarkeit aber herrschte in allen Gerichten, die in Bezug auf ein einzelnes Lehngut durch Belehnung und Afterbelehnung entstanden. Denn alle flossen, sammt dem Rechte des einzelnen Beteiligten an der Sache selbst, aus einer Quelle, dem Rechte des obersten Lehnsherrn. Hiernach würde zwar die Gewere des Vasallen als rechte Gewere gegen jeden Mitvasallen, ferner gegen jeden „andern Herrn,“ der selbst wiederum Vasall eines

---

883) II F. 46: ex eo, quod supra diximus, ut, si inter duos de beneficio fuerit controversia, coram iudice finiatur, talis hic sit quaestio: quodam sine filio decedente, alius, credens beneficium apertum domino esse, ab eo investitus est, e contra apparent agnati, qui feudum sibi vindicant quasi paternum. est igitur quaesitum, an apud curiam domini, vel iudicem sit haec quaestio terminanda? et responsum scio, quia ad dominum quodammodo causa spectare videtur, ad quem investitus habebit regressum de evictione, ut coram paribus curtis finiatur. licet alter per se non possit alterum trahere ad curiae iudicium... cura eos vocante, non licebit eorum alicui curiae iudicium declinare.

Höhern war, gegolten haben, nicht aber gegen den, der als Eigenthümer das Gut in Anspruch nahm, z. B. der Successor des obersten Lehnsherrn, ferner nicht gegen den, der das Gut zwar als Lehn, aber von einem andern Herrn redevirend, ansprach. Auf eine höchst überraschende Weise scheint diese Ansicht bestätigt zu werden durch die Lehre der Rechtsbücher, daß ein Vasall, der mit dem Eigen eines Lehnsherrn, sofern dieser nicht das Reich war, belehnt wurde, der Folge nicht genoss<sup>834)</sup>, und dadurch, daß in einem Prozesse zwischen dem Erbzinsmann (von welchem ein Schluß auf den Vasallen erlaubt ist) und demjenigen, der das Eigenthum des Gutes ansprach, ersterer trotz dem, daß er eine rechte Gewere beweisen konnte, seinen Autor stellen mußte, widrigenfalls er das Gut zu räumen genöthigt war<sup>835)</sup>. Demungeachtet ist jene Ansicht zu verwerfen. Die rechte Gewere zu Lehnrecht wird als solche

834) Sächs. Lehn. 75 (vergl. Rechtsbuch bey Severald Miscellaneen. I. S. 40): swer so eigen zu lene hat, dar en ist nich ein volge an. doch get die lenunge biz an die sibende hant, als ander len, daz des riches gut ist. der nich einer en mac dem andern volge vorsegen noch lenrechtes gewegeren an dem gute, ane der oberste herr, des eigen gut ez ist... ab eigen des riches gut wirt, so daz ez in das riche erstirbet.. den man der ez zu lene hat, en mac man von der volge nicht gewiesen. — Die Worte: „doch get die lenunge biz an die sibende hant“ deuten nicht etwa auf einen Grundsatz, der in der That nicht existirte, daß über ein Lehen die Subinfeudation nur so oft wiederholt werden durfte, daß die daran theilhaftigen Personen die Zahl Sieben nicht überschritten, sondern mit der siebenten Hand ist der unterste Herrschilde gemeint (vergl. Eichhorn, St. u. R. G. S. 303 Note a g. E.) und jene Worte drücken den Gedanken aus, daß, wie über die Gültigkeit der Belehnung und Afterbelehnung mit einem Reichslehen, so fern sie von dem Stande des Verleiheres und Empfängers abhing (Sächs. Lehn. 56, 86), die in dem Reichsherrschilde enthaltene Rangordnung der Personen entschied, so auch bey dem Lehen an Eigen diese Norm gelten sollte.

835) Weichbild 69: beklaget ein man den anderen umb gut, das es sein recht erb und in angeerbet sey von seinem vater und großvater, kommt den jener für, auf den die klag gehet und spricht, das das gut sein rechtes zinsgut sey und hab die gewer des guts gehabt jar und tag on jemandes rechte ansprach, er mus den geweren benennen und bringen zu dem nächsten dinge, dafs er in vertrete.. wird im gehrach an dem geweren, so behält jener sein eigenthümliche gewer an dem guth. denn ein jeglicher mann mag bafs sein eigenthümliche gewere behalten an einem gut, denn dafs ein ander ein gegeben, oder gekauft eigen, oder ein zinsgut, daran behalten müge.

in eben dem Umfange betrachtet, wie die Gewere zu Landrecht<sup>836</sup>). Daher heißt es im Bairischen Landrecht allgemein, ein Vasall, der im Landgericht von jemanden auf Grund irgend welches Rechts an der Sache belangt wird und eine rechte Gewere erweisen kann, geht eben dadurch als Sieger davon und dem Kläger bleibt nur sein etwaniger Anspruch an den Lehnsherrn<sup>837</sup>). Daher ist nach eben diesem Grundsatz in einer Stelle des Sächs. Landrechts der, vor das Landgericht gehbrige, Streit zweyer Vasallen verschiedener Lehnsherrn entschieden<sup>838</sup>). —

Wie aber vereinigen wir hiemit die oben (Note 834, 835) erwähnten Stellen des Sächs. Lehn- und Weichbildes? Zwar könnte man die letztere auf die erstere zurückführen, da in dem Grundsatz, daß der Vasall, der ein Eigen zu Lehen empfangt, der Folge an den andern Herrn darbt, auch das enthalten ist, daß der wahre Eigenthümer das Recht des Vasallen nicht anzuerkennen brauche und es bedürfte daher nur jener Grundsatz einer Erklärung. Allein die Stelle des Weichbildes erlaubt nicht nur, sondern verlangt nach ihren Schlussworten eine besondere, selbständige Erklärung; diese ergiebt sich auf folgendem Wege. Es war möglich, daß der Kläger so gut wie der Beklagte im letzten Jahre Besitzhandlungen vorgenommen hatte und somit der letztere nicht die Rechte der jüngsten rechten Gewere genoss<sup>838a</sup>), vielmehr beide als Inhaber gleich

836) Eine Ausnahme bildet allerdings der Fall des Note 834 citirten Sächs. Lehnrechts. S. unten.

837) Bair. Landr. bey Heumann 105: wer umb lehen wirt angesprochen, des er pey nutz und gewer gesozzen ist jar und tag, mag dann er (die rechte Gewere mit Zeugen beweisen), so sol dann er seinen herrn nennen.. und hat sein lehen behabt und.. man sol in vor gericht darumb zu fürban tun gen jenem, dem er enprostet ist.

838) Sächs. Landr. II, 42: wer da klaget auf einen andern, er neme im sein gut, das doch ir iglicher in lehen hat, sagen sie, sie habens von zweien herrn zu lehen, ir iglicher sol seinen geweren bringen, wer denn geweret wirt, der behelt es. wes gewere denn nicht kommt der verleurt das gut, ob sie es beide on (rechte) gewere ansprechen und in einem jar belehent sind. hat aber ir einer eine rechte gewer an dem gut, jar und tag.. gehabt, damit verleurt er das gut nicht, oh im sein gewere zu dinge nicht kommt.

838a) Vergl. §. 13 a. C.

alter rechter Geweren angesehen werden mußten. Für einen solchen Fall nun galten folgende Principien.

1) Lag den beyden rechten Geweren dieselbe causa zum Grunde, so wurde das Gut zwischen beyden getheilt (Note 839). 2) War die causa verschieden, so entschied eine positive Begünstigung der einen vor der andern. Hieher gehört nicht bloß die Entscheidung, daß das Eigenthum vor dem Lehen den Vorzug haben solle<sup>840)</sup>, sondern auch, zum deutlichen Beweise, daß jener Vorzug nicht aus der Natur solcher Geweren, die zu verschiedenen Rechtsgebieten gehörten, folgte, die Prærogative des Erbe vor dem Eigen<sup>841)</sup>. Die Vergleichung der Endwörter des angeführten

839) Um zu entscheiden, welcher von beyden Partheyen die rechte Gewere zufame, ging man zuerst auf das Beugniß der Nachbarn zurück, welche aussagen sollten, wer im letzten Jahre die Gewere factisch ausgeübt habe (durch Detention, Erhebung einer Rente, Pfändung des zinspflichtigen Besizers). Kam man auf diesem Wege zu keinem Resultat, so schritt man wohl auch zum Gottesurtheil, was denn aber auch die Sache unentschieden lassen konnte. Sächs. Lehnr. 42: ab zwene ein gut ansprechen gliche (Schwäb. Lehnr. 76; und der gewer geliche jehent) und glichen gezug darzu biten.. man sal in beyden bescheiden in daz dorf, da daz gut liget die gewere zu behalten und sal vragen die geburen und umbesetzen umb die gewere. swelich ir die meiste menge hat am dem gezuge, der behelt die gewere... swelch gewere man nicht bescheiden en mac durch zueiunge der umbesetzen oder durch ire unwissenschaft, so sal man die sachwalden heizen sweren, daz sie bewisen nach rechte sogetan len, als ez ir si. swaz si sich beide zu seggen, das sal man in gliche teilen oder mit wazerurteil bescheiden. — Rügisch. Ritterr. 92: ...so dregeman dat yser dorup, welker syden ydt godt. denne gyft, de beholt ydt, werden se överst beide schyr, so dele man dat landt, brennen se sich överst beide, so schal men aver dat landt delen. — Richtig d. Lehnr. 29. — Sächs. Landr. III, 21. — Schles. Landr. I, 27, 5.

840) Behauptete aber ein Lehnsherr und sein Vasall zugleich eine rechte Gewere, so genoß der letztre den Vorzug (so fern der erstere ihn überhaupt als Vasall anerkennen mußte. Note 834). Sächs. Lehnr. 43: ab der herr und der man eine gewere segan an eime gute. des mannes gezug geht vort, wenne her deme herrn des gutes nicht entseget, ab hat erz ime zu lene.

841) Sächs. Landr. II, 43: wer ein gut anspricht zu lehen und ein ander sagt, es sey sein eigen, sprechen sie es beyde mit gleicher gewer an, dieser mag es bas zu eigen behalten, den der ander zu lehen. — erbeigen mag auch ein man has behalten, denn ein ander gekauft oder gegeben eigen. — Wörtlich citirt

Artikels im Reichsbild und der, Note 841 citirten, Stelle des Sachsenspiegels ergibt, daß auch jener von dem Falle spricht, wo Kläger und Beklagter eine rechte Gewere zu haben behaupten.

Was endlich die oben (Note 834) angeführte Stelle des Sächs. Lehnrechts betrifft, so enthält sie in der That eine Ausnahme davon, daß die rechte Gewere zu Lehnrecht von derselben Kraft, wie die zu Landrecht war, eine Ausnahme jedoch, die sich sehr wohl erklären läßt. Wir haben oben die Erblichkeit des Lehens wissenschaftlich construirt, indem wir sie auf die allgemeinen Principien des deutschen Rechts in Betreff der Wirkungen einer Gewere, die durch gerichtliche Auflassung entsteht und Jahr und Tag dauert, bauten. Allein von dieser wissenschaftlichen Begründung der Erblichkeit, als eines bereits fest gegründeten Rechtsprincips, war die Entstehung derselben in der Wirklichkeit gänzlich verschieden, indem sie auf rein faktischem Wege sich bildete und so lange sie bloß in facto existirte, hatten die juristischen Grundsätze über die Wirkungen der Investitur um den Besitz von Jahr und Tag keine Macht über sie. Das Sächs. Lehnrecht zeigt uns nun, daß zu seiner Zeit die Erblichkeit des Lehens nur in Bezug auf Reichslehen vollständig aus dem Gebiete der faktischen Sitte in das des strikten Rechts übergegangen, dagegen in Bezug auf Lehen an Eigen eines Privatmannes dieser Uebergang noch nicht erfolgt war und diese Nachricht bestätigt eine Vermuthung, die man schon aus andern Gründen hernehmen konnte, daß nämlich an dem Reichslehnhofe zuerst die Erblichkeit der Lehen herrschender Gebrauch wurde<sup>842</sup>). Daß aber ein Lehnsherr seinen Vasallen gerade so behandle, wie er vom Oberlehns herrn behandelt werde, muß man für einen Grundsatz ansehen,

---

ist der Anfang dieser Stelle in einer Urk. bey Gerken cod. dipl. Brandenb. IV. p. 486.

842) Man erinnere sich der bekannten Begünstigung Carls des Dicken, durch welche er im J. 877 allen seinen damaligen Vasallen die Vererbung ihrer Lehen auf ihre Descendenz zugestand (Baluzius tom. II. p. 263, 269), ferner der Marime Conrads, beständig die Lehen der Väter den Söhnen zu lassen (Eichhorn, St. u. R. G. §. 259 Note c, §. 364 Note e). — Dieselbe Erscheinung hat sich in älterer und neuerer Zeit bey Verbesserung des Rechts der Bauern an ihren Gütern wiederholt, indem auch hier die Landesherrn meistens mit gutem Beispiele vorangingen (Eichhorn a. a. D. §. 62 a Note b).

der durch die Sitte wenigstens eben so sehr, wie die Erbllichkeit selbst, festgestellt wurde<sup>843</sup>). Daher mußte nicht blos mit der Erbllichkeit der Reichslehen in der Hand des ersten Vasallen eine gleiche zu Gunsten der Astervasallen entstehen, sondern auch bey dem Lehen an Eigen, welches nicht Reichsgut war, mußten die Unterlehnsherrn ihren Vasallen die Folge zugestehen, so lange sie ihnen selbst von dem Oberlehnsherrn gestattet wurde (Note 884).

II. Für jede totale Veräußerung der Gewere des Vasallen (d. h. für die Uebertragung des dominium utile) war das Lehngericht eben das, was das Landgericht für die Veräußerung der Sache selbst (des Eigenthums) war, indem der Erwerber dort die Investitur, hier die Auflassung empfangen mußte<sup>843 a</sup>). Man könnte nun denken, daß eben so partielle Veräußerungen des dominium utile, die eine gerichtliche Auflassung nöthig machten, namentlich die Sazung und die Bestellung einer Leibzucht am Lehen, vor dem Lehngericht vorgenommen werden mußten, wie sie an der Sache selbst im Landgericht geschahen. Was die Leibzucht betrifft, so scheinen

843) Die Constitution Carls des Dritten (Note 842) gebot den Vasallen des Kaisers, ihren Astervasallen ebenfalls die Erbllichkeit zu gewähren. — Eichhorn, Einleitung §. 4. —

843 a) Der Unterschied zwischen dem Veräußerungsakte des Lehens und Allods ist klar: bey jenem geschah die Auflassung von Seiten des Veräußerers dem Lehnsheeren, der alsdann den Erwerber investirte (Sächs. Lehnv. 38. — Urk. 199 bey Kindlinger, Münstr. Beitr. III, 578), bey diesem geschah sie unmittelbar dem leßtern. Merkwürdig ist es, daß hie und da der Form nach die Auflassung im Landgericht, die im Lehngericht dergestalt nachahmte, daß auch bey jener der Richter als Mittelperson erschien. Hieher gehört z. B. die Sitte, daß das Symbol, dessen man sich bey der Auflassung bediente, von dem Veräußerer dem Richter, von diesem dem Erwerber gegeben wurde und ähnliche Förmlichkeiten, die bey Dreuer (Einleitung in d. Lüb. Verordn. S. 215 folg.) erwähnt sind. Daher gebrauchte man auch öfters den Ausdruck „Belehnung durch den Richter“ von der Auflassung im Landgericht (Salfeld. Stat. 144 bey Walch I, 48. — Drlamünd. Stat. 2 ebendas. II, 70. — Nordshaus. Stat. bey Senkenberg vision. div. 350. — Haubold, Sächs. Private. §. 187). Wahrscheinlich gingen jene Formen und dieser Sprachgebrauch aus der Idee von einem über das ganze Territorium sich erstreckenden Obereigenthum der Landesherrschaft hervor, die bekanntlich noch in neuerer Zeit Vertheidiger gefunden hat.

in der That für diese Ansicht mehrere Stellen zu sprechen<sup>844</sup>); dagegen in Hinsicht der Satzung heißt es ausdrücklich, sie müsse in jedem Falle vor dem Landgerichte geschehen<sup>845</sup>) und dieses Zeugniß scheint so überwiegend, daß man geneigt ist, die Ansicht, nur diejenige Gewere, mit welcher zugleich die Verpflichtung zur Lehntreue verbunden ist<sup>846</sup>), erforderte eine Investitur im Lehngericht, für die richtige zu halten, und die obigen (Note 844) Stellen über die Leibzucht damit zu vereinigen. Dieses gelingt auch in so weit, als wir auch für die Bestellung einer Leibzucht am Lehen vor dem Landgericht (mit Einwilligung des Herrn) ausdrückliche Zeugnisse finden<sup>847</sup>) und die meisten der obigen Stellen sich ohne Schwierigkeit von dem Falle interpretiren ließen, wo der Frau ein lebenslängliches Nuzungsrecht am Lehen durch ein Gedinge bestellt wurde<sup>848</sup>). Nur der Artikel des Sächs. Lehnrechts spricht zu deutlich von der Leibzucht im Gegensatz des Gedinges, als daß jene Interpretation auch auf ihn angewandt werden könnte. Auch möchte der Vereinigungsversuch, der sich blos auf die

844) Nigisch. Ritterr. 32: hirna ist der wedewen lifgedinge gemaket, an egene vor gerichte, an lehen vor dem herrn, de dat lenet. — Schles. Landr. I, 9, pr.: lifgedinge ist, das ein man let leyen sinne wibe und dingen den herrn. — Sächs. Lehnr. 33: lihet aber ein herr einer vrowen gut nicht nach gedingsrecht, wenne mit benumeten worten zu irme libe (vergl. Note 602).

845) Sächs. Lehnr. 59: swer so spricht gut zu saczung si geligen, der soget unrecht, wend saczunge mac nieman lihen, sal man gut seczen, als es helfende si, das sal geschehen vor des landes richtere, so daz man die dingpflichtigen zu gezuge habe. Stemit ist nicht blos die Ungültigkeit eines Pfandlehens (§. 16), sondern auch einer vor dem Lehngericht geschehenen Verpfändung des Lehens ausgesprochen. — Es ergibt sich zugleich hieraus, daß der Ausdruck „mit des herrn hant“, der unter Andern auch bey der Satzung des Lehens vorkommt (Schwäb. Lehnr. 26, 56) nicht nothwendig die Investitur durch den Herrn, sondern den bloßen Consens desselben bezeichnet.

846) Also auch die Gewere des Lehenträgers. (§. 23 A.).

847) Urk. 119 bey Kindlinger, Gesch. v. Wolmestein II): ich J. bekenne, dat ich betuchtighet hebbe L., myn elike husvrowen und to rechter listucht ghegeven to erem leve dat hus mit dem hove.. myt willen des lenherrn.. und hebbe sie in di listucht gesat und bestediget mit gerichte vor mynem vrien graven in dem sittenden gerichte.

848) Note 601 b, 602.

Annahme gründete, der Verfasser drücke sich ungenau aus, unter dem Worte „lihen“ verstehe er nicht die Investitur, zu willkürlich scheinen. Daher scheint man in der That zu der Annahme genöthigt, daß wenigstens in Hinsicht der Leibzucht die Bestellung vor dem Lehngericht eben so gut, wie vor dem Landgericht zugelassen wurde.

## §. 26.

## Gewere zu Hofrecht.

Bevor wir die Gewere zu Hofrecht näher ins Auge fassen, wird es nöthig seyn, einige Augenblicke bey einer allgemeinen Betrachtung der Unfreiheit zu verweilen. Man ist gewohnt, das, was die Rechtsfähigkeit des Unfreien von der des Freien unterschied, lediglich in einzelne Lasten (Abgaben, Dienste oder andre Beschränkungen) zu setzen, welche auf der Person des Unfreien kraft ihres Geburtsstandes hafteten<sup>849</sup>). Indem man also die Vergleichung der Rechtsfähigkeit des Hörigen und Freien bloß auf den materiellen Inhalt derselben beschränkt, erweckt man die Ansicht, daß die drey Geburtsstände der Freien, Adel, Ritterbürtige<sup>850</sup>), gemeine Freie und die Unfreien Stufen eines Subordinationsystems bildeten, so daß der Unterschied der einen von der andern immer von derselben Art war, d. h. in der Verringerung der Rechtsfähigkeit, die Allen zukam, sey es durch Beraubung einzelner Rechte, sey es durch Auflegen einzelner Lasten, bestand. Dieser bloß materielle Unterschied zwischen der Rechtsfähigkeit des Freien und Unfreien ist aber weder der einzige, noch auch der, welcher vorzugsweise das ursprüngliche Wesen der Unfreiheit kenntlich macht; dazu dient vielmehr ein anderer Unterschied, den man, im Gegensatz jenes erstern, den formellen nennen kann, nämlich der, daß die Freiheit in der Rechtsfähigkeit nach Landrecht<sup>851</sup>), die Unfrei-

849) Vergl. Eichhorn, Einleitung §. 69.

850) Daß wir den Adel und die Ritterbürtigen als Unterabtheilungen der Freien betrachten, rechtfertigt sich schon durch die Namen, mit welchen die Rechtsbücher sie bezeichnen: Semperfreie, Mittelfreie.

851) Auch in dem Gebiete des Lehnrchts war nur der Freie rechtsfähig, allein diese Rechtsfähigkeit gehörte nicht zum Wesen der Freiheit, weil es viele Freie gab, die juristisch davon ausgeschlossen waren (nämlich alle, die nicht den Hirschbild hatten).

heit negativ in dem völligen Mangel dieser Rechtsfähigkeit, positiv aber in der Rechtsfähigkeit nach Hofrecht bestand. Der Versuch eines vollständigen Beweises dessen, was in diesem Satz allein eines Beweises bedürfen möchte, nämlich der völligen Rechtlosigkeit des Unfreien im Gebiete des Landrechts<sup>852)</sup>, würde, wenn er sich auch herstellen ließe<sup>853)</sup>, zu weit von unserm eigentlichen Gegenstande abführen, ich beschränke mich daher zum Zwecke der Rechtfertigung des Gesagten auf einen, zwar mehrfach erwähnten, nicht aber, wie mich dünkt, gehörig gewürdigten Punkt. Ich glaube, daß für einen Maßstab der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit eines Individuums die Befugniß gelten kann, selbst vor Gericht, als Kläger und Beklagter,

852) Denn die Rechtsfähigkeit nach Hofrecht wird man dem Unfreien nicht absprechen. S. weiter unten. — Nur darüber könnte Zweifel seyn, welche Rechtsverhältnisse des Unfreien von dem Hofrecht beherrscht wurden. Eichhorn (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. I. S. 194 folg. — Einleitung §. 51 Note a) sagt sehr richtig, daß alle Verhältnisse, in die der Hörige zu andern, als seinen Genossen, d. h. Hörigen desselben Herrn, trat, vor das Landgericht, diejenigen aber, in denen er zu seinem Herrn oder seinen Genossen stand, vor das Hofgericht gehörten; nur macht er eine Ausnahme in Hinsicht der Verbrechen, auf welchen Leibes- oder Lebensstrafe standen; diese gehörten in jedem Falle vor den Landrichter (Zeitschr. S. 197. — Einleitung a. a. D.). Zu dieser Ausnahme scheint mir kein Grund vorhanden zu seyn. Denn 1) die dafür angeführten Stellen, welche den Immunitätsherrn verpflichten, den Verbrecher an die Staatsbehörde auszuliefern, sprechen von dem Falle, wo ein Delinquent wegen eines begangenen Frevels in den Bezirk der Immunität geflohen war. 2) Wie würden sich sonst die in Hofrechten so häufig vorkommenden Sanktionen, welche die größten Verbrechen und die härtesten Strafen zum Gegenstande haben, erklären? So z. B. *leges et statuta familiae S. Petri bey Schannat. hist. ep. Wormat. cod. prob. p. 43 §. 30.* — *Cölnisches Dienstr. bey Kindinger, Münstr. Beitr. II. Num. 13 lit. B. §. 3.*

853) Die Schwierigkeit eines solchen Beweises liegt vornemlich darin, daß er fast allein aus den ältesten Quellen (Volksrechte, Capitularien) hergenommen werden kann und diese, wie jeder eingesehen wird, überhaupt viel unbefriedigender sind, als die spätern, deren Reihe mit den Rechtsbüchern beginnt. Diese würden, auch wenn sie eine reichere Ausbeute für das Hofrecht liefern möchten, als wirklich der Fall ist, schon deswegen für unsern Gegenstand weniger entscheidend seyn, weil bereits zu ihrer Zeit das ursprüngliche Wesen der Unfreiheit sich zu ändern anfing. S. weiter unten.

auszutreten und seine Rechte zu verfolgen. Diese Befugniß nun fehlte dem Unfreien in den Gerichten des Landrechts gänzlich. Der Herr (oder dessen Stellvertreter) trat statt seiner als Kläger und Beklagter auf<sup>854</sup>), nicht so, wie der Vormund oder der Ehemann für den Mündel oder die Frau auftrat und sie in ihren Rechten schützte, sondern der Herr erschien in den Augen des Richters als der alleinige Berechtigte und Verpflichtete. Denn sein Recht über den Unfreien war keine *Vogtey* im eigentlichen Sinne, sondern eine *Gewere*, d. h. ein solches Verhältniß, wie das des Eigenthümers zur Sache<sup>855</sup>). Dieses tritt ganz deutlich hervor in den Klagen, welche aus Verletzungen entsprangen, die der Unfreie erlitten oder zugefügt hatte. Der Herr führte hier nicht bloß den Proceß<sup>856</sup>), sondern er zog auch die Buße und das Wehrgeld für den verletzten und getödteten Unfreien<sup>857</sup>), so wie er umgekehrt auch für ihn zahlen mußte<sup>858</sup>). Allein dieselbe Un-

854) Zeitschr. a. a. D. 194. — Leg. Lothar. I. c. 75. —

855) Patr. Landr. bey Heumann p. III, 1, 2, 3. — Capit. VI, 11. Sächf. Landr. III, 32.

856) Der Herr mochte seinerseits den Unfreien inquiriren. Leg. Caroli M. 26: ut (domini), sicut lex jubet, rationem pro servis reddant, utrum culpabiles sint, an non. ipsi vero domini distringant et inquirant servos, sicut ipsos amant. — Wollte der Herr den angeschuldigten Hörigen nicht vertheidigen (Rogge, Gerichtswesen d. Germanen S. 152, 219 Note 308), so durfte zwar der Ankläger den Letztern nicht willkürlich, wie eine Sache, die der Herr aufgab (Note 858 a. G.) behandeln, sondern der Unfreie mußte erst durch ein Ordal oder die Tortur überführt werden (Rogge a. a. D. 210, 153 Note 180); aber offenbar muß man dieses als zum Vortheile des Herrn (der einen unschuldig befundenen Unfreien nicht verlieren sollte) gereichend und nicht als Folge einer in der Person des Unfreien selbst anerkannten Rechtsfähigkeit betrachten.

857) Rogge a. a. D. G. 9. —

858) Lex. Saxon. II. §. 2. — L. Angl. et Werin. 16. — Leg. Car. M. a. a. D. — Leg. Rothar. 374. — Es fragt sich, ob er so zahlte, wie wenn er selbst die That begangen hätte, oder so, wie er für Beschädigungen, die sein Ehter oder seine leblose Sache einem Andern zugefügt hatte, büßte? Um diese Frage gründlich zu beantworten, würde eine genaue, mit manchen Schwierigkeiten verknüpfte, Untersuchung eines jeden der beyden hier verglichenen Fälle für sich vorangehen müssen, die hier nicht füglich gegeben werden kann. Sie würde aber, wie ich glaube,

sicht von der Vertretung des Herrn muß man auch für diejenige Fälle festhalten, wo sie, dem praktischen Resultat nach, der Vogtey im eigentlichen Sinne näher stand; sofern der

ergeben, daß keine vollkommene Uebereinstimmung in Hinsicht dieser Punkte unter den Quellen Statt findet, wohl aber auf Principien führen, die als die herrschenden, als die Regel, zu betrachten sind und diese möchten folgende seyn. Die Buße, in die ein Freier condemnirt wurde, bestand aus drey Theilen: 1) dem Schadenersatze (capitale, Wehrgeld), 2) einer Strafe an den Kläger (die Buße der Rechtsbücher), 3) einer Strafe an die Obrigkeit (in den ältesten Quellen meistens fredum, saida, in d. lex Burgund. mulcta [5 §. 1, 10 §. 1, 49 §. 4] in den Capitularien vornehmlich bannum dominicum, in den Rechtsbüchern Wette genannt). Für den Schaden nun, der durch ein Thier oder einen leblosen Gegenstand angerichtet war, zahlte der Eigenthümer nie mehr, als den ersten Bestandtheil (lex Saxon. 13., lex Ripuar. 46., leg. Rothar. 331, Sächs. Landr. II, 40). Eben so scheint das Princip, in welchem sich hinsichtlich des Falles der, durch einen Unfreien zugefügten, Verletzung die meisten und deutlichsten Quellen vereinigen, das gewesen zu seyn, daß der Herr nur zu einfachem Schadenersatze verpflichtet war (lex Burgund. 4 §. 4, 23 §. 1, 27 §. 5, 63 §. 2, aus welchen Stellen sich namentlich ergibt, daß der Herr vom Zahlen der Wette, mulcta, befreit war). Dennoch wurde auch in diesem Falle eine Strafe eingefordert, jedoch von dem Unfreien selbst. Diese aber bestand, wenn der Herr ihn nicht loskaufte (lex Fris. 3 §. 7, leg. Rothar. 374) in Leibstrafen: Bückigung, Castration, Todesstrafe (lex Sal. 13, 29 §. 6, 43, lex Burgund. a. a. D. u. 4 §. 2), damit büßte er dem Kläger (l. Sal. 30 §. 6) und der Obrigkeit (Capit. de villis c. 4, leg. Rothar. 284). Wenn der Staat auf diesem Punkte nicht bloß auf den Herrn, sondern auch auf den Unfreien sah, ihn und nicht jenen condemnirte, so wird man daraus keine Widerlegung unserer Ansicht von Rechtlosigkeit des Unfreien im Landrechte hernehmen. Gerade darin, daß er zu Bußen verurtheilt wurde, die bey dem Freien nicht vorkamen, spricht sich aus, daß man in ihm zwar den Menschen, im Gegensatz des Thieres, durchaus aber nicht den Staatsbürger sah. — Uebrigens stand nach mehreren Rechten dem Herrn das Recht der noxae deditio des Unfreien zu, woraus sich denn auch der Grundsatz entwickelte, daß er überhaupt zu nichts mehr, als zur Entziehung des Werths des Unfreien genöthigt werden durfte (lex Alamann. 31 §. 2, l. Burgund. 21 §. 2, leg. Car. M. 26, Capit. IV, 13, vergl. l. Sal. 38 §. 7); bey Thieren und leblosen Gegenständen findet sich diese Befugniß meistens (s. jedoch l. Burgund. 18 §. 1, vergl. l. Sal. 39) nur so, daß der Herr dasselbe in der Regel verurtheilt durfte, wo denn der Kläger es an sich nehmen konnte (l. Ripuar. 70 §. 1, Sächs. Landr. II, 40, Ausnahmen ebendas. 62). Bey Unfreien war diese Befugniß, sich desselben nach begangener That zu entschlagen, verboten (leg. Car. M. 26).

Ausgang des Processes nicht unmittelbar zum Vortheile des Herrn, sondern des Unfreien, gereichte, z. B. wenn der Herr die Habe des Unfreien, welche ein anderer diesem vorenthielt, vindicirte. Dergleichen Fälle konnten jedoch ursprünglich selten vorkommen, da nach den ältesten Quellen dem Unfreien, als Folge seiner Rechtlosigkeit im Landrecht, ohne Dazwischenkunft seines Herrn das Commercium mit Ungenossen fehlte<sup>859)</sup>. So gewiß nach Hofrecht der Herr nicht als Eigenthümer der ganzen Habe des Unfreien angesehen werden konnte, so galt er doch dafür jenseit der Grenzen dieses Rechtsgebietes; die Gewere, die er über die Person des Unfreien hatte, erstreckte sich auch über das Vermögen desselben<sup>859a)</sup>.

Während ich auf der einen Seite den Unfreien durch völlige Ausschließung von der Rechtsfähigkeit nach Landrecht niedriger zu stellen scheine, als die gewöhnliche Ansicht, welche ihm wenigstens eine beschränkte Rechtsfähigkeit dieser Art einräumt, ist es auf der andern Seite meine Absicht, die Rechtsfähigkeit nach Hofrecht als eine solche darzustellen, welche sich mit der nach Landrecht wohl messen kann. Zwar gab es ursprünglich in den Verhältnissen des Unfreien, die in das Hof-

859) Leg. Rothar. 236 sq., lex Bajuvar. tit. 15, c. 3, lex Burgund. 21 §. 1, lex Wisigoth. 5, 6, 2, 7, Capit. 3 a. 805 c. 22 (vergl. Eichhorn R. G. §. 62a Note f). — Potgiesser de statu serv. II, 10 §. 11. — Rindlinger, Gesch. d. Hörigkeit Urk. 57 §. 1. — Der Herr entsagte jedoch stillschweigend seinem Rechte, die Geschäfte des Unfreien zu revociren und dem Contrahenten nicht dafür zu Recht zu stehen, sofern jene mit einem Gewerbe, das der Unfreie mit Erlaubniß des Herrn hatte, oder mit dem Vertrieb von Erzeugnissen des, von ihm bewirthschafteten, Gutes in Verbindung standen (lex Burgund. 21 §. 2, Bair. Landr. bey Heumann 150).

859a) So wie der Unfreie aus dem Gebiet des Hofrechts seines Herrn heraustritt; z. B. wenn er veräußert oder freigelassen wird, zeigt sich das unumschränkte Recht des Herrn auf die Habe desselben. Lex Bajuvar. 15, 7: si quis servus de peculio suo fuerit redemptus et hoc dominus ejus forte nescierit, de domini potestate non exeat, quia non pretium, sed res servi sui, dum ignorat, accipit, gleichlautend mit lex Wisigoth. V, 16. — Capit. 1, 82: de rebus vero illorum, qui a propriis dominis libertate donantur, ut ad gradus ecclesiasticos jure promoveantur, statutum est, ut in potestate dominorum consistat, utrum illis concedere, an sibi vindicare voluerint. — Potgiesser a. a. D. §. 8. — lex Bajuvar. 15, 6; vergl. l. Wisigoth. V, 15.

recht gehörten, keinen höhern weltlichen<sup>860)</sup> Richter, als den Herrn selbst und so kann man vom Hofrecht in eben dem Sinne, wie ursprünglich von dem Lehnrecht sagen, es hing lediglich von der Gnade des Herrn ab, allein die Gütte vertrat von jeher auch hier die Stelle des Rechts und sie nahm auch die Form desselben an von dem Augenblicke, wo die Hofgerichte entstanden<sup>861)</sup>. Seitdem war die Stellung des Unfreien zu seinem Herrn formell der des Freien zur Staatsgewalt, die Stellung zu seinen Genossen der des Freien zu den seinigen im Landrechte, gleich. Aber noch mehr! zur formellen Analogie zwischen beyden Rechtsgebieten kam auch eine materielle. Obgleich es nicht zu läugnen ist, daß der Leihherr Rechte auf die Person und das Vermögen des Unfreien ausübte, die der Staat gegen den Freien nicht hatte, so kann doch niemanden die Tendenz<sup>862)</sup> des Mittelalters entgehen, welche dahin gerichtet war, das Hofrecht in seinem Innern dem Landrecht, und die Rechtsfähigkeit des Unfreien in seinem Gebiet der des Freien in dem seinigen ähnlicher zu machen. Auf die Analogie in dem Sachenrechte der Freien und Unfreien werden wir weiter unten zurückkommen, daß sie aber auch in andern Parthien des Rechts obwaltete, mögen folgende Beispiele zeigen. Die wichtige Eintheilung der Gerichte des Landrechts in gebotene und ungebotene Dinge, deren es in der Regel drey im Jahre gab, findet sich eben so im Hofrechte<sup>863)</sup>. Wie das ausschließliche Recht, als Schöffe, Zeuge und Vorsprecher im Landgerichte zu erscheinen, den Freien auszeichnete, so genoß der Unfreie dasselbe Recht ausschließlich in den Gerichten des Hofrechts<sup>864)</sup>. Wie unter den Freien seit dem 10ten Jahrhun-

860) Höchstens nahm sich die Kirche des Unfreien gegen seinen Herrn an. Capit. add. 4 c. 49. — Vergl. leg. Liutpr. 6, 43.

861) Eichhorn, R. G. §. 62a.

862) Daß diese Analogie zwischen beyden Rechtsgebieten nicht schon in der Ältesten Zeit auf so vielen Punkten sich zeigt, als in der spätern, ist unverkennbar.

863) Vergl. Note 389.

864) Mon. boica X, 371: niemand soll vor unserm rechte urteilen, denn der des gotteshauses frauen hat, und nicht erzeugen vor unserm rechte, denn mit den, die des gotteshauses eigen sind, und niemand das wort vor unserm rechte sprechen, denn die des gotteshauses eigen sind. — Ebendas. X,

bert die Ritterbürtigen, gestützt auf die kriegerische Ehre, die sie allein sich vollständig erhielten, von den übrigen Freien sich absonderten und zu einem höhern erblichen Stande erhoben, gerade so und aus demselben Grunde trennten sich die Ministerialen von den gemeinen Hörigen. Wie, seit jener Trennung der Ritterbürtigen von den gemeinen Freien, beide nicht mehr vor demselben Gerichte zu Recht standen<sup>865</sup>), so lernen wir aus Urkunden, daß die Ministerialen ausschließlich in einem Gerichte Recht nahmen und gaben, welches mit Ministerialen, als Schöffen besetzt<sup>866</sup>) und meistens von ihrem Herrn in Person<sup>867</sup>) gehegt wurde<sup>868</sup>). Je mehr man die Analogie zwischen Hofrecht und Landrecht im Einzelnen verfolgt, desto mehr wird man mit der Ansicht vertraut, die Hofverfassung sey ein Abbild des Staats, was dieser für den Freien, das sey jene für den Unfreien.

Nach der eben entwickelten Idee von der Unfreiheit ist es leicht zu übersehen, welchen Begriff sich der Verfasser von der Gewere zu Hofrecht mache. Der Unfreie besaß nicht bloß Grundstücke, die ihm von seinem Herrn verliehen waren, nach Hofrecht, so daß der Besitz nach Hofrecht lediglich ein, dem Besitz nach Lehnrecht analoger, Begriff war, sondern jedes Recht des Hörigen an Sachen stand unter dem Hofrechte; dieses hatte so gut, wie das Recht der Freien, sein vollständiges Sachenrecht. Die Institute aber und die Principien des letztern waren von denen, die das Sachenrecht der Freien (Landrecht und Lehnrecht) zeigte, nicht gänzlich verschieden, sondern es herrschte in dieser, wie in allen übrigen Parthien des Rechts, zwischen beyden im Ganzen eine durchgreifende Ana-

261, XVIII. 262. — Rindlinger a. a. D. Urk. 124 §. 12 u. a. and. D.

865) Eichhorn St. u. R. G. §. 348.

866) Rindlinger, Münstr. Beitr. II. Anh. S. 89 §. 11. — Magdeburg. Dienstrecht bey Mencken script. rer. germ. III. Nro. XI.

867) Guden cod. dipl. I, 394. — Anton, Landwirthschaft. II. S. 73 folg.

868) In dem alten Worms'schen Hofrechte (Note 863) ist an mehreren Stellen von Schlichtung der Proceße durch gerichtlichen Kampf (§. 12, 13, 17, 19, 31), von Wehrgelde und Buße, die an den Kläger fallen (§. 9 §. 13) die Rede.



thum nur in dem Gebiet des Hofrechts galt. — Was die erblichen Besitzrechte der Unfreien an Grundstücken betrifft, so scheint man erstlich zu übersehen, daß das Hofrecht auch eine Gewere, welche der zu Landrecht analog war, kannte, wenigstens in Hinsicht der Ministerialen fehlt es nicht an ausdrücklichen Zeugnissen, daß sie Grundstücke auch als Eigen besaßen<sup>873)</sup>. Daß diese Eigengewere nicht die zu Landrecht, sondern eine Gewere zu Hofrecht, war, erkennt man an denselben Beschränkungen der Vererbung und Dispositionsbefugnis, welche vorhin bey der fahrenden Habe erwähnt worden sind<sup>874)</sup>. Zweitens in Betreff der erblichen Besitzrechte der Unfreien an Gütern ihres Herrn, welche man gewöhnlich allein unter dem Namen der hofrechtlichen begreift, verkennt zwar niemand die Analogie, welche zwischen ihnen und dem Lehen in Hinsicht der Verbindung des Rechts an der Sache mit persönlichen Leistungen (Dienste, Zinsen), in Hinsicht des beschränkten Veräußerungsrechts, der Caducitätsfälle u. s. w. Statt findet, für uns aber ist es von besonderm Interesse, nachzuweisen, daß die Erblichkeit jener Besitzrechte nach Hofrecht auf demselben Princip, wie bey den Lehen, gegründet war, nämlich auf die rechte Gewere und somit auf Entstehung des Rechts durch Inbesitzung in einem Hofgericht. Dieser Beweis ist nicht schwer zu führen. Ausdrückliche Stellen beschreiben die Verleihung als eine Handlung, die in Gegenwart der Schöffen<sup>875)</sup>,

873) Rindlinger, Münstr. Beitr. III. Urk. 75. — Schöpflin, Atlas. diplom. d. 308. — Schannat cf. Fuld. dipl. 232.

874) Schwäb. Landr. 38: dienstleute mögen auch ir eigen nicht geben noch verkaufen, wann wider ire genossen. — Rindlinger a. a. D. II. Urk. 13 lit. B. §. 10. — Tecklenburg, Dienststr. 12 (bey Ludewig rel. manuscr. II, 297 folg). — Die Dazwischenkunft des Herrn, deren es bey Veräußerungen an Ungenossen bedurfte, war nicht bloß Folge der Unfähigkeit des Unfreien, selbst im Landgerichte die Auflassung zu vollziehen, sondern eines wahren Widerspruchsrechtes des Herrn. Stat. famil. S. Petri §. 21: si quis ex familia S. Petri praedium vel mancipium a libero homine comparaverit vel aliquo modo adquisiverit, extra familiam neque cum advocato, neque sine advocato, dare non liceat.

875) Rindlinger, Münstr. Beitr. II. Urk. 47: praeterea institutionibus et destitutionibus honorum predictorum . . . gaudebit, ita videlicet, ut non institutiones sive destitutiones faciet, nisi vocatis et presentibus hominibus nostris, qui thegedere et

im Hofgerichte <sup>876</sup>), in der Form einer symbolischen Tradition <sup>877</sup>), vollzogen wurde. Der Sprachgebrauch beweiset es theils dadurch, daß er sich zur Bezeichnung des Erwerbungsaktes derselben Ausdrücke bedient, wie bei dem Lehen, namentlich der Worte belehnen, empfangen <sup>877 b</sup>), theils dadurch, daß er die (durch simple Tradition bewirkte) Verleihung zu temporärem Besigrechte durchgängig anders bezeichnet, als die zu erblichem Rechte, jene durch die Phrase: „jemanden das Gut befehlen“ <sup>878</sup>), diese, abgesehen vom dem Worte belehnen, durch die Redensart: „jemanden mit dem Gute behanden“ <sup>879</sup>).

Hyen vocantur (vergl. Note c ebendas.). — Rindlinger, Gesch. d. Högigkeit Urk. 44, 3.

876) Rindlinger a. a. D. Urk. 90, S. 426: de dicto bono concessa sunt due partes Nese, filie J. per curiam, scabinis presentibus — ex resignatione predictae N. integrum bonum predictum H. per curiam, presentibus scabinis, concessum est. — Buri, Abh. v. Bauergrütern 387: wen latengut kauft, der ist auf öffentlichen latengericht sich daran setzen zu lassen schuldig. —

877) Pufendorf. juridict. germ. III, 3, 2 §. 14 (von Meyerdingsgütern): wann einer an ein gut vor dem meyerding soll angesetzt werden, muß solches von dem meyerdingsgreven mit darreichung eines grünen zweiges geschehen. — Rindlinger a. a. D. Urk. 192 §. 8, 198 §. 9.

877 b) Ueber den technischen Gebrauch des letztern Wortes bei dem Lehen s. Sächs. Lehrn. 16, 15, 60, 61, 52, 39 u. a. and. D. — Ueber den Gebrauch der beiden Worte im Hofrecht s. Rindlinger a. a. D. Urk. 97, 174, 195 §. 22, 137 S. 497. — Schilter a. a. D. S. 367, 369, 372, 366.

878) Gerade so gebraucht das Sächs. Lehrn. dieses Wort im Gegenfatz von belehnen. Vergl. Note 306 b.

879) Ueber den Gebrauch des Wortes „behanden“ s. Rindlinger, Gesch. d. Högigkeit, Urk. 172 lit. b. S. 583, Buri a. a. D., S. 99, vergl. Müller, über das Güterwesen a. mehr. D. — Ueber die Bedeutung des Wortes „befehlen“ s. Rindlinger a. a. D. Urk. 195 §. 37: wannehe ein hoffmann.. doides half afginge, so soll die negste erve binnen einem maind kommen zu dem herrn ind gewinnen das gut; en geschehe das nit, so mag der herr einem das gud bevehlen zu bauen, wem he will, so sall alsdann die schultheis off die fründe schriuen den erven, dat se to lande kommen und ires erves to recht gesinnen, wer idt dem sake, dat niemand na dreien jaren en

Waren die Hofgerichte <sup>880)</sup>, unter welchen die erblichen Besitzrechte der Unfreien an Gütern des Herrn standen, in Rücksicht auf Begrenzung ihrer Competenz den Lehngerichten ähnlich, so daß erstlich nur solche Streitigkeiten, welche dem Begriff der Lehnsfachen entsprachen, vor dieselben gehörten und zweitens für verschiedene Arten der Hofrechtsgewere, wie für die Arten von Lehen, verschiedene Hofgerichte bestanden, oder waren sie in dieser Beziehung den ordentlichen Landgerichten ähnlich, bey denen Competenz auf alle nicht speciell ausgenommenen Sachen <sup>881)</sup> sich erstreckte und nur durch lokale Grenzen beschränkt wurde? Obgleich die Quellen, die dem Verfasser zugänglich waren, eine entscheidende Auskunft über diese Frage nicht zu geben scheinen, so glaubt er doch, als Vermuthung, die Ansicht aufstellen zu dürfen, daß jene Hofgerichte hinsichtlich ihrer Competenz den Landgerichten entsprachen. Denn 1) die Einrichtung, daß eine gewisse Anzahl von Höfen, die mit Hinterfassen besetzt waren, als zu einem Haupthofe gehörig angesehen wurden, scheint ganz allgemein gewesen zu seyn und danach allein die Gerichtsverfassung sich gerichtet zu haben, dergestalt, daß alle zu einem Haupthofe gehörigen Höfe, ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Bedingungen, unter welchen sie ausgethan waren <sup>882)</sup>,

---

queme, so mag alsdann der herr dat gud nac sich nehmen und sellfs bouwen off einen andern damit behanden. — Ebenbas. §. 23. — Urf. 172 lit. b. S. 582 Urf. 144 §. 1, vergl. §. 4, 6 Urf. 156 §. 1, vergl. §. 6, 11.

880) Für die Existenz dieser Gerichte lassen sich noch bey weitem mehrere Zeugnisse liefern, als für die Entstehung des Besitzrechts durch Investitur in denselben. Vergl. die Hofrechte bey Kindlinger a. a. D. Urf. 124 §. 12, Urf. 32 S. 290, 292, Urf. 156 §. 17, Urf. 57 §. 10, Urf. 195 §. 1 u. a. and. D. — Schilter a. a. D. — Außerdem erinnere man sich, wie viele zu erblichem Rechte besessene Bauergüter von jenen Gerichten den Namen führen, z. B. Meyerdingsgüter, Propstdingsgüter u. s. w. (Runde, deutsches Privatr. §. 529. — Pufendorf a. a. D. §. 16 u. folg.).

881) Diejenigen nämlich, welche entweder an fora privilegiata causarum oder an gewisse ordentliche Landgerichte (wie die Fälle der hohen Gerichtbarkeit an die Landgerichte, im Gegensatz der Cent- oder Vogteygerichte, Eichhorn St. u. R. S. §. 302) gewiesen waren.

882) Biewohl es sehr glaublich ist, daß die Güter, die zu einem Haupthofe gehörten, in der Regel auch zu demselben Rechte aus-

vor ein stehendes <sup>883)</sup> Gericht gehörten; es entschied also über die Competenz desselben lediglich eine äußerliche, lokale, Grenze <sup>884)</sup>. 2) Daß dieses Gericht über Güter, die zu einem Haupthofe gehörten, das ordentliche Hofgericht der zu jenem gehörigen Unfreien war, und nicht bloß eine objektiv dergestalt beschränkte Competenz hatte, wie das Lehngericht, dafür spricht schon einigermaßen, daß es, wie die Landgerichte ein stehendes, d. h. in Hinsicht des Ortes <sup>884 b)</sup>, des Personals <sup>885)</sup>, der Zeit seiner Hegung <sup>886)</sup>, fixirtes Gericht war, wovon bey dem Lehngericht keine Spur vorhanden ist. Ueberdem aber fehlt es nicht gänzlich an einzelnen, wenn auch nicht jeden Zweifel abwendenden, Spuren, daß nicht bloß solche Sachen, die dem Begriffe der Lehnsachen entsprechen,

gethan waren, so finden sich doch auch Beispiele vom Gegentheil. Vergl. Kindlinger a. a. D. Urk. 118 S. 464 u. folg., Urk. 157 S. 536. — Die Hoflehen der Ministerialen, deren Natur freilich immer von dem Besitzrechte der gemeinen Hörigen abwich, gehörten gar nicht zu dem Hofverbande der Leetern. S. Note 866 u. folg.

883) S. das Folgende.

884) Während in der Lehnverfassung eines Herrn durch den Besitz derselben Art von Lehen eine engere Rechtsgenossenschaft der Besitzer erzeugt wurde (Note 880 a), war eine solche, und selbst noch viel weiter gehende, in der Hofverfassung an die Hofhörigkeit, d. h. an die auf Personen und Güter sich erstreckende Verknüpfung mit einem Haupthofe verbunden. Wie sie Gemeinschaft des Forums und ausschließliche Schöffensbarkeit erzeugte, so war sie auch Bedingung des Rechts, Güter zu dem, in dem einzelnen Hofverbande geltenden, Rechte zu erwerben. (So wenigstens in den Westphälischen Hofrechten. Kindlinger a. a. D. Urk. 124 §. 11, Urk. 175, Urk. 192 §. 2, Urk. 195 §. 2.).

884 b) Es wurde meistens in dem Haupthofe gehalten. Schilter a. a. D. 371.

885) Von den Hofbesitzern war eine gewisse Anzahl mit dem Schöffensamt bekleidet (Kindlinger a. a. D. Urk. 195 §. 1. — Note 876), welches sogar bisweilen erblich war (Schilter 372).

886) Es wurden jährlich mehrere (gewöhnlich drei) Schieddinge gehalten (Kindlinger a. a. D. Urk. 118 S. 463, Urk. 3 lit. a S. 223, Urk. 157 S. 542. — Stat. famil. S. Petri §. 29. — Schilter a. a. D. 369, 372. — Vergl. Note 863.).

vor jene Hofgerichte gehörten<sup>887)</sup>, und in der That, wenn man nicht bezweifeln will, daß dem Herrn auch in andern Sachen Gerichtbarkeit über die Unfreien zustand, läßt sich kein Grund denken, woher diese einem andern Gerichte hätten zugewiesen seyn sollen.

Wenn in dem Obigen das Wesen der Unfreiheit darin gesetzt wurde, daß es in der Rechtsfähigkeit nach Hofrecht, zugleich aber in der völligen Negation der Rechtsfähigkeit nach Landrecht bestehe, so erinnere man sich, daß diese Darstellung immer nur die ursprüngliche Bedeutung der Unfreiheit im Auge hatte und es soll nicht geläugnet werden, daß sie sich im Laufe der Zeit geändert und der Unfreie die Stellung erhalten habe, welche die gewöhnliche Ansicht ihm von jeher beilegt. Eine kurze Charakterisirung dieser Veränderung wird hier am Orte seyn. Die oben (Note 862) angedeutete Tendenz des Mittelalters führte nicht bloß zu einer allmählichen Ausglei- chung der materiellen Unterschiede, die ursprünglich in einem höhern Grade zwischen dem Rechtsgebiete der Unfreien und dem der Freien bestanden hatten, sondern auch zum gänzlichen Verschwinden der formellen Scheidewand zwischen beyden. Jene nahm entweder die Richtung, daß eigenthümliche Verhältnisse des Hofrechts auch auf die Freien übertragen wurden (dieses zeigte sich vorzüglich häufig bey der Klasse der freien Bauern)<sup>888)</sup>, theils die entgegengesetzte, daß der Unfreie allmählig die lästigen Eigenthümlichkeiten seines Standes abstreifte (dieses zeigte sich vornemlich bey der höhern Klasse der Unfreien, den Ministerialen)<sup>889)</sup>. Das Verschwinden der formellen Scheidewand zwischen dem Rechtsgebiet der Freien und Unfreien hatte die Bedeutung, daß letztere in die Rechtsgenossenschaft der erstern zu Landrecht aufgenommen, oder, wie man es ausdrücken könnte, aus Personen, die bisher nur durch ihren Herrn mit dem Staate in Berührung traten, un-

---

887) In dem Hofrechte von Delbrügge (Kindlinger a. a. D. Urk. 158) wird nur ein Gericht genannt, dessen Wahlstatt mit den Worten: „vor dem Hagedorn“ bezeichnet wird „dar sal ein jeweil Recht nemen und geven“ (§. 16) und unter den Brüchten, die daselbst fallen, wird auch die Verwirkung des Lebens erwähnt (§. 15).

888) Eichhorn a. a. D. §. 448.

889) Eichhorn a. a. D. §. 445 Note c u. folg.

mittelbare Staatsbürger wurden, wodurch allein freilich die besondern Rechte, welche der Leihherr über sie hatte, nicht zerstört wurden. Wo die beyden Dinge, Erhebung des Unfreien zur Rechtsfähigkeit nach Landrecht und eine weit gehende Befreiung desselben von den eigenthümlichen Rechtsbeschränkungen, die ihm sein Geburtsstand auflegte, sich vereinigten, da mußte es zu einem völligen Verschwinden der Unfreiheit kommen und das sehen wir an dem höchst merkwürdigen Beispiel der Ministerialen, die gegen Ende des Mittelalters in der, ihnen analogen Klasse der Freien, den Ritterbürtigen, völlig untergingen<sup>890)</sup>. Auch im Gebiete der unfreien Bauern fehlt es nicht hie und da an einer Verschmelzung derselben Art, zugleich aber bietet es Beispiele eines ganz entgegengesetzten Resultats dar, indem eine weit getriebene Ausdehnung hofrechtlicher Verhältnisse auf freie Bauern ihren Geburtsstand dergestalt verdunkelte, daß man geneigt wurde, sie als Unfreie zu betrachten<sup>891)</sup>. Die Entwicklung der Ursachen, die jene Annäherung und Verschmelzung des Hof- und Landrechts herbeiführten, und die Nachweisung der einzelnen Spuren, in denen sie selbst schon zur Zeit der Rechtsbücher<sup>892)</sup> sich zu zeigen anfängt und in der Folge umfassender hervortritt, hält der Verfasser für keinen Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung; nur darüber glaubt er noch eine Bemerkung hinzufügen zu müssen, wie sich der Begriff des Hofrechts und der Unfreiheit änderte, seitdem jene formelle Scheidewand zwischen jenem und dem Staate gefallen war. Das Hofrecht wurde aus einem in seiner Art so selbständigen Rechtsgebiet, wie das Landrecht, zu einem bloßen Rechtsinstitut des letztern, die Unfreiheit aus einem Verhältnisse, welches den Höflichen in allen Beziehungen, wo er als Rechtssubjekt erschien<sup>893)</sup>, beherrschte, nur zu einem solchen, welches die Rechtsfähigkeit, die er nunmehr mit dem freien Staatsbürger theilte, nur in

890) Eichhorn a. a. D.

891) Eichhorn a. a. D. §. 448.

892) Man erinnere sich der theilweisen Schöffenbarkeit zu Landrecht, welche die Rechtsbücher den Ministerialen zuschreiben. Schwäb. Landr. 81: dienstman die mögen über freie leut dreyer dinge nicht gezeugen sein (und urteil finden), das es an iren leib, oder an ire ehre, oder an ir erbgut geht: da sollen ire gegossen umb sprechen. Sächs. Landr. II, 12.

893) Vergl. Note 870.

einzelnen Beziehungen modificirte, und da diese Beziehungen nur in eigenthümlichen Rechten und vornemlich in Verpflichtungen gegen eine Privatperson, den Leihherrn, bestanden, so ist es eigentlich nicht richtig, die Unfreiheit im neuern Rechte als einen besondern Stand zu betrachten, da Standesrechte, wie ich glaube, nur solche sind, die Jemand gegen den Staat oder kein bestimmtes Individuum, sondern gegen jedermann hat, vielmehr gehörte seitdem die Unfreiheit mit andern Abhängigkeitsverhältnissen von der Gewalt eines Andern, die das Privatrecht kennt, in eine Kategorie.

Halle,

gedruckt in der Gebauerschen Buchdruckerei  
mit Genehmigung der Königsberger Censurbehörde.

## Zusätze und Verbesserungen.

- §. 18 §. 8** ist einzuschalten: zu den Friedebrüchen gerechnet werden.  
 — **22 — 5** v. u. ist hinter dem Worte Immobilien einzuschalten: und Mobilien.  
 — **24 — 4** Bey der Behauptung, daß die richterliche Zuerkennung Entstehungsgrund einer jur. Gewere an allen Arten von Sachen sey, sind die Zweifel zu berücksichtigen, welche in Betreff der fahrenden Habe Note 120a a. E. berührt sind.  
 — **28 — 8** v. u. st. unrichtig f. unwichtig.  
 — **39 — 4** v. u. st. lheet l. theet (ziehet).  
 — **47 — 7** st. inlege l. irlege.  
 — **64 — 6** st. salange l. salunge.  
 — **74 Note 151a** st. was... nicht verlegt wird l. dessen Grenzen... nicht überschritten werden.  
 — **79 §. 2** st. Wichtigkeit l. Richtigkeit.  
 — **84 — 9** st. es l. sey.  
 — **98 Note 204.** Der Satz, daß die Fälle, in welchen die Gewere des Veräußerers gänzlich zerstört wird, nur unter denen zu suchen seyen, wo die Veräußerung durch Auflassung in einem Gericht desjenigen Rechtsgebiets geschieht, dem jene angehört, ist nur wahr in Bezug auf die Landrechtsgewere, oder die Eigengewere, als deren Repräsentant (eine Lehnsgewere kann auch durch eine Auflassung im Landgericht zerstört werden). Indessen braucht die Untersuchung, in welchen Fällen die Auflassung wirklich die Gewere gänzlich zerstöre, in welchen nicht, nur in Beziehung auf die Eigengewere gemacht zu werden; aus dem Princip, auf welches sie führt (f. d. Ende dieses §. und vergl. §. 72 bey Note 144a), entscheidet sich die Frage in Hinsicht aller übrigen Arten von Gewere ganz von selbst.  
 — **105 Note 217** st. §. 43 l. 36, 2.  
 — **106** letzte 3. st. vorhergehenden Note l. Note 223.  
 — **120 §. 2** ist Note 30a zu streichen.  
 — **122 — 18** st. fingirte l. juristische.  
 — **123 — 16** st. Note 259 l. Note 267.  
 — **134 — 17** st. Es l. Er.  
 — **141 — 5** v. u. ist hinter dem Worte verstone einzuschalten: (Weichbild a. a. D.: zu vertreten oder auszuziehen).  
 — **154 — 11** st. nur l. nun.  
 — **163 — 13** v. u. st. Veräußerung an l. Veräußerungen.  
 — **166 Note 394** st. Note 302 l. Note 401.  
 — **207 Note 533** st. §. 50 l. §. 38.  
 — **— Note 534** st. §. 47 l. §. 37, 4.  
 — **212 §. 21** ist hinter dem Worte daß einzuschalten: nach denselben.  
 — **213 — 7** v. u. hinter dem Worte erstere l. alleiniger.

- 6. 215 3. 5 v. u. sind die Worte: (vergl. ebenfalls Note 562)**  
 zu streichen.
- 221 — 8 ft. nescit l. crescit.
  - 228 — 10 Das hier Gesagte ließe sich auch so ausdrücken: Das Lehen der Frau hatte dem folgenden Lehnherrn gegenüber nur den Charakter einer gemeinen Gewere (in d. Sinne v. S. 118, 127), die Leibzucht dagegen den einer rechten Gewere. Da aber jede gemeine Gewere gegen den Nachfolger des Veräußerers überhaupt nicht (dinglich) wirksam ist (s. 25 a. U.), sondern eine solche Wirksamkeit nur der rechten Gewere zukommt, so läßt sich auch sagen, das Lehen der Frau mache sich gegen den folgenden Herrn gar nicht als Gewere geltend, wohl aber die Leibzucht.
  - 234 — 15 ft. soll und darf l. sollen und dürfen.
  - 235 — 25 ft. mit l. nit.
  - 246 — 21 ft. die l. der.
  - 266 — 8 hinter dem Worte Veräußerung l. der fahrenden Habe.
  - 272 letzte 3. hinter dem Worte komen l. in die gewere des hofis.
  - 284 Note 808 ft. Note 806 d l. Note 806 b.
  - 287 3. 5 ft. der Investirenden l. des Investirenden.
-