

**S y s t e m**

des

**gemeinen deutschen Privatrechts.**

---

von

**Dr. Georg Beseler.**

**Zweiter Band.**

---

**Leipzig,**  
**Weidmann'sche Buchhandlung.**  
**1853.**

## V o r r e d e .

---

Mit dem angenehmen Gefühle, eine alte Schuld abzutragen, lege ich gegenwärtig den zweiten Band dieses Werkes, in dessen Ausarbeitung das Jahr 1848 mich unterbrochen hat, dem Publikum vor. Der dritte und letzte Band, die Institute des Ständerechts und ein Register über das Ganze enthaltend, wird unverzüglich nachfolgen.

Ueber Plan und Methode des Werkes habe ich mich im ersten Bande weitläufig geäußert; ich habe keine Veranlassung gefunden, von dem dort Gesagten in irgend einer Beziehung abzuweichen.

Einige neuere Gesetze habe ich zu meinem Bedauern noch nicht berücksichtigen können; ich nenne insbesondere das preussische Gesetz v. 24. Mai d. J., betreffend einige Abänderungen der Hypotheken-Ordnung v. 20. Dez. 1783, und zwei nassauische Gesetze v. 15. Mai 1851, die Behufs des Eintrags dinglicher Rechte an Immobilien zu führenden öffentlichen Bücher, und: das Pfandrecht und die Rangordnung der Gläubiger im Concourse betreffend. Die beiden letzteren Gesetze sind mir erst vor Kurzem bekannt geworden; Zweck und Richtung derselben ergeben sich aus dem §. 1. des Gesetzes über die öffentlichen Bücher, welcher also lautet: „Für jeden Gemeindebezirk soll ein Stockbuch angelegt werden, welches den Zweck hat, eine

Beschreibung der in der Gemarkung gelegenen, zu dem Vermögen einer Person oder, wenn sie in der Ehe lebt oder gelebt hat, zu dem Ehevermögen gehörigen Immobilien mit genauer Bezeichnung, ob sie dem Ehemanne oder der Ehefrau allein, oder beiden gemeinschaftlich gehören, und mit allen darauf haftenden Eigenthumsbeschränkungen, Lasten und Pfandrechten darzustellen, und zugleich das Steuerkataster bilden soll. — Es ist in tabellarischer Form in der Art einzurichten, daß auf je zwei gegeneinander überstehenden Folioseiten oben quer durchlaufend der Name und Wohnort des Eigenthümers und unter demselben dessen sämtliche Liegenschaften mit den darauf ruhenden Beschränkungen und Lasten und mit Angabe des Steuerbeitrags in simplio eingetragen werden. — In das Stockbuch werden ferner die auf der Liegenschaft haftenden Pfandrechte und die durch f. g. Eigenthumsvorbehalt gesicherten Forderungen eingetragen.“

Greifswald im August 1853.

G. Bessler.

# Inhaltsverzeichnis.

## Zweites Buch.

### Das gemeine Landrecht.

#### Erster Abschnitt.

#### Das Personenrecht.

#### Zweiter Abschnitt.

#### Das Sachenrecht.

	Seite
§. 73. Einleitung . . . . .	1

#### Erstes Kapitel.

#### Begriff und Arten der Sachen.

§. 74. Im Allgemeinen . . . . .	7
§. 75. I. Natürliche Eigenschaften der Sachen . . . . .	9
§. 76. II. Rechtliche Eigenschaften der Sachen . . . . .	15
III. Verhältniß mehrerer Sachen zu einander.	
§. 77. a. Gesamtsachen . . . . .	19
§. 78. b. Hauptsachen und Nebensachen . . . . .	21

#### Zweites Kapitel.

#### Der Besitz.

§. 79. Die Gewere . . . . .	29
§. 80. Das heutige Recht . . . . .	35

#### Drittes Kapitel.

#### Das Eigenthum.

§. 81. I. Begriff . . . . .	39
§. 82. II. Das Ober- und Untereigenthum . . . . .	42

	Seite
§. 83. III. Das Gesamteigenthum . . . . .	46
§. 84. IV. Von den Gemeindegütern . . . . .	52
§. 85. IV. Von den Gemeindegütern (Fortsetzung). Die Auf- theilung . . . . .	58
§. 86. V. Das Eigenthum an beweglichen Sachen . . . . .	62
§. 87. VI. Von der Erwerbung des Eigenthums . . . . .	69
§. 88. VI. Von der Erwerbung des Eigenthums (Fortsetzung). Die gerichtliche Auflassung . . . . .	78
§. 89. VI. Von der Erwerbung des Eigenthums (Fort- setzung). Die gerichtliche Auflassung . . . . .	87
§. 90. VII. Die Zwangsenteignung . . . . .	97

#### Viertes Kapitel.

##### Die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums.

§. 91. I. Im Allgemeinen . . . . .	103
II. Insbesondere von den Regalien.	
§. 92. a. Einleitung . . . . .	108
§. 93. b. Einzelne Arten der Regalien . . . . .	115
§. 94. b. Einzelne Arten der Regalien (Fortsetzung). . . . .	122

#### Fünftes Kapitel.

##### Das Pfandrecht.

§. 95. I. Das ältere deutsche Recht . . . . .	131
II. Das Recht der Hypotheken.	
§. 96. a. Die Hypotheken unter dem Einflusse des römischen Rechts . . . . .	140
§. 97. b. Das Hypothekenrecht in seiner neuesten Entwicklung . . . . .	147
§. 98. III. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen . . . . .	167

#### Sechstes Kapitel.

##### Das Lehenrecht.

§. 99. Einleitung . . . . .	171
§. 100. Quellen und Literatur . . . . .	173
§. 101. Begriff und Eigenschaften der Lehen . . . . .	180
§. 102. Von den Lehenpersonen . . . . .	184
§. 103. Von den Lehenpersonen (Fortsetzung). Die Vertretung . . . . .	189
§. 104. Von den lehenbaren Gegenständen . . . . .	193
§. 105. Errichtung des Lehens. I. Von der Investitur . . . . .	197
§. 106. Die Eventualbelehnung und Lehenanwartschaft . . . . .	204
§. 107. Die Mitbelehnung . . . . .	213
§. 108. II. Errichtung des Lehens durch Verjährung . . . . .	216
§. 109. Rechte des Lehenherrn . . . . .	218
§. 110. Rechte des Lehenherrn (Fortsetzung). . . . .	222
§. 111. Rechte des Vasallen . . . . .	229
§. 112. Von der Veräußerung der Lehen . . . . .	233
§. 113. Von der Veräußerung der Lehen (Fortsetzung). . . . .	243
§. 114. Von den Lehenschulden . . . . .	249
§. 115. Sonderung des Lehens vom Allod . . . . .	257
§. 116. Beendigung des Lehenverhältnisses . . . . .	263

**Dritter Abschnitt.****Das Obligationenrecht.**

- §. 117. Einleitung . . . . . 273

**Erstes Kapitel.****Allgemeine Lehren.**

- §. 118. Das Wesen der Obligation . . . . . 276  
 §. 119. Der Vertrag . . . . . 283  
 §. 120. Der Vertrag (Fortsetzung). . . . . 287  
 §. 121. Der Vertrag (Fortsetzung). Die Form . . . . . 295  
 §. 122. Von der Zahlung, insbesondere von dem Gelde . . . . 306

**Zweites Kapitel.****Einzelne Verträge.**

- §. 123. Der Kauf . . . . . 314  
 §. 124. Der Kauf (Fortsetzung). Das Näherrecht . . . . . 322  
 §. 125. Der Kauf (Fortsetzung). Das Näherrecht . . . . . 329  
 §. 126. Die Miethc . . . . . 342  
 §. 127. Das zinsbare Darlehen . . . . . 347  
 §. 128. Die Bürgschaft . . . . . 354  
 §. 129. Der Versicherungsvertrag . . . . . 358  
 §. 130. Spiel und Wette . . . . . 368

**Drittes Kapitel.****Obligationen aus unerlaubten Handlungen.**

- §. 131. Allgemeines . . . . . 372

**Vierter Abschnitt.****Das Familienrecht.**

- §. 132. Einleitung . . . . . 375

**Erstes Kapitel.****Das Eherecht.**

- §. 133. I. Verlöbniß; Ehevertrag . . . . . 379  
 §. 134. II. Persönliche Verhältnisse der Ehegatten . . . . . 385  
 §. 135. III. Persönliche Verhältnisse der Eltern und Kinder, insbesondere von der väterlichen Gewalt 390  
 IV. Eheliches Güterrecht.  
 §. 136. Aelteres Rechtssystem . . . . . 400  
 §. 137. Spätere Entwicklung . . . . . 406  
 §. 138. Das gesonderte eheliche Güterrecht . . . . . 413  
 §. 139. Die eheliche Gütervereinigung . . . . . 421  
 §. 140. Die eheliche Gütergemeinschaft . . . . . 428  
 §. 141. Die eheliche Gütergemeinschaft (Fortsetzung). . . . . 438

	Seite
§. 142. Die eheliche Gütergemeinschaft (Fortsetzung) . . . . .	443
§. 143. Die Kinder in der Were . . . . .	448
§. 144. Die Abschiebung der Kinder . . . . .	456
§. 145. Die Einkindschaft . . . . .	461

### Zweites Kapitel.

#### Die Vormundschaft.

§. 146. Die Altersvormundschaft . . . . .	467
§. 147. Die Geschlechtsvormundschaft . . . . .	476
§. 148. Die Vormundschaft über Abwesende . . . . .	481

### Fünfter Abschnitt.

#### Das Erbrecht.

§. 149. Einleitung . . . . .	485
------------------------------	-----

#### Erstes Kapitel.

##### Die gesetzliche Erbfolge.

§. 150. Die Bedingungen der gesetzlichen Erbfolge . . . . .	489
§. 151. Die Parentelordnung . . . . .	492
§. 152. Erwerb und Theilung der Erbschaft . . . . .	496
§. 153. Die Erbfolge der Ehegatten . . . . .	500
§. 154. Die Lehenfolge . . . . .	505
§. 155. Die Lehenfolge (Fortsetzung) . . . . .	512
§. 156. Die Lehenfolge. (Fortsetzung) . . . . .	515

#### Zweites Kapitel.

##### Die Erbverträge.

§. 157. Stellung der Lehre im Allgemeinen . . . . .	520
I. Der Erbeinsetzungsvertrag.	
§. 158. a. Begriff und Arten . . . . .	523
§. 159. b. Form und Wirkungen . . . . .	528
§. 160. c. Gründe der Aufhebung . . . . .	533
§. 161. II. Der Erbverzicht . . . . .	536

#### Drittes Kapitel.

##### Die Testamente.

§. 162. Im Allgemeinen . . . . .	540
§. 163. Das wechselseitige Testament . . . . .	543
§. 164. Die Testamentsvollstreckung . . . . .	547

## Zweiter Abschnitt.

### Das Sachenrecht.

---

#### §. 73.

#### E i n l e i t u n g.

Es wird nicht leicht gelingen, die Rechtsinstitute, in denen sich das Sachenrecht des Mittelalters darstellt, und welche zum Theil noch in dem heutigen Rechte sich wirksam zeigen, vollständig zu begreifen, wenn nicht vorher die klare Anschauung von den Rechtsverhältnissen, aus welchen sie sich entwickelt haben, gewonnen ist, und so der innere Zusammenhang zwischen der Rechtsregel und deren thatsächlichen Voraussetzungen hervortritt. Eine Darstellung, welche zu dieser Einsicht führen soll, kann aber nur eine historische sein, indem sie einmal die wesentlichen Momente, an denen die selbständige Entwicklung im Rechtsleben des Mittelalters vor sich gegangen ist, nachweist und dann die Einwirkung, welche diese Rechtsideen neben dem Romanismus und dem modernen Staatsprincip auf das heutige Rechtssystem ausgeübt haben, zur Erkenntniß bringt. Eine Arbeit, welche mit vollständiger Benutzung des historischen und statistischen Materials und unter Berücksichtigung der verwandten Rechtsinstitute die Lösung einer solchen Aufgabe für das Sachenrecht übernehme, würde für die Staats- und Rechtswissen-



schaft von großer Bedeutung sein <sup>1)</sup>); hier kann nur eine übersichtliche Darstellung der wichtigsten Momente, welche zur Erläuterung des Folgenden besonders in Betracht kommen, gegeben werden.

I. Nach der ganzen Anlage des germanischen Volkslebens war der Grundbesitz im Gegensatze zur beweglichen Habe von überwiegender Bedeutung. Der Vorrath an Geld und edlen Metallen war in älterer Zeit gering, und gerade diejenigen beweglichen Sachen, welche einen wichtigen Bestandtheil des Vermögens ausmachten, nämlich die Viehheerden und überhaupt das Gutsinventar, fanden sich häufig als Zubehörungen in unmittelbare Beziehung zu den Landgütern gebracht und dadurch in deren Rechtsphäre verfangen, wie denn auch sonst unter gewissen Voraussetzungen die Herrschaft über ein Grundstück die auf demselben befindlichen beweglichen Sachen mit erfaßte. Nimmt man nun noch hinzu, daß statt der Zeitpacht ein dauerndes Zinsverhältniß begründet zu sein pflegte, und daß auch andere obligatorische Leistungen, für welche wir das zinsbare Darlehen haben, meistens als Renten oder Gülten auf Grund und Boden radicirt waren; so stellt es sich klar heraus, daß der Grundbesitz, der auch eine wesentliche Voraussetzung der politischen Berechtigung war, den eigentlichen Mittelpunkt des bürgerlichen Verkehrs ausmachte. Die natürliche Folge davon war, daß das deutsche Sachenrecht bis in das spätere Mittelalter vorzugsweise als ein Recht des Grundbesitzes erscheint; und nach dieser Seite hin seine consequente Ausbildung erhalten hat, für welche die Oeffentlichkeit des Rechtstitels, dargestellt in der gerichtlichen Auflassung, das leitende Princip war, während das Recht an beweglichen Sachen hauptsächlich auf dem Besitze (der Gewere) beruhte und nur einen unvollkommenen processualischen Schutz des Eigenthums gewährte.

---

1) In der angegebenen Richtung, wenn auch von einem einseitigen Standpunkte aus, ist die Abhandlung von Stüve geschrieben: Wesen und Verfassung der Landgemeinden und des ländlichen Grundbesitzes in Niedersachsen und Westphalen. Jena, 1851.

Erst als sich seit dem 11. Jahrhundert in den aufblühenden Städten Handel und Gewerbe festsetzten und das selbständig gewordene Bürgerthum mit einem früher nicht gekanntem Reichthume an beweglicher Habe ausstatteten, machte auch in dieser Richtung, jedoch mehr auf dem Gebiete des Forderungsrechts als auf dem des Sachenrechts, der bestimmende Einfluß neuer Rechtsverhältnisse sich geltend. Der städtische Verkehr schuf sich die ihm gemäßen Rechtsformen, aber das Kapitalvermögen lehnte sich auch dann noch möglichst an den Grundbesitz an, indem es, sobald es dem Handel und Gewerbe entzogen war, regelmäßig als feste Rente auf Grundstücke radicirt wurde, und in den Städten nur insofern eine Aenderung eintrat, als der selbständige Werth der Gebäude in denselben einen neuen Gegenstand des Realcredits hervorrief. Hieran knüpften sich die Anfänge des deutschen Hypothekenwesens, dessen gesunde Entwicklung auf Grundlage der gerichtlichen Auflassung durch die Reception des römischen Rechts in so unheilvoller Weise unterbrochen worden ist. Erst die in neueren Hypothekenordnungen angebahnte Rückkehr zu dem altgermanischen Rechtsinstitute, welches sich nur an wenig Orten rein erhalten hatte, hat hier Abhülfe bringen können.

II. Ein großer Theil des Grundbesitzes lag während des Mittelalters in Gemeinschaft, sowohl der Bauernschaften und Gemeinden, als auch anderer genossenschaftlicher Vereine, der Markengenossenschaften, Ganerbschaften u. s. w. In einer solchen Gemeinschaft fanden sich dann selbständige Sonderrechte der einzelnen Genossen neben einander gestellt, welche von dem Recht der Gesamtheit zusammengehalten und bestimmt wurden, ohne in dasselbe aufzugehen. Dadurch wurden eigenthümliche Rechtsbildungen hervorgerufen, welche auf das Sachenrecht bezogen als Gesamteigenthum sich darstellen, und noch jetzt auf dem Gebiete des corporativen Lebens von Bedeutung sind, wenn auch die Gemeindegüter durch Auftheilungen und Separationen ihre frühere Natur meistens verloren haben, und

die Genossenschaften im Wechsel der Zeiten sowohl ihrem Zwecke als ihrer äußeren Erscheinung nach in sehr verschiedenartiger Gestaltung aufgetreten sind.

III. Ein anderer durchgreifender Unterschied für das Recht des Grundbesizes lag darin, ob dasselbe freies oder echtes Eigen war oder nach Hofrecht besessen wurde. Das Erstere, dem römischen *dominium* vergleichbar, stellte seinem Umfange und seiner Vertretung nach die freie Herrschaft über die Sache dar, und ließ, wenn auch der Einwirkung des Gemeinverbandes und später der Familie nicht entzogen, doch keine materielle Beschränkung des Rechtes zu, wie sie nachher in den Regalien hervortrat. — Freies Eigen, nach Volksrechte gewährt, konnte aber nur der Freie haben; dem Unfreien kam wohl auch ein selbständiges Recht an Grund und Boden zu: aber er baute denselben im Schutze des Herrn, beschränkt in der Verfügung und Benutzung und zu Diensten und Abgaben verpflichtet, aus denen Reallasten und Dienstbarkeiten verschiedenster Art hervorgingen.

Diese Rechtsverhältnisse des hörigen Bauernstandes, von jeher nach der Verschiedenheit der Stämme und des landwirthschaftlichen Betriebes sehr ungleich geartet, wurden nur immer krauser und mannichfaltiger, jemehr sie bei dem Zurücktreten der gemeinen Freiheit an dieser ihren bestimmten Gegensatz verloren. Freie Bauern sanken, wenn sie sich nicht dem Stande der Ritterschaft anzuschließen vermochten, sehr häufig in die Classe der Hörigen herunter; doch war es nicht immer eine Guts herrschaft, der sie unterworfen wurden. Die mildere, mehr politisch geartete Form der Herrschaft, welche sich in der Vogtei (*advocatia*) namentlich der geistlichen Stifter und der Landesherren ausbildete, löste oft nur die unmittelbare Beziehung zum Reiche und bereitete die spätere Landeshoheit vor. Aber auch die Vogtei erstreckte sich nicht bloß auf die Person, sondern machte auch den Grundbesitz abhängig und, wenn auch nur zum Zeichen der Gerichtsherrschaft, zinsbar, so daß staatsrechtliche und privatrechtliche

Institute, wie so oft im Mittelalter, in dem Sachenrechte vielfach zusammen trafen und sich in eigenthümlicher Weise vermischten.

Dieser ganze Rechtszustand auf dem platten Lande hat sich in neuerer Zeit wesentlich verändert. Der Aufhebung der Leibeigenschaft folgten die Ablösungsordnungen, und in manchen Ländern ist die neue Organisation der Gerichts- und Polizeiverwaltung sowie des Gemeindefwesens für das Recht des Grundbesizes von eben so großer Bedeutung wie die Ordnung der agrarischen Verhältnisse geworden.

IV. Findet sich im früheren Bauernrechte eine Abhängigkeit, welche die Freiheit ausschloß, so umfaßte dagegen das Lehenrecht die Dienstverhältnisse der Freien. Dasselbe hat freilich nie in dem Umfange wie bei den romanischen Völkern das deutsche Rechtswesen beherrscht, da in den alten Stammesigen der Nation das freie, allodiale Eigenthum sein Ansehen behauptete, und in den später germanisirten slavischen Ländern das Lehenwesen nur in sehr unvollkommener Weise ausgebildet ward. Doch hat sich für manche Landgüter daraus ein besonderes Recht entwickelt, welches noch geltend blieb, als die eigentliche Grundlage des ganzen Verhältnisses, die Lehenstreue und der Ritterdienst, durch die veränderten staatlichen Einrichtungen der neueren Zeit seine Bedeutung verloren hatte; auch hat für manche Institute des Adelsrechts, namentlich in Betreff der Erbfolge, das Lehenrecht einen Anhaltspunkt abgegeben und auf die spätere Gestaltung der Reichsverfassung, welche zuletzt freilich nur eine sehr lockere genossenschaftliche Vereinigung der Reichsstände unter der Direction des Kaisers darstellte, wesentlich eingewirkt.

V. Seit dem 13. Jahrhunderte entwickelte sich bei dem Verfall der kaiserlichen Macht in Deutschland eine selbständige Territorialgewalt, welche allmählich zur Landeshoheit und in neuester Zeit zur Souverainität erstarkte. Die in der Landeshoheit enthaltenen Rechte, von den Juristen als Regalien

aufgefaßt, wurden aber in verschiedener Weise ausgebehnt und führten zu manchen sehr erheblichen Beschränkungen des Eigenthumes am Grundbesitz. Nur die politisch berechtigten Classen der Bevölkerung, welche sich der Landesherrschaft gegenüber zur landständischen Corporation zusammengethan hatten, vermochten es häufig, diese fisciischen Uebergriffe von ihren Besitzungen fern zu halten, und, indem sie auch sonst ihr Interesse wahrzunehmen mußten, bildete sich namentlich für die Rittergüter ein bevorzugter Rechtszustand aus, in welchem ihnen im Wesentlichen die Rechte des alten freien Eigenthums bewahrt blieben. — Neuere Gesetzgebungen haben auch nach dieser Seite hin eine Ausgleichung eintreten lassen.

VI. Das Ständerecht der Ritterschaft wurde nicht allein unmittelbar für den Grundbesitz wirksam, sondern erfaßte auch die Familie, deren Ansehen namentlich auf der Erhaltung der Stammgüter beruhte. Als das eindringende römische Recht diese bedrohte, suchte man Hülfe in dem neugeschaffenen Institut des Familienfideicommisses. Noch weiter ging der hohe Adel, welcher sich kraft seiner Autonomie für die wichtigsten Beziehungen der Familie besondere Rechtsformen herzustellen mußte und dadurch sein Vermögensrecht eigenthümlich gestaltete. — Für diese Entwicklung des Adelsrechts bot das Beispruchsrecht der nächsten Erben, wie es sich im Mittelalter ausgebildet hatte, einen wichtigen Anhaltspunkt dar. In andern Kreisen verlor es dagegen seine frühere Bedeutung, indem die Erbgüter des Bürgerstandes immer mehr zurücktraten und im Uebrigen sich nur neben vielen andern den Verkehr beschränkenden Näherrechten auch die wegen Verwandtschaft hie und da in Geltung erhielten.

---

In der vorstehenden Uebersicht sind diejenigen Rechtsinstitute bezeichnet worden, welche im Mittelalter das Recht des Grundbesitzes beherrschten und auch gegenwärtig noch einen größeren

oder geringeren Einfluß auf dasselbe ausüben, während das Recht an beweglichen Sachen bei Weitem mehr dem römischen Rechte unterworfen worden ist. Eine Darstellung des deutschen Privatrechts hat nun die ursprünglichen leitenden Grundsätze jener Institute, insoweit sie nicht auf dem Gebiete des Staatsrechts liegen, aufzudecken und ihre Bedeutung in dem heutigen Rechtssysteme nachzuweisen. Dabei aber empfiehlt es sich, im dritten Bande die besonderen Institute des Adels- und Bauernrechts im Zusammenhange zu behandeln, indem es dadurch möglich gemacht wird, sowohl die allgemeineren Beziehungen zu dem früheren Ständewesen darzuthun als auch dem Landwirthschaftsrechte die ihm angehörigen Lehren zu überweisen.

## Erstes Kapitel.

### Begriff und Arten der Sachen.

#### §. 74.

##### Im Allgemeinen.

Unter Sache versteht man im juristischen Sprachgebrauche bald einen Rechtsstreit (causa), bald einen körperlichen Gegenstand, welcher dazu geeignet ist, der Herrschaft des Menschen unterworfen zu sein und einen Theil seines Vermögens zu bilden.<sup>1)</sup> In diesem letzteren Sinne, der hier allein in Betracht kommt, ist Sache (res) der Gegensatz von Person, so daß da, wo die Sklaverei verboten ist, der Mensch keine Sache sein kann.

Das Vermögen besteht jedoch nicht allein aus körperlichen Gegenständen; denn es bildet die äußere Rechtssphäre, welche der Mensch zur Befriedigung seiner Bedürfnisse unbedingt beherrscht,

1) J. Grimm, deutsche R. A. S. 491. — Pütter, die Lehre von dem Eigenthume S. 14 ff.

den Inbegriff aller Zuständigkeiten, welche ihm zu diesem Zwecke zu Theil geworden sind. Es gehören daher auch die Rechte, insofern sie mit den Sachen dieselbe Bestimmung haben, zu dem Vermögen, und zwar nicht allein die dinglichen, welche unmittelbar an einer Sache zustehen, sondern auch die persönlichen, welche bestimmte Personen zu einer Leistung verpflichten. Nach dem Vorgange des römischen Rechts hat man diese Vermögensrechte auch bei uns unkörperliche Sachen genannt.<sup>2)</sup> — Wenn man nun das Sachenrecht im engeren Sinne von dem Recht der Obligationen scheidet<sup>3)</sup>, so gehören in die Darstellung des ersteren nur diejenigen Rechte, welche als dingliche unmittelbar an der Sache zustehen. Diese werden auch Realrechte genannt; doch versteht man unter letzteren gewöhnlich nur solche Rechte (Gerechtigkeiten), welche activ mit einer Sache verknüpft sind.<sup>4)</sup>

Die Bedeutung, welche eine Sache für das Vermögen hat, bildet den Werth derselben, welcher Gebrauchswerth oder gemeiner Werth (Tauschwerth) ist. Der erstere bestimmt sich nach dem Nutzen, welchen die Sache ihrem Inhaber gewährt, und kommt namentlich bei Schätzungen, welche behufs einer Entschädigung z. B. im Fall der Enteignung angestellt werden, in Betracht. Der Tauschwerth stellt den

---

2) Baier. Landr. Th. II. Cap. 1. §. 9. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 2. — Oesterr. Geszb. §. 292. — Code civ. Art. 526. 529 — 30. — Phillips, Grundsätze I. §. 54. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 174. — Wächter, Handbuch II. §. 36.

3) Allgemein geschieht dieß freilich nicht; das österreichische Gesetzbuch z. B. unterscheidet dingliche und persönliche Sachenrechte und befaßt unter den letzteren die Forderungen.

4) Wächter, Handbuch II. S. 323 ff. — Derselbe, Erörterungen I. S. 113. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht I. §. 98. 223. 245—53. — Renaud, Lehrbuch I. §. 71. — Eine willkürliche Unterscheidung zwischen Realrecht und Realberechtigung (letztere soll die der Reallast entsprechende Befugniß sein) hat Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 347.

Werth einer Sache im Verhältniß zu anderen Gütern dar, und zwar für den Verkehr (Preis, Marktpreis) oder als Gegenstand der Leistung, wenn die Sache selbst nicht geliefert werden kann.<sup>5)</sup> — Für die Bestimmung des Werthes einer Sache giebt es unter den civilisirten Völkern einen allgemein gültigen Werthmesser: das Geld; hiervon später bei der Lehre von der Zahlung.

Obgleich nun die Sachen, als Vermögensbestandtheile, im Allgemeinen die gleiche rechtliche Bedeutung haben, so kommen doch einzelne Arten derselben vor, welche für das Recht von besonderem Interesse sind, indem gewisse Eigenschaften der Sachen, welche man als natürliche und rechtliche unterscheiden kann, und außerdem das Verhältniß, in welchem mehrere Sachen zu einander stehen, einen bestimmten Einfluß äußern. Eine Aufzählung einzelner Arten der Sachen nach diesen allerdings unvollkommenen Kategorien wird die Uebersicht erleichtern.

## §. 75.

### I. Natürliche Eigenschaften der Sachen.

Die natürlichen Eigenschaften der Sachen haben freilich nur ausnahmsweise eine rechtliche Bedeutung; aber die Fälle, in denen es stattfindet, sind von Wichtigkeit.

#### a. Unbewegliche und bewegliche Sachen.

In den älteren Rechtsquellen, welche nach dieser Unterscheidung das Sachen- und Erbrecht in zwei wesentlich verschiedene Theile zerfallen lassen, wird mit den Worten: fahrendes

---

<sup>5)</sup> Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 111—16. unterscheidet den gemeinen Werth einer Sache, den außerordentlichen Werth und den Werth der besonderen Vorliebe (*pretium affectionis*); das österr. Gesetzbuch §. 305. den ordentlichen oder gemeinen Preis und den außerordentlichen, welcher die besondere Vorliebe mit befaßt. Beide Gesetzbücher beziehen aber den Begriff auf den Gebrauchswerth, indem sie nur auf den Nutzen Rücksicht nehmen, und das Pr. A. L. R. a. a. O. §. 119. bloß die unschätzbaren Sachen als solche bezeichnet, deren Werth durch kein Verhältniß mit



und liegendes Gut das ganze Vermögen eines Menschen bezeichnet<sup>1)</sup>, und auch die neueren Gesetzgebungen heben, gleich dem römischen Rechte, diese Eintheilung besonders hervor<sup>2)</sup>; beide Begriffe sind aber in der natürlichen Beschaffenheit der Sachen begründet, je nachdem sie nämlich unbeschadet ihrer Substanz<sup>3)</sup> von einem Orte zum andern gebracht werden können, oder nicht.

Für die unbeweglichen Sachen hat das ältere Recht zahlreiche Bezeichnungen, welche theils gleichbedeutend sind, theils besondere Eigenschaften andeuten, vorzugsweise aber auf den ländlichen Grundbesitz bezogen werden.<sup>4)</sup> Auch Wohnungen wurden schon früh besonders bezeichnet<sup>5)</sup>, aber erst in den Städten bekamen sie allgemein eine selbständige Bedeutung<sup>6)</sup>, während sie ursprünglich nicht selten zu den be-

---

anderen im Verkehr befindlichen Sachen bestimmt werden kann. In der Regel soll bei Schätzungen nur auf den gemeinen oder ordentlichen Werth gesehen werden; s. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 117. 118. — Oesterr. Gesetzb. §. 306.

1) Sächf. Landr. B. I. Art. 31. §. 2. — Urkunde v. 1423. bei Horn, Leben Friedrich des Streitbaren S. 869. (Kraut, Grundriß §. 95. Nr. 1.) „Ire guter und habe varende und legende.“ Vgl. Wächter, Handbuch II. S. 210. Note 6. — In den Quellen der ersten Periode findet sich noch *Alode* (von *al* und *od*, *bonum*) in dieser Bedeutung, während es später den Gegensatz zum Lehngut bezeichnet. L. Bajuv. tit. II. cap. 1. §. 3. — J. Grimm, R. A. S. 492—93.

2) Baiern. Landr. Th. II. Tit. 1. §. 8. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 6. — Oesterr. Gesetzb. §. 293. — Am weitesten geht hierin der Code civil, welcher Art. 516. die allgemeine Regel aufstellt: *Tous les biens sont meubles ou immeubles*, und dann nach diesen Kategorien die verschiedenen Arten der Sachen, namentlich auch die Pertinenzqualität derselben abhandelt.

3) „Ihrer Beschaffenheit nach Form und Gehalt“, wie Wächter, Handbuch II. S. 210. dieß glücklich bezeichnet.

4) Land, Eigen, Erbe, *proprietas*, *hereditas*, und dann wieder *curtis*, *villa* u. s. w. J. Grimm, R. A. S. 492 ff. — Kraut, Grundriß §. 95. Nr. 1—45. — Lehre von den Erbverträgen I. S. 15.

5) *Sala*, der Herrenhof, *palatium*, die königliche Pfalz, *castrum* u. s. w.

6) Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 415. — Pauli, Abhandlungen aus dem Rübischen Rechte I. S. 25.

weglichen Sachen gerechnet wurden.<sup>7)</sup> Im heutigen Rechte wird jedes Gebäude, welches mit dem Grund und Boden, in der Absicht, daß es darauf bleiben soll, fest verbunden ist, als ein Immobile betrachtet, und ältere davon abweichende Rechtsanschauungen haben keine Geltung mehr.<sup>8)</sup>

Auch für die beweglichen Sachen kommen in den älteren Rechtsquellen sehr verschiedene Benennungen vor. Fahrniß, fahrende Habe ist die gewöhnliche Bezeichnung; doch werden besondere Vermögensmassen wieder besonders ausgeschieden, namentlich die Rade oder Gerade der Frau und das Heergewäte des Mannes.<sup>9)</sup> Der moderne Sprachgebrauch unterscheidet wieder Mobilienvermögen, baares Vermögen, Effecten, Möblien, Geräthschaften<sup>10)</sup> u. s. w.

Wenn sich nun aber im Allgemeinen die Eintheilung der Sachen in unbewegliche und bewegliche nach der natürlichen Beschaffenheit derselben richtet, so kommen doch Ausnahmen davon vor, welche in verschiedener Weise ihre Begründung finden.

1) Rücksichten mancher Art, namentlich der Wunsch, bei der erhöhten Bedeutung der fahrenden Habe denen, welchen bei Erbtheilungen nur ein Anspruch auf den Grundbesitz gegeben ist, ein weiteres Recht beizulegen, haben zuweilen dahin geführt, daß nach Gesetz oder Gewohnheit bewegliche Sachen zu den

7) Nach dem Sprüchwort: Was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß; s. Landbrauch zu Kirfeld bei Senckenberg, opusc. p. 69. Vgl. Sächf. Landr. B. II. Art. 76. §. 2. — Jüt. Lov. B. I. Cap. 6. §. 1.

8) Phillips, Grundsätze I. §. 55. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 143. Nr. IV. — Oesterr. Gesetzb. §. 297.

9) Sächf. Landr. B. I. Art. 22. §. 4. — Art. 31. §. 2. — B. III. Art. 76. §. 1. — Getriebenes und getragenes Gut (res mobiles und se moventes) Schwäb. Landr. (Wadernagel) Cap. 145. §. 11 ff. — Andere Ausdrücke, zum Theil mit speziellen Beziehungen, sind: reede Güter (bona promtiora), Hausrath, Ingedönte, Ristenpfand u. s. w. Vgl. Eichhorn, Einleitung §. 153. — Phillips, Grundsätze I. §. 56.

10) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 10—30. — Code civ. Art. 533—35. — Das österr. Gesetzbuch handelt hiervon bei den Vermächtnissen §. 674—80.

unbeweglichen gezählt werden.<sup>11)</sup> Doch gilt dieß immer nur für einzelne Verhältnisse und bedarf einer besonderen rechtlichen Begründung<sup>12)</sup>; wenn also in der heutigen Praxis gewisse Gesamtsachen, z. B. Bibliotheken und Waarenlager, wegen ihres Werthes und der Schwierigkeit des Transports in Beziehung auf Sicherheitsstellung den unbeweglichen Sachen gleich geachtet werden, so darf dieß in keiner Weise weiter ausgedehnt werden.<sup>13)</sup>

2) Von allgemeiner Wichtigkeit ist die Uebertragung der Eintheilung in bewegliche und unbewegliche Sachen auf die Vermögensrechte, welche man gerade zu diesem Behuf als unkörperliche Sachen bezeichnet hat. Nach der Natur des älteren deutschen Sachenrechts ist anzunehmen, daß alle dinglichen Rechte an Grundstücken, welche durch gerichtliche Auflassung bestellt wurden, den Immobilien gleich geachtet wurden, wogegen allerdings der Anspruch auf die einzelne fällig gewordene Leistung als Fahrniß erscheinen konnte.<sup>14)</sup> Doch findet in den älteren

---

11) Ryburger Graffschaftsrecht bei Bluntschli a. a. D. S. 417. „Item was och ein frow irem emänn zuobringt in heinstür wyß, es sig bar gelt oder sust varende hab, das sol ligend guot heißen und sin und nit varendts.“ — Altes Jülich. Landr. Art. 57. bei Lacomblet, Archiv I. 1. S. 143. — Aachener Statuten bei Ludolf, observat. III. in app. p. 585.

12) Mittermaier, Grundsätze I. §. 143. — Phillips, Grundsätze I. §. 55. — Ueber das s. g. Eisernvieh, wenn eine dauernde Verbindlichkeit zur Haltung eines Ruchviehs besteht, s. Grimm, R. A. S. 593. — Daß man, soweit die Privatwillkühr überhaupt zulässig ist, einzelne Rechtsgrundsätze von unbeweglichen Sachen auf bewegliche und umgekehrt übertragen kann, ist eine Sache für sich und hängt mit der im Text behandelten Ausnahme nicht zusammen. Darnach ist zu berichtigen, was Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 183. von einem allgemeinen Recht des s. g. Mobilificirens und Immobilificirens vorgebracht hat.

13) Glück, Pandecten-Commentar II. S. 471.

14) Rigisch, Ridderr. Art. 56. Lynse' und tegeden in den dörypen ys nene varende have und wat erdfaste und nagelfaste ys. — Frankf. Reformat. Th. II. Tit. 3. §. 1. — Nürnb. Reformat. Bl. 64b. Vgl. Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte I. S. 30 ff. — Wächter, Handbuch II. S. 226. Note 52. — Kraut, Grundriß §. 95.

Rechtsquellen keine Uebereinstimmung in dieser Beziehung statt.<sup>15)</sup> — Die neueren deutschen Gesetzbücher zählen unbedingt nur die mit einem Grundstück verbundenen Realrechte zu den Immobilien und fordern im Uebrigen für die Rechte eine besondere gesetzliche Begründung dieser Dualität<sup>16)</sup>; nach gemeinem Rechte ist sie aber allgemein auch für die selbständigen dinglichen Rechte an Grundstücken, z. B. den Nießbrauch, anzunehmen, während das Pfandrecht sich nach der Natur des Hauptrechts richtet.<sup>17)</sup> Alle übrigen Rechte werden unbedingt zu den beweglichen Sachen gerechnet<sup>18)</sup>, was jedoch, wenn keine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift darüber besteht, nur als eine Auslegungsregel für die Rechtsgeschäfte, und nicht als eine absolut leitende Norm gilt.<sup>19)</sup>

---

15) Extractus der Stadt- und Landgebräuch im Oberfürstenth. Hessen bei Senckenberg, Selecta jur. III. p. 282. — Phillips, Grundsätze I. §. 55. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 182.

16) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 8. „Wenn (aber) die Befugniß zur Ausübung eines Rechts mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden ist, so ist das Recht selbst als eine unbewegliche Sache anzusehen. — §. 9. Außerdem hat ein Recht die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache nur alsdann, wenn ihm dieselbe durch besondere Gesetze ausdrücklich beigelegt worden.“ — Oesterr. Gesetzb. §. 298. „Rechte werden den beweglichen Sachen beigezählt, wenn sie nicht mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden, oder durch die Landesverfassung für eine unbewegliche Sache erklärt sind.“

17) arg. L. 3. §. 15. D. de vi et vi arm. Vgl. Baier. Landr. Th. II. Cap. 1. §. 9. — Glüß; Pandecten-Commentar II. §. 174. — Thibaut, System I. §. 173. — Kierulff, Theorie I. S. 323. — Im Allgemeinen stimmt hiermit überein Code civ. Art. 526., vgl. jedoch Art. 529. a. G. — In Betreff des Pfandrechts enthält die Frankf. Reformation, Th. II. Tit. 3. §. 1. eine Ausnahme, indem sie „verpfändete Schulden“ allgemein zu den Immobilien rechnet; s. Souhay, Anmerkungen zu der Reformation I. S. 81.

18) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 7. — Oesterr. Gesetzb. §. 298. — Code civ. Art. 529. — Glüß a. a. D. — Phillips, Grundsätze I. §. 55. a. G.

19) Dieß erlebigt den von Wächter, Handbuch II. S. 226—27. erhobenen Einwand; vgl. oben Note 12.

## II. Vertretbare und unvertretbare Sachen.

Diese Eintheilung, welche sich nur auf die beweglichen Sachen bezieht, beruht darauf, ob es bei ihnen auf dasselbe Stück ankommt oder nur die Qualität und Quantität nach Zahl, Maaß oder Gewicht entscheidet. Der Begriff der vertretbaren oder fungiblen Sachen ist jedoch nur ein relativer, da auch bei ihnen unter Umständen die Individualität geltend gemacht werden kann; auch fällt derselbe nicht zusammen mit dem der verzehrbaren Sachen, deren Benutzung in dem vollständigen Verbrauche besteht<sup>20)</sup>, wenn diese letzteren auch meistens vertretbar sind.<sup>21)</sup>

## III. Theilbare und untheilbare Sachen.

Physisch theilbar ist jede Sache; wenn daher der Gegensatz von theilbaren und untheilbaren Sachen gemacht wird, so bezieht sich dieß nur auf die Art und Wirkung der Theilung. Einige Sachen nämlich können in der Art getheilt werden, daß nach der Zerlegung der Masse die einzelnen Stücke in ihrer früheren Beschaffenheit bestehen bleiben und nur ihrem körperlichen Gehalte nach vermindert sind. Dieß ist bei Grundstücken der Fall, deren Umfang nur durch willkürlich gezogene Grenzen bestimmt wird, und bis auf einen gewissen Grad bei Quantitäten und Gesamtsachen, z. B. Heerden. Im Gegensatze hiervon werden diejenigen Sachen untheilbar genannt, bei denen sich, nachdem sie zerlegt sind, der Begriff des Ganzen nicht im Theile wiederholt, und dahin gehören die meisten beweglichen Sachen. Doch läßt sich die Unterscheidung nur im Allgemeinen und nicht für jeden einzelnen Fall durchführen. Ein Zollstab z. B. kann möglicherweise in zwei gleiche Maaße zerlegt werden, ein Gebäude aber in Verbindung mit dem Boden, auf welchem es errichtet ist, wird in der Regel untheilbar sein.

20) Diese früher sehr verbreitete Verwechslung ist auch in die neueren Gesetzbücher übergegangen; s. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 120—21. — Deserr. Gesetzb. §. 301.

21) Ausführliche Erörterungen über diese Begriffe s. bei Wächter a. a. D. S. 227—31.

Dies Alles bezieht sich aber nur auf die physische Theilung; soll eine Gemeinschaft des Rechts an einer Sache bestellt werden, so kommen die einer physischen Theilung entgegenstehenden Hindernisse im Allgemeinen nicht in Betracht. Eine solche Rechtsgemeinschaft, wie bei dem römischen Miteigenthume, dem deutschen Gesamteigenthume, ist aber von der Theilung und beziehungsweise von der Untheilbarkeit der Sache sowohl wie des Rechtes verschieden. Mit allgemeinen Begriffsbestimmungen reicht man für diese Fragen, die zum Theil auf ganz verschiedenen Gebieten liegen, nicht aus; es bedarf vielmehr für die einzelnen Institute des Eigenthums, der Obligation u. s. w. besonderer Erörterungen.<sup>22)</sup> — Auch die Untheilbarkeit von Landgütern aus rechtlichen Gründen, z. B. in Folge einer Fideicommissstiftung oder wegen gesetzlicher Vorschrift, hat ihre selbständige Bedeutung.

## §. 76.

## II. Rechtliche Eigenschaften der Sachen.

Die hergebrachte Eintheilung der Sachen, je nachdem sie im Verkehre oder außer dem Verkehre sind, und in letzterer Beziehung wieder mit der besonderen Ausschcheidung der *res divini juris*, entspricht nicht mehr unserem heutigen Rechtswesen. Denn wenn es auch an sich eine Frage von großer praktischer Bedeutung ist, ob die freie Verfügung über eine Sache ganz ausgeschlossen oder doch beschränkt ist; so hängt die Beantwortung derselben von so vielen verschiedenen Umständen ab, welche mit dem ganzen modernen Staats- und Rechtsleben verknüpft sind, daß es unpassend erscheint, eine Menge ungleichartiger Rechtsregeln als Grund einer systematischen Eintheilung zusam-

22) Vgl. im Allgemeinen Wächter im Archiv für civ. Praxis XXVIII. S. 155—97. — Kierulff, Theorie I. S. 324 ff. — v. Savigny, Obligationenrecht I. S. 304 ff. — Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 41. bestimmt: „Eine Sache heißt untheilbar, wenn entweder Natur oder Gesetz der Absonderung ihrer Theile von einander entgegen stehen.“

menzufassen.<sup>1)</sup> Folgende Unterscheidungen werden hier genügen.

### I. Oeffentliche und Privatsachen.

Diese Eintheilung, welche besonders für das Recht der Grundstücke von Bedeutung ist, bezieht sich in ihrem heutigen Gebrauche zunächst auf die Person des Eigenthümers, je nachdem dieselbe eine Privatperson oder der Staat oder eine Gemeinde ist.

a. Die Staatsgüter. Sie befinden sich im Eigenthume des Staates, welcher mit ihnen oder ihrem Ertrage entweder unmittelbar seine Bedürfnisse bestreitet, oder sie, wenn auch mit gewissen Beschränkungen und gegen gewisse Abgaben, dem öffentlichen Gebrauche überläßt. Eine Unterart der Güter ersterer Art bilden die Kammergüter oder Domainen<sup>2)</sup>; für die dem Gebrauche überlassenen Sachen, zu denen die öffentlichen Flüsse, Landstraßen, Staatsseisenbahnen<sup>3)</sup> u. s. w. gehören, sind entweder allgemeine gesetzliche Vorschriften maßgebend oder die Lehre von den Regalien wirkt darauf bestimmend ein. Daß aber die im römischen Rechte gegebenen Privatrechtsmittel wegen Störung in der Benutzung<sup>4)</sup> jetzt ohne alle Geltung sind, läßt sich nicht behaupten; sie können namentlich in Beziehung auf die öffentlichen Gewässer bei der oft unvollkommenen Flusspolizei von Wichtigkeit sein, und wo der Kläger ein eigenes Interesse bei der Klage darthun kann, werden sie auch in der Praxis zugelassen.<sup>5)</sup> Gewöhnlich tritt gegenwärtig allerdings, wenn

1) Phillips, Grundsätze I. §. 54. — Wächter, Handbuch II. S. 280—87. — Kierulff, Theorie, I. S. 310—12. — Dagegen hat Maurerbrecher, Lehrbuch I. §. 174. die Eintheilung noch beibehalten, jedoch in einem von dem römischen Rechte abweichenden Sinne.

2) Ueber die Geschichte und die gegenwärtige Bedeutung der Domainen s. Meyßner in der Zeitschrift für deutsches Recht II. 1. S. 55—68. — Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht III. S. 25 ff.

3) Vgl. Meyßner a. a. O. XIII. S. 243—302.

4) Buchta, Pandecten §. 35. a.

5) Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des D. A. O.'s zu Cassel, II. S. 189—96.

die Staatsbehörden nicht von Amtswegen einschreiten, eine Beschwerde auf Beseitigung des Hindernisses ein.

Staatsgüter stehen nun an und für sich nicht außer dem Verkehr und sind nicht unveräußerlich; aber bei wichtigeren Veräußerungen, namentlich von Domanalgütern pflegen die Landesgesetze beschränkende Bestimmungen zu enthalten, und wo den Agnaten des Regierhauses das Recht der Zustimmung gebührt, muß dieses gewahrt werden. Ueber sein Privatvermögen (das Chatullgut) hat der Souverain wie jeder andere Eigenthümer die freie Verfügung.

b. Die Gemeindegüter. Auch hier unterscheidet man das eigentliche Gemeindegut (*patrimonium universitatis*), welches unmittelbar den Zwecken der Gemeinde dient, und die dem öffentlichen Gebrauche überlassenen Gemeindesachen. Außerdem kommt hier aber noch eine dritte Art des Vermögens in Betracht, wenn nämlich die Benutzung gewisser Gemeindegüter den einzelnen Mitgliedern der Corporation als selbständiges Recht zusteht. Die Betheiligten haben dann bei Veräußerungen solcher Gemeindegüter ihr bestimmtes Interesse wahrzunehmen; andere Beschränkungen in der Verfügung, namentlich die vorher einzuholende Genehmigung der vorgesetzten Staatsbehörden, hängen von der Gemeindeverfassung ab.

Auf gewisse Weise gehören auch die Kirchengüter hierher, welche regelmäßig im Eigenthume einer Kirche als juristischen Person stehen, während diese selbst wieder als fromme Anstalt einer Gemeinde zu dienen pflegt.<sup>6)</sup> Von den eigentlichen Kirchengütern sind aber die Pfarreigüter zu unterscheiden, sowie die selbständigen Rechte von Privatpersonen auf Kirchenstühle und Erbbegräbnisse.<sup>7)</sup> —

6) Vgl. im Allg. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, II. S. 765 ff.

7) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 11. §. 681. 772—856. — Haubold, Lehrbuch des Königl. Sächsischen Privatrechts §. 177—78.

Beseler, System II.



Inwiefern das Vermögen anderer juristischer Personen, welche nicht zu den Gemeinden gehören, als reines Privatgut oder wenigstens in gewisser Beziehung als öffentliches Gut zu betrachten ist, das hängt von der besonderen Stellung und dem Zweck der einzelnen Stiftungen und Genossenschaften ab. Namentlich die milden Stiftungen finden sich häufig in eine bestimmte Beziehung zu einer Gemeinde gesetzt.

c. Die Privatgüter. Bei diesen entscheidet der rein privatrechtliche Charakter des Eigenthums, wenn auch Beschränkungen in der Verfügung, z. B. bei Lehen- und Fideicommissgütern, nicht ausgeschlossen sind.

### II. Die herrenlosen Sachen (res nullius, adespota).

Eine Sache kann herrenlos, d. h. ohne Eigenthümer sein, weil sie zufällig noch keinen solchen gefunden oder wiedergefunden hat, oder weil sie ihrer Natur nach der Herrschaft des Menschen entzogen ist.<sup>8)</sup> Zu den Sachen der letzteren Art gehört z. B. die Luft, insofern nicht der Eigenthümer eines Grundstücks auch über die Luftsäule verfügen kann.<sup>9)</sup>

### III. Die befriedeten Sachen.

Gewisse Sachen sind unter einen erhöhten Rechtsschutz oder Frieden<sup>10)</sup> gestellt, so daß Verbrechen, die an ihnen begangen werden, z. B. Diebstahl an heiligen Gegenständen, an Ackergeräthen auf dem Felde, oder die innerhalb ihres Bezirkes vorkommen, z. B. in den Kirchen, den landesherrlichen Schlössern, den Börsen, eine besonders harte Strafe nach sich

8) Man pflegt wohl auch solche Sachen hieher zu zählen, deren Besitz den Privatpersonen aus polizeilichen Gründen verboten ist, s. Kierulff, Theorie, I. S. 311. — Wächter, Handbuch II. S. 281. Aber das ist doch ungenau, da außerhalb des Staatsgebietes der Inhaber sein Recht daran geltend machen kann, und der Staat selbst, welcher die Sache confiscirt, Eigenthümer derselben wird.

9) Der Begriff der herrenlosen Sachen ist von besonderer Wichtigkeit für die Lehre von den Regalien geworden; s. unten §. 92. Note 11.

10) S. oben Band 1. §. 61. Note 1.

ziehen.<sup>11)</sup> Nach germanischer Rechtsanschauung, die vor allen der Engländer noch werth hält (*my house is my castle*), steht die Wohnung, Haus und Hof, unter einem besonderen Frieden<sup>12)</sup>, und in neuerer Zeit erheischt es die öffentliche Sicherheit, Eisenbahnen, wie früher schon die Deiche, durch harte Strafandrohungen gegen Beschädigungen zu sichern.

### III. Verhältniß mehrerer Sachen zu einander.

#### §. 77.

##### a. Gesamtsachen.

Von den einzelnen Sachen, auch solchen, die aus verschiedenen Bestandtheilen zusammengesetzt sind (*res connexae*, z. B. ein Schiff, ein Haus), unterscheidet sich die Gesamtsache. Diese besteht aus einem Inbegriff an sich selbständiger, im Wesentlichen gleichartiger Sachen, welche zu einem bestimmten Zweck verbunden und mit einem gemeinsamen Namen bezeichnet, auch juristisch als eine Einheit, als Eine Sache betrachtet werden und als solche zum Gegenstande von Rechtsgeschäften gemacht werden können.<sup>1)</sup> In der Regel findet ein solches Verhältniß nur bei einer Mehrheit beweglicher Sachen statt; doch

11) Eichhorn, Einleitung §. 155. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 188. — Phillips, Grundsätze I. §. 54. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 188. — Das Detail der Lehre gehört ins Strafrecht.

12) Vgl. Cropp, in den criminalist. Beiträgen von Hudtwalcker und Trummer, II. 1. S. 16 - 18. — Albrecht, die Gewere S. 12. 13. — Pr. Strafgesetzbuch §. 214. 346. und dazu Weseler, Kommentar S. 403 - 5. 586.

1) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 32. „Mehrere besondere Sachen, die mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, machen einen Inbegriff von Sachen aus, und werden, zusammen genommen, als ein einzelnes Ganze betrachtet.“ — Oesterr. Gesetzbuch §. 302. „Ein Inbegriff von mehreren besondern Sachen, die als Eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesamtsache aus und wird als ein Ganzes betrachtet.“

kann auch ein Landgut, welches aus einem Gütercomplex von Aekern, Wiesen, Brüchen u. s. w. zu bestehen pflegt, als eine Gesamtsache aufgefaßt werden.<sup>2)</sup> — Davon verschieden ist aber der Begriff eines Vermögensganzen, wie Nachlaß, Mitgift, Errungenschaft, indem hier die Bedeutung der einzelnen, gewöhnlich nicht gleichartigen Stücke in ihrem Verhältniß zu einander zurücktritt, und nur die Identität des Rechtsverhältnisses eine rechtliche Einheit begründet.<sup>3)</sup>

1) Eine Gesamtsache in dem vorher angegebenen Sinn kann nicht beliebig durch Privatwillkühr geschaffen werden, vielmehr ist der Begriff auf die in der Uebung des Geschäftsverkehrs festgestellten Arten zu beschränken. Auch giebt der Collectivname für eine Mehrheit gleichartiger Sachen nicht allein den Ausschlag, sondern die einzelnen Stücke müssen durch ihre gemeinsame Bestimmung in das Ganze aufgehen, so daß sie in diesem Verhältnisse als fungible Sachen erscheinen. Die wichtigsten Arten solcher Gesamtsachen sind das Waarenlager, das Gutsinventar und die Viehheerde.<sup>4)</sup>

2) Der Wechsel der einzelnen Stücke hebt den Begriff der Gesamtsache nicht auf, und die Substanz derselben wird da-

2) Wächter, Handbuch II. S. 235. Note 5. Vgl. L. 30. D. fam. exercisc.

3) Wenn hier die *s. g. universitas facti* in einem bestimmten Sinne von der *universitas juris* genau unterschieden wird, so ist damit für die letztere die allgemeine Geltung der Regel: *Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*, welche von der neueren Theorie mit Recht verworfen worden, natürlich noch nicht behauptet. Doch ist schon hier darauf aufmerksam zu machen, daß für bestimmte deutschrechtliche Verhältnisse, z. B. bei Anschaffungen aus einem bestimmten Vermögenstheile der Ehegatten während der Ehe, jene Regel von eigenthümlicher Bedeutung ist; s. Kraut, die Vormundschaft, II. S. 341. Note 10. — Im Allgemeinen ist außer den bekannten Abhandlungen von Haffe, Warnkönig, Mühlensbruch zu vergleichen: Kierulff, Theorie I. S. 317 ff. — Wächter, Handbuch II. S. 235 ff. und Erörterungen I. S. 1 ff.

4) Kierulff a. a. D. S. 319. — Bornemann, systematische Darstellung des preuß. Civilrechts, I. S. 107.

durch nicht geändert. Daher verliert die ausgeschlossene Sache diejenige Eigenschaft, welche sie nur als Bestandtheil des Ganzen hatte, und die neu angeschaffte wird in dessen Rechtssphäre hineingezogen. Doch ist dabei vorauszusetzen, daß das Ausschließen und Einverleiben nach dem Bedürfnisse des Geschäftsbetriebes und überhaupt nach dem Zwecke des vorliegenden Rechtsverhältnisses geschieht.<sup>5)</sup> Auch können die Rechte dritter Personen durch die Handlung des Einverleibens nicht verletzt werden; die analoge Ausdehnung des Principis der *actio de tigno juncto* erscheint namentlich als unzulässig.<sup>6)</sup>

3) Die Gesamtsache ist als ein körperlicher Gegenstand und nicht bloß als ein Begriffsganzes zu betrachten; es ist daher nach deutschem Rechte die unmittelbare Erwerbung von Besitz und Eigenthum an derselben nicht ausgeschlossen.<sup>7)</sup>

## §. 78.

### b. Hauptfachen und Nebensachen.

Zwischen mehreren Sachen kann eine solche Beziehung bestehen, daß die Eine, die Hauptsache (*res principalis*), welche regelmäßig auch die werthvollere ist, als das selbständige Rechts-

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 36. „An den Befugnissen und Lasten eines Inbegriffs nehmen alle einzelne darunter begriffene und demselben in der Folge zuwachsende oder einverleibte Stücke Theil. — §. 37. Wenn aber ein einzelnes Stück im ordentlichen Laufe der Natur, oder der Geschäfte, von dem Ganzen abgefondert worden, so hört die Theilnehmung desselben an den Rechten und Lasten des Inbegriffs auf. — §. 38. Durch den Zutritt oder Abgang werden die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung des Ganzen nicht geändert.“ Vgl. v. Zeiller, Commentar über das österr. Gesetzbuch II. 1. S. 28.

6) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 39. „Auch gehen die besonderen Rechte und Lasten einer einzelnen Sache bloß durch die einseitige Handlung, vermöge welcher die Sache einem Inbegriffe einverleibt worden ist, noch nicht verloren.“

7) Bornemann a. a. D. Note 4. — Nach römischem Rechte ist dieß wohl anders, obgleich es doch auch die *vindication* direct auf das Ganze richten läßt; vgl. Wächter, Erörterungen I. S. 17 ff.

object erscheint, während die andere, die Nebensache (*accessio*), von jener abhängig ist und an den sie betreffenden Rechtsverhältnissen von selbst Theil nimmt. Unter den Nebensachen sind dann besonders die Früchte und die Zubehörungen hervorzuheben; die Verwendungen und die namentlich für das Lehenrecht so wichtigen Meliorationen mit dem Gegensatze der Deteriorationen werden durch die Natur der Rechtsverhältnisse, und nicht durch die Beziehungen der Sachen zu einander bestimmt.

#### a. Die Früchte.

Frucht im engeren Sinne ist das organische Erzeugniß einer Sache, welches dazu bestimmt ist, bei dem Wechsel der Individuen die Gattung fortzusetzen und zu erhalten. Im weiteren Sinne rechnet man aber auch andere organische Erzeugnisse, welchen jene Bestimmung abgeht, zu den Früchten, wie die Blätter des Baums, die Pflanzen der Erdoberfläche, Wolle, Milch u. s. w. In diesem Sinne ist Frucht der natürliche Ertrag einer Sache, mit Ausschluß des mit dem unmittelbaren Gebrauche verbundenen Nutzens, und das ist die gewöhnliche Bedeutung derselben in rechtlichen Verhältnissen.

Eine weitere Ausdehnung des Begriffs findet dann statt, wenn man von f. g. bürgerlichen Früchten (*fructus civiles* im Gegensatze der *fructus naturales*) spricht, und die Einkünfte, welche eine Sache in Folge besonderer Rechtsverhältnisse abwirft, — Pacht- und Miethzins, Grundzinsen, Zinsen aus Geld — darunter befaßt.<sup>1)</sup>

Als eine besondere Art der natürlichen Früchte werden noch die f. g. Industrialfrüchte hervorgehoben, welche nicht ausschließlich durch die innere Kraft der Sache selbst, sondern erst mit

---

1) Wenn Heimbach, die Lehre von der Frucht (Leipzig 1843) S. 29 ff. den Begriff der *fructus civiles* im römischen Rechte nicht anerkannt findet, so gilt das doch nur für die Benennung und nicht für die rechtliche Behandlung. Ähnlich verhält es sich nach dem älteren deutschen Rechte, welches aber überhaupt die Lehre von dem Fruchtterwerbe nicht an dem Begriff der Frucht, sondern an dem des Ertrags entwickelt.

Hülfe menschlicher Arbeit hervorgebracht werden. Diese Unterscheidung ist zwar für den Begriff an sich und nach der Entwicklung desselben im römischen Recht ohne Bedeutung; aber nach deutschem Rechte knüpften sich wichtige Folgen für die Lehre von dem Fruchterwerbe daran.<sup>2)</sup>

β. Die Zubehörungen.<sup>3)</sup>

Zubehörungen (res pertinentes) sind Sachen, welche, ohne einen integrierenden Theil einer andern Sache zu bilden und in dessen Substanz aufzugehen, doch mit derselben in eine solche Verbindung gebracht sind, daß sie ihr angehören und regelmäßig von den Rechtsvorschriften und Geschäften, welche sich auf die Hauptsache beziehen, mit erfaßt werden. Damit ein solches Verhältniß begründet werde, ist im Allgemeinen erforderlich, daß die Zubehörung zum Dienste der Hauptsache selbst bestimmt, auch wirklich auf die Dauer<sup>4)</sup> mit ihr verbunden worden ist. Dies kann aber natürlich in gültiger Weise nur von dem Eigenthümer der Nebensache geschehen<sup>5)</sup>, und wird, wenn

2) Heimbach a. a. D. S. 40—43. 270—82.; f. unten §. 87. Note 18.

3) Der Begriff der Zubehörungen ist schon im römischen Recht festgestellt, aber die erweiterte Einwirkung der Privatwillkühr nach deutscher Rechtsanschauung und die Eigenthümlichkeit der modernen Rechtsverhältnisse überhaupt lassen die römische Behandlung der Lehre als nicht ausreichend erscheinen. Daher tragen die Abhandlungen von Oesterding, alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 301—90. und von Funke, die Lehre von den Pertinenz. Chemnitz 1827, den Charakter der Einseitigkeit an sich. Die Ansichten der älteren Praktiker sind zusammengestellt bei Müller, promtuarium juris V. p. 330—38. Einige gute Notizen enthält C. F. Sommel, Pertinenz und Erbsonderegister. 5. Aufl. herausgegeben von G. L. Winkler. Leipzig 1794. Die beste Darstellung der Lehre findet sich bei Kierulff, Theorie I. S. 330—38, womit zu vergleichen Wächter, Handbuch II. §. 41. und Erörterungen I. S. 37 ff.

4) Als Regel ist dies festzuhalten, wenn auch mit einem gewissen Maaße. Gelten z. B. im Allgemeinen Pfähle als Zubehörungen eines Weinbergs, so wird es genügen, wenn solche nur überhaupt für einen bestimmten Weinberg verwendet und bei demselben gelassen sind, ohne daß es gerade auf die Absicht, sie stets da zu lassen, ankommt.

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 2. §. 60. 108.

nicht ganz besondere Umstände vorliegen, auch nur von demjenigen vorgenommen werden, welcher ein dauerndes Interesse an der Verbesserung der Hauptsache hat, also von dem Eigenthümer derselben. Für andere wird jedenfalls der Gesichtspunkt der Verwendungen (*impensae*) maßgebend sein.

Die Verbindung also der einen Sache mit der andern, wenn sie auch nicht nothwendig eine körperliche Vereinigung zu sein braucht, ist die allgemeine Voraussetzung der Pertinenzqualität; es muß aber, damit diese Eigenschaft begründet wird, noch ein anderer Umstand hinzukommen, der entweder in dem natürlichen Verhältniß der Sachen unter einander oder in einer bestimmten Rechtsregel oder in einer besonderen Willenserklärung des Eigenthümers enthalten sein kann. In dieser letzteren Beziehung stellt sich die Sache für die Theorie am Einfachsten, weil es dabei allein auf die Auslegung einer Handlung ankommt; auch die Rechtsregel, welche, wenn sie gesetzlich vorgeschrieben ist, eben die Bestimmung hat, Zweifel zu beseitigen, bietet keine weiteren Schwierigkeiten dar, — nur ist zu bemerken, daß sie im Allgemeinen der Privatwillkühr keinen Zwang auferlegt und daher nur eine Rechtsvermuthung für die Pertinenzqualität begründet.<sup>6)</sup> Soll diese aber allein nach der Natur des Verhältnisses begründet werden, so ist es allerdings oft schwierig, dieselbe mit juristischer Sicherheit festzustellen, da aus thatsächlichen Beziehungen, die sich nicht in der Form eines Rechtsgeschäftes geltend zu machen pflegen, die entscheidende Folgerung gezogen werden muß. Die lange Dauer der Verbindung, obgleich unter Umständen ein wichtiges Moment, kann nicht einmal als ein wesentliches Erforderniß angesehen werden und giebt auch allein nicht den Ausschlag. Landesgebrauch und Sitte, wenn auch nicht zum Gewohnheitsrecht befestigt, bieten oft den besten Anhalt für die Entscheidung; zuletzt aber kommt doch Alles

---

6) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 48—108. — Oesterr. Gesetzb. §. 294—97. — Code civ. Art. 524—25.

auf die Untersuchung des thatsächlichen Verhältnisses an, welches wieder in verschiedenen Combinationen hervortritt.

1) Bewegliche Sachen als Zubehörungen von Gebäuden. Dies ist der Fall, in welchem die Pertinenzqualität am Häufigsten zur Sprache kommt; man hat für denselben die allgemeine Regel gebildet: Alles, was erd= (band=), wand=, nied= und nagelfest ist, ist Zubehör des Gebäudes.<sup>7)</sup> Es gilt aber auch hier die Beschränkung, daß die gesetzliche Pertinenzqualität nur vermuthet wird, und also durch Privatwillkühr ausgeschlossen werden kann. Außerdem ist noch, der oben gegebenen Begriffsbestimmung gemäß, hervorzuheben, daß die Verbindung der Nebensache mit dem Gebäude zum Besten desselben, so daß sie jedem Besitzer zu Gute kommt, und nicht bloß zum besonderen Nutzen oder Vergnügen des Eigenthümers geschehen sein muß; die unzweifelhafte Willenserklärung des Bethelligten kann jedoch auch in dieser Beziehung die Pertinenzqualität über die gesetzliche Regel ausdehnen.<sup>8)</sup>

2) Bewegliche Sachen als Zubehörungen von Landgütern. Das ältere deutsche Recht kennt namentlich das Gutsinventar als Zubehör von Landgütern<sup>9)</sup>, und auch die neueren Gesetz=

7) Goslar. Statuten (Görschen) S. 26. 3. 23. — Nürnberg. Reformation Th. II. Tit. 16. Ges. 6. — Frankf. Reform. Th. II. Tit. 3. §. 19. — Lüneburg. Stadtr. Th. II. Tit. 3. (Puffendorf, observat. jur. IV. in app. p. 661.) — Pr. A. L. N. Th. I. Tit. 2. §. 80. — Oesterr. Gesetzb. §. 297. — In der Frankf. Reformation a. a. D. sind außerdem alle ein Grundstück betreffenden Documente zu dessen Zubehörungen gezählt, — ein Rechtsfag, der sich auch für Landgüter findet, z. B. nach der ritterschaftlichen Hypothekenordnung für Mecklenburg in Betreff der Hypothekenbücher. S. Beseler in der Zeitschr. für deutsches Recht X. S. 129. und im Allg. S. Stryk. de probatione pertinentiarum in opp. vol. VI. diss. III. cap. 1. Nr. 73. 74. — Hommel, Pertinenz- und Absonderungsregister s. v. Urkunde S. 388.

8) Pr. A. L. N. a. a. D. §. 81. — S. Stryk. l. c. Nr. 76. — Hommel a. a. D. Einleitung §. 13. — Glück, Pandecten-Commentar II. S. 473. ff.

9) Die Beweisstellen sind abgedruckt: Lehre von den Erbverträgen I. S. 29. Note 19. 20. — S. 164—66. Note 21—28.



gebungen fassen dieß Verhältniß als die Regel auf.<sup>10)</sup> Allein nach heutigem gemeinen Rechte ist die Vermuthung für die Pertinenzqualität des Gutsinventars nicht begründet, wenn dieselbe auch vertragsmäßig oder letztwillig oft festgestellt wird.<sup>11)</sup>

3) Gebäude als Zubehörungen von Landgütern oder einzelnen Grundstücken, z. B. das Gartenhaus in einem Garten. Doch ist hier der Fall der superficies auszuscheiden.

4) Grundstücke als Zubehörungen von Gebäuden, z. B. der Hofplatz, Garten.

5) Grundstücke als Zubehörungen von Landgütern. Dieß Verhältniß, an sich schon schwierig, ist durch die Theorie noch mehr verwirrt worden. Man hat nämlich den Fall hieher gezogen, wenn von den nach gesetzlicher Vorschrift untheilbaren Bauerngütern einzelne Grundstücke ungültig veräußert sind, zu deren Wiedererlangung die s. g. Reunionsklage zusteht.<sup>12)</sup> Allein das hier zur Anwendung kommende Princip der Untheilbarkeit wirkt allgemein und erfaßt sämtliche zur geschlossenen Hofe gehörenden Grundstücke, welche regelmäßig als integrierende Bestandtheile derselben erscheinen<sup>13)</sup>, so daß, wenn man denselben in diesem Fall allgemein eine Pertinenzqualität beilegt, ein ganz

10) Destr. Gesetzb. §. 296. „Auch das Getreide, das Holz, das Viehfutter und alle übrige, obgleich schon eingebrachte Erzeugnisse, so wie alles Vieh und alle zu einem liegenden Gute gehörige Werkzeuge und Geräthschaften werden in so fern für unbewegliche Sachen gehalten, als sie zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind.“ Vgl. von Zeiller, Commentar zu dieser Stelle. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 48—63.

11) Zu weit geht für das gemeine Recht Heyne in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 907 ff.

12) Runde, Grundzüge §. 258. — Hagemann, Landwirtschaftsrecht §. 159. 160. — Eichhorn, Einleitung §. 154. — Phillips, Grundzüge I. §. 57. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 187. 222. — Gerber, System §. 59.

13) Daher heißt es auch in der Hildesheim. Dienstordnung von 1733. §. 38. (Kraut, Grundriß §. 97. Nr. 6.) „Die partes integrantes derer dienstpflichtigen Höfe, so — ohne Dienst- und Gutsherrn-

neuer Begriff mit selbständigen Wirkungen darunter verstanden wird.<sup>14)</sup> Pertinenzen in diesem Sinne sind nämlich solche Grundstücke, welche zu einem Landgute als dessen Bestandtheile gehören und von demselben nicht abgelöst und veräußert werden können, — im Gegensatze zu den s. g. walzenden Grundstücken oder dem fliegenden Lande, welche einer solchen Beschränkung nicht unterworfen sind.

Diese Lehre ist bei dem Recht der Bauerngüter abzuhandeln; hier ist nur der Fall in Betracht zu ziehen, wenn Grundstücke als Zubehörungen von Landgütern vorkommen, ohne einen integrierenden Bestandtheil derselben zu bilden, — also in dem oben aufgestellten technischen Sinne des Wortes. Häufig ist dieß nun eben nicht; es kann aber doch geschehen, daß einzelne Grundstücke mit einem Hauptgute auf die Dauer verbunden sind und zu dessen Besten bewirthschaftet werden, ohne gerade als Theile demselben incorporirt zu sein. Ein solches Verhältniß findet meistens bei weniger bedeutenden, von dem Hauptgut getrennt liegenden Ländereien statt, besonders wenn sie zu einem bestimmten Zwecke, der Weide, Beholzung u. dgl. demselben dienen, und gerade auf diese Gemeinschaft der Oekonomie ist außer der Thatfache der Vereinigung ein besonderes Gewicht zu legen, wenn die Pertinenzqualität festgestellt werden soll.

---

Konfens davon abgespliffen, verfest, zum Brauttschag mitgegeben, oder sonst auf andere Weise getrennet sind, sollen den Höfen, wozu sie gehören, wieder beigelegt werden“.

14) Particularrechte haben diesen Sprachgebrauch allerdings angenommen; s. z. B. das sursächsische Generale vom 14. Oct. 1799, die neue Instruction für die Steuerevisoren betreffend. §. 28. (Schaffrath, C. S. I. S. 1319.) „Unter Pertinenz = Stücken werden nach der Steuer-Verfassung diejenigen verstanden, die ao. 1628 unter dem vollen Schock-Quanto eines Gutes oder Hauses, in einer ungetrennten Schock = Summe mit verschagt worden sind, dagegen diejenigen einzelnen Grundstücken an Aekern, Wiesen, Hölzern u. s. w., die in ermelbetem Jahre mit ihren eignen besonderen Schocken in Ansatz stehen, oder erst nachher einzeln beschodt worden sind, für walzende Grundstücken geachtet werden.“ Vgl. Hausbold, Lehrbuch §. 174. —

Für die Herstellung des Beweises sind die gewöhnlichen Beweismittel des gemeinen Rechts zulässig; vorzugsweise kommen aber dabei doch die Urkunden in Betracht. Bei Rittergütern sind namentlich die alten Ritterrollen und Matrikel nebst den Steuerregistern, bei den Bauerngütern die gutherrlichen Heberollen, die Urbarien, Erb-, Lager-, Saalbücher u. s. w. von besonderer Wichtigkeit.<sup>15)</sup> Wo das Hypothekenwesen im Sinne der modernen Auffassung auf Grund der öffentlichen Bücher consequent geordnet und namentlich durch eine genaue Gutsbeschreibung oder durch Eintragung als Verlassung zu Eigenthum das Object der Hypotheken gehörig bestimmt ist, pflegen auch diese Verhältnisse offiziell festgestellt zu sein.<sup>16)</sup>

6) Realrechte als Zubehörungen von Grundstücken. Sie kommen sowohl bei städtischen als auch bei ländlichen Grundstücken vor. Wenn bei letzteren der Ertrag der Realrechte, z. B. der Weide, Beholzung, Sand- und Steinfuhren unmittelbar zum Besten des Gutes bestimmt ist, so kommen sie dem Gegenstande nach mit den verwandten Prädialservituten des römischen Rechts überein; meistens erscheinen solche deutschrechtliche Realrechte aber als die Ausflüsse bestimmter guts- und gemeinde-rechtlicher Verhältnisse, und müssen nach den Rechtsgrundsätzen,

---

15) Die oben Note 12. angeführten Schriftsteller handeln weitläufig über die einzelnen Beweismittel; die letzte Entscheidung bleibt immer im einzelnen Fall dem richterlichen Ermessen überlassen. — Ueber die nach der Art der Abfassung zu beurtheilende Beweiskraft der Saal- und Lagerbücher. s. Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 86. — v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen I. Nr. 14. — V. Nr. 38. — Meyser, Privat. I. §. 242. — Wächter, Handbuch II. §. 55-59. — Erörterungen I. Nr. 7. — (Meyser) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Tübingen. Heilbronn 1846. — Seuffert, Archiv I. Nr. 290. 291. — Striippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des D. A. G.'s zu Cassel I. S. 708—18.

16) S. z. B. rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung für Mecklenburg-Schwerin vom 18. Oct. 1848. §. 1. 2. R. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 55. 155—59. 169.

welche für diese gelten, beurtheilt werden.<sup>17)</sup> — Bei städtischen Grundstücken sind namentlich Gewerbsprivilegien als Realrechte gebräuchlich.<sup>18)</sup>

7) Bewegliche Sachen als Zubehörungen von anderen beweglichen Sachen. Der wichtigste hieher gehörige Fall ist das Schiffsinventar, welches ähnlich wie das Inventar einer Fabrik zu beurtheilen ist, so wenig aber wie das Gutsinventar nach gemeinem Rechte die gesetzliche Vermuthung einer Pertinenzqualität für sich hat. Es finden sich auch noch andere Beispiele, z. B. der Schlüssel als Zubehörung eines Schrankes; sie sind im Ganzen aber nur von untergeordneter Bedeutung.<sup>19)</sup>

---

## Zweites Kapitel.

### Der Besitz.

#### §. 79.

##### Die Gewere.

In den älteren deutschen Rechtsquellen kommt das Wort *vestitura* in dem Sinne vor, daß es die Einkleidung oder Einweisung in den Besitz eines Grundstückes als Folge der Auflassung bedeutet; die althochdeutsche wörtliche Uebersetzung eines Capitulare hat dafür die Bezeichnung *geuweri*.<sup>1)</sup> *Vestitura*

---

17) Vgl. Juristische Abhandlungen und Rechtsfälle von Ortloff, C. M. C. Heimbach, G. E. Schüler und C. J. Guyet. I. Nr. 5. 6. S. 223 ff. und unten §. 84.

18) Ueber den Beweis s. S. Stryk. l. c. cap. 2. Nr. 114—16. — Seuffert, Archiv IV. Nr. 7.

19) Wächter, Handbuch II. S. 256—57. — Sehr weit gehende Bestimmungen hat das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 91. 96—101.

1) Capit. Aquisgr. V. ai 819. (nach Perz 817.) cap. 6. bei Pertz. L. L. I. p. 211. und die Uebers. ebendaf. und bei Walter II. app. I. —

bedeutet aber auch in gleichzeitigen Quellen den Besitz selbst, sowohl schlechtthin als auch mit der bestimmten Bedeutung der Rechtmäßigkeit desselben.<sup>2)</sup> Dieser Sprachgebrauch klingt noch bis ins 12. Jahrhundert nach<sup>3)</sup>, und hat sich in der deutschen Rechtsprache des späteren Mittelalters in der *Gewere* zu einem bestimmten technischen Ausdruck festgestellt. Abgesehen nämlich von der *Gewere* oder *Were* im Sinne von Haus und Hof, welche nicht hieher gehört, wenn auch eine Verwandtschaft der Begriffe nicht zu verkennen ist<sup>4)</sup>, sind folgende Bedeutungen des Wortes zu bemerken.

I. Die *Gewere* ist das factische Innehaben einer Sache, Gewahrsam, Detention, ohne Rücksicht auf die Absicht und den Rechtstitel des Besitzers.<sup>5)</sup> Daher die nähere Bezeichnung:

Wegen der Ableitung des Wortes *geweri* von *werjan*, Goth. *vasjan* — *vestire* s. J. Grimm, *N. A.* S. 355—56. 602. und über die Bedeutung überhaupt: Lehre von den Erbvertr. I. S. 22 ff. — In einem verwandten Sinne wird *vestitura* auch als Bekleidung eines Landguts, Gutsinventar gebraucht; s. a. a. D. S. 29.

2) Capit. Aquisgr. VII. cap. 2. (Pertz I. c. p. 217.) *Volumus autem ut de his libertatibus et rebus reddendis quae in nostra vestitura sunt, primo per optimos quosque inquiratur* — Capit. ai 819. cap. 6. (Pertz I. c. p. 227.) *Vestitura domni et genitoris nostri eo modo volumus ut teneatur, ubicumque esse dicitur, ut prius diligentissima investigatione perquiratur. Et si invenitur esse justa et legitima, tunc vestitura dicatur; nam aliter ne vestitura nominari debet, sive sit in ecclesiasticis sive in palatinis rebus.* — Capit. Aquisgr. V. cap. 20. (Pertz I. c. p. 213.) — Capit. Caroli II. ai 853. cap. 3. (I. c. p. 419.) — ai 873. cap. 8. (I. c. p. 520.). Vgl. Lehre von den Erbvertr. I. S. 37 Note 44. — Gaupp in der Zeitschrift für deutsches Recht I. 1. S. 98.

3) *Sententia Cuonradi R.* ai 1149. (Pertz I. c. II. p. 565.) — II. F. 2. pr. *Investitura proprie dicitur possessio, abusivo autem modo etc.* Vgl. Eichhorn, Einleitung §. 207. — Albrecht, *Gewere* S. 67. Note 134.

4) Mit der *Were* in dieser Bedeutung hängt die Bezeichnung: *Kinder in der Were*, Absonderung aus der *Were* zusammen; s. Groy in den *criminalist. Beitr.* II. 1. S. 16 ff. — Albrecht a. a. D. S. 12 ff. — Homeyer, *Register zum Sachsensp.* I. S. 327. —

5) *Sächf. Lehenr. Art.* 62. §. 1. *Nieman ne mach sine herren gut*

hebende Gewere<sup>6)</sup>, während die ledigliche Gewere den freien, ungebundenen Besitz, die gemeine Gewere aber bald die gemeinsame Gewere Mehrerer an derselben Sache, bald den Besitz ohne Rücksicht auf den Titel, namentlich im Gegensatz zur Lehensgewere bedeutet.<sup>7)</sup>

II. Eine Gewere wird aber nicht bloß demjenigen beigelegt, welcher eine Sache in Gewahrsam hat, sondern auch demjenigen, der ein selbständiges Recht auf die Sache selbst in Anspruch nimmt. In der ursprünglichen Auffassung war dieß ein Recht auf den Besitz der Sache, und so stellen es noch die Rechtsbücher, (namentlich der Sachsenspiegel regelmäßig dar.<sup>8)</sup> Aber das Besitzrecht, welches als Gewere bezeichnet wird, ist kein bloß formelles: es setzt ein selbständiges Recht an der Sache voraus, um überhaupt begründet zu sein und die in dem be-

mit der gewere untvören des ammechtman he is, of he't eme to lene seget, went ime sin herre al sin gut in sine gewere bevolen hevet. — Sächf. Landr. B. II. Art. 24. §. 1. Man ne sal niemanne ut sinen geweren wifen von gerichtes halven, al si he dar mit unrechte ankomen, man ne breke si eme mit rechter klage. Vgl. Albrecht a. a. D. 3 ff. — Homeyer a. a. D. S. 328.

6) Nichtsteig Landr. Cap. 26. (Unger S. 47. Z. 10.) — Nichtsteig Lehent. Art. 15. §. 8. — Art. 29. §. 7. — Bremer Statuten von 1303. Ord. 6. bei Delrichs S. 70. — Dithmarsches Landr. von 1567. Art. 100. und die verwandten Schleswigschen Statuten. Vgl. Falck, Handbuch des Schleswig-Holstein. Privatrechts IV. S. 46.

7) Albrecht a. a. D. S. 7. nimmt die ledigliche und die gemeine Gewere für gleichbedeutend mit der habenden; s. aber über die erstere Eichhorn, Et. und R. G. II. §. 355. — Cropp a. a. D. II. 1. S. 237. — Homeyer Sachsensp. II. 2. S. 404. und über die gemeine Gewere Sächf. Lehent. Art. 35. §. 2. — 38. §. 2. Vgl. Gaupp in der Zeitschr. für deutsches Recht I. 1. S. 104. — Homeyer a. a. D. S. 606.

8) Homeyer a. a. D. S. 402 ff. 420 ff. Die von Kraut, die Vormundschaft II. S. 348 ff. gegen Homeyer erhobenen Einwendungen treffen doch dessen Ausführungen im Allgemeinen nicht, wenn dieselben auch, selbst für den Sachsenspiegel, nicht ohne Beschränkungen anzuerkennen sind, wie schon der Begriff der rechten Gewere darthut. Vgl. Sandhaas, germanistische Abhandlungen (Gießen 1852) S. 92 ff.

treffenden Rechtsverhältnisse enthaltenen Vortheile zu gewähren, und so rechtfertigt es sich, daß die Gewere, wenn sie einem modernen Rechtsbegriff verglichen werden soll, als dingliches Recht bezeichnet wird.<sup>9)</sup> In diesem Sinne befaßt sie aber jedes unmittelbar an der Sache zustehende dingliche Recht, — also das Recht des freien Eigenthümers<sup>10)</sup>, des Vasallen<sup>11)</sup>, des Rentengläubigers<sup>12)</sup>, des Pfandgläubigers<sup>13)</sup>, so daß mehrere Geweren an derselben Sache, insofern sie sich nicht geradezu ausschließen, neben einander bestehen können.<sup>14)</sup>

III. Die rechte Gewere. Wer einem Anderen eine Sache zu Eigenthum übertragen, oder überhaupt ein dingliches Recht daran bestellt hatte, der mußte ihm dieses gewähren, d. h.

9) Gaupp a. a. D. §. 105 ff. — Lehre von den Erbvertr. I. §. 69. Note 1. — Albrecht a. a. D. §. 24 ff. bezeichnet die hier behandelte s. g. juristische Gewere als ein von dem dinglichen Recht verschiedenes, mit einer dinglichen Klage geschütztes Rechtsverhältniß.

10) Sächf. Landr. B. II. Art. 44. §. 3. Eve so an sine lene, oder an liggedinge siner muder oder nichtelen ime egen seget, he mut die egenlike gewere mit ses scepenbaren vrien mannen getugen, oder ime wirt dar burft an.

11) Sächf. Lehenr. Art. 39. §. 3. Of en man enem anderen gut uplet vor sine herren, tohant so hevet he die gewere an'ne gude, die des erren mannes was die't lit. — Schwäb. Lehenr. (Läßberg) Cap. 77. Ob der herre dem man sin guot vertheilt mit unrechte, da der man niut zegegen ist, und den elager wifet uf daz guot, und im die gewer antwiurket, daz schadet jenem niut, er habe sine gewer siur sich. — Lehnesgewer heißt übrigens auch die Gewere des Lehensherrn, s. Sächf. Lehenr. Art. 38. §. 2. und überhaupt Albrecht a. a. D. Note 25. und 828. — Homeyer a. a. D. §. 385.

12) Hamburg. Statuten von 1270. (Lappenberg) B. II. Art. 1. — De den erwehyns in siner were heft —. — Schöffennurth. in (Böhme) diplom. Beitr. VI. §. 119. — Goslar. Statuten (Götschen) §. 25. 3. 31 ff. — dat ik dit eghen oder dit ghelt (oder wat he an deme gude hevet —) hebbe in mine were ghebracht —. Vgl. Albrecht a. a. D. §. 18.

13) Magdeb. Fragen I. 6, 8. (Kraut, Grundriß §. 139. Nr. 37.) Wirt einem ein erbe vor Gericht gesagt, der hat eine rechte gewere daran (ob jener, der es sezt, nu wol blib in dem erbe).

14) Eichhorn, Einleitung §. 156. — Albrecht a. a. D. §. 126 ff.

im Fall der Anfechtung die Rechtsbeständigkeit der Uebertragung vertreten.<sup>15)</sup> Für bewegliche Sachen machte sich dieß Princip processualisch in der Berufung des Beklagten auf seinen Vormann (Gewährsmann) geltend, gegen welchen sich dann der Proceß wendete<sup>16)</sup>; bei Grundstücken dagegen ward derselbe direct gegen den Besitzer geführt, dem nur seine Entschädigungsansprüche gegen seinen Autor vorbehalten blieben. Allein hier trat nun eine wichtige Modification jenes Princip's ein. Wer eine auf einem genügenden Rechtstitel beruhende Gewere an einem Grundstücke Jahr und Tag unbesprochen gehabt hatte, der gewann dadurch die rechte Gewere und war gegen jede mit seinem Recht unvereinbare Ansprache, welche aus der Zeit vor dem Erwerbe herstammte, geschützt.<sup>17)</sup>

Insofern die Gewere sich als ein Recht darstellt, wird sie, soweit es zum Verständniß des heutigen Rechtssystems nöthig erscheint, in der Lehre von dem Eigenthume und den dinglichen Rechten erörtert werden<sup>18)</sup>; hier kommt nur zur Erwägung,

15) Die Gewähr (warandia, Guarantie) ist von wern abzuleiten, ahd. wëren, wovon die gothische Form vairan lauten mußte, s. Grimm, R. A. S. 602—3. Zwischen diesen und den oben Note 1. angegebenen Formen finde ich keinen Zusammenhang; a. M. ist Gaupp a. a. D. S. 97.

16) Eichhorn, St. und R. G. I. §. 59 a. — Einleitung §. 170.

17) Sächf. Landr. B. III. Art. 83. §. 2. Svie en gut liet ober let enem anderen, die saß is im geweren-jar unde dach. — B. II. Art. 42. §. 2. — 44. §. 1. — Svelk gut en man in geweren hevet jar unde dach ane rechte webersprake, die hevet dar an ene rechte gewere. — Vgl. Albrecht a. a. D. §. 13. — Homeyer, Sachsenp. II. 2. S. 410 ff. — Planck in der Zeitschr. für deutsches Recht. X. S. 278 ff. — Brakenhöft, ebendaf. III. S. 11 ff. will außer der factischen Gewere nur diese rechte Gewere gelten lassen, wogegen Homeyer a. a. D. S. 424. — Ueber die der rechten Gewere entsprechende Lovhaevd der skandinavischen Rechte s. Paulsen, Lehrbuch §. 63.

18) Wenn Albrecht in seiner berühmten Monographie die Gewere als die Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts bezeichnet, so ist das ein ungenauer Ausdruck, welcher leicht zu Mißverständnissen führt. Unter Beseher, System II.



welche rechtliche Wirkung mit der Gewere als dem factischen Innehaben einer Sache verbunden war.

Sieht man nun von der thatsächlichen Herrschaft über die Sache ab, welche das Wesen des Besitzes überhaupt ausmacht, so war es namentlich der Schutz gegen Gewalt, der jeder Gewere zu Theil ward. Es ist dieß das allgemeine Verbot der Selbsthülfe<sup>19)</sup>, welches in den Rechtsquellen mit besonderem Nachdruck für Besitzstreitigkeiten hervorgehoben wird<sup>20)</sup>, und in seiner weiteren Ausbildung, ohne Rücksicht auf die Strafen des Friedbruchs und der Vergewaltigung so wie auf Schadensersatz, zu den possessorischnen Rechtsmitteln führen mußte. Auch finden sich in späteren Gesetzen Spuren derselben vor<sup>21)</sup>; im Allge-

Gewere werden freilich die verschiedenen factischen und rechtlichen Beziehungen zu einer Sache verstanden, aber für die letzteren wird diese Bezeichnung doch nicht ausschließlich gebraucht, da auch das Eigenthum und für das Recht an der Sache diese selbst genannt werden: Eigen für Eigenthum, Lehen für vasallitisches Recht u. s. w., s. Homeyer a. a. D. S. 424. Vor Allem kommt aber in Betracht, daß die leitenden Principien in dem Institut der Gewere nicht enthalten sind, sondern demselben anderswoher zukommen. Die gerichtliche Auffassung ist das Rechtsinstitut, welches das deutsche Sachenrecht in Betreff des Grundbesitzes beherrscht, — das Knochengeriiste, um welches sich das System angelegt hat. Die consequente Ausbildung, welche die gerichtliche Auffassung im deutschen Rechte erfahren hat, gewährt die Möglichkeit, feste Rechtsprincipien nachzuweisen, welche ganz selbständig dastehen, und namentlich von dem nicht immer scharf umgrenzten Begriff der Gewere unabhängig sind. Die richtige Einsicht in diese ganze Lehre verdankt aber die Wissenschaft vor Allem dem Werke Albrecht's.

19) *Constitutio Friderici I. de pace tenenda* ai 1156. cap. 6. 7. (Pertz L. L. II. p. 102.) — *Constitutio pacis Friderici II.* ai 1235. cap. 5. (l. c. p. 314.) — Schwäb. Landr. (Lafberg) Cap. 309. Swez sich der man underwindet mit unrechte, und im daz vor gerichte angewinnen wirt. daz sol er dem clager und dem richte buezen.

20) *Treuga Heinrici R.* ai 1230. cap. 11. (l. c. p. 267.) *Nullus a possessione rerum quas possidet ejicietur, nisi possessio ab eo in judicio evincatur.* — Sächf. Landr. B. II. Art. 24. §. 1. s. oben Note 5. — Schwäb. Landr. (Lafberg) Cap. 191. — Albrecht a. a. D. S. 14. — Bruns, das Recht des Besitzes S. 324—25.

21) *Constitutio pacis gen. Rudolphi R.* ai 1281. cap. 4. (Pertz

meinen aber war nach dem germanischen, wie auch nach dem älteren römischen Rechte zum Schutze des Besitzes keine reine Besitzklage gegeben, und man kannte keine Zerlegung des Eigenthumsprocesses in ein *possessorium* und *petitorium*.<sup>22)</sup>

Dagegen führte die Gewere andere sehr wichtige processualische Vortheile mit sich, welche auf der Eigenthümlichkeit des deutschen Beweisverfahrens beruhten. Nach der Natur der Beweismittel wurde nämlich die Beweisführung als ein Recht und nicht als eine Last angesehen, der Besitzer aber als der Angegriffene kam in der Regel zuerst zum Beweise. Das Nähere hing dann wieder von der besonderen Stellung der Parteien und der Beschaffenheit des Besitzes ab.<sup>23)</sup>

\* \* \* §. 80.

Das heutige Recht.

Vergleicht man das System der Gewere, wie es in dem vorhergehenden §. entwickelt ist, mit der Besitzlehre des heutigen Rechts, so ergibt sich, daß sowohl in Betreff des Begriffs als auch des processualischen Schutzes eine wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden besteht. In der That ist auch für diese Lehre das römische Recht im Allgemeinen recipirt worden, und wenn gegenwärtig einzelne nicht unwichtige Abweichungen von

---

l. c. p. 427.) Wer den andern entwert. Wir setzen, swa ein man den andern anspricht: er hab in seines guts entwert mit gewalt an reht; mag der chlager daz bringen mit zwein der nahsten und der besten in der pfarre, daz er in entwert hat mit gewalt an reht; den sol man in sin gewer als lang setzen als lange als ez im auzen gewesen ist; und sol der schulbige fuff phunt geben dem rihter zu wandel, und sol im den schaden abtun. — Baier. Landr. (Heumann. opusc. p. 106.) Umb entwern aigens und lehens. Vgl. Bruns a. a. D. S. 326—28.

22) S. die Ausführung bei Bruns a. a. D. §. 36. 37., durch welche die entgegenstehende Ansicht von Albrecht, a. a. D. S. 15 ff. widerlegt ist. Vgl. auch Homeyer, Sachsp. II. 2. S. 406 ff. — Sandhaas, germanist. Abhandlungen S. 95 ff.

23) Plaut, das Recht zur Beweisführung, Zeitschr. für deutsches Recht. X. S. 233. 245 ff.

demselben gelten, so ist deren Quelle nicht in dem älteren deutschen, sondern im kanonischen Rechte und in der späteren Praxis zu suchen.<sup>1)</sup> Eine wissenschaftliche Behandlung dieses Rechts- theils muß daher an das römische Recht anknüpfen und bleibt, der gestellten Aufgabe gemäß, von diesem Werke ausgeschlossen.

Nur in Einer Beziehung läßt sich eine wenigstens mittelbare Einwirkung des deutschen Rechts nicht verkennen, nämlich bei dem Besitz der Rechte. Der Begriff desselben, nach welchem die Ausübung des Rechts der Detention der Sache gleichgestellt ist, gehört freilich dem römischen Rechte an, und ist durch die Romanisten und das kanonische Recht auf Verhältnisse ausgedehnt worden, welche den Römern fremd waren. Auch kam nach der ursprünglichen deutschen Rechtsanschauung die Gewere an einem Rechte nur in Verbindung mit der Gewere an der Sache, auf welche sich das Recht bezog, vor, so daß kein selbständiger Besitz des Rechts in der Form der Ausübung desselben stattfand, sondern die Herrschaft über die Sache die eigentliche Grundlage des Rechtsverhältnisses war. Aber die selbständige Entwicklung deutscher Rechtsinstitute führte doch dahin, eine Gewere an dem Rechte auch ohne die unmittelbare Herrschaft über die Sache gelten zu lassen<sup>2)</sup>; der römische Begriff fand daher einen für seine Aufnahme vorbereiteten Boden und einen bestimmten Kreis von Rechtsverhältnissen, für welchen seine Geltung unbedenklich erscheinen mußte.<sup>3)</sup>

---

1) Ich verweise hier auf das ausgezeichnete Werk von Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848. Ueber die Spolienklage ist namentlich zu vergleichen S. 219—32. 256—60. 374—75. 390—97. 417—19. und über das Summarissimum S. 232—36. 260—74. 375—83. 397—406. 419—20.

2) Albrecht, die Gewere S. 177 ff. — Bruns a. a. O. §. 38. Am Bestimmtesten tritt dieser Wechsel bei der Gewere des Rentengläubigers und der späteren Säkung hervor; s. unten §. 95.

3) Eine weiter greifende Einwirkung ist dem deutschen Rechte nicht beizulegen; viel zu weit geht in dieser Beziehung Duncker, Zeitschr. für deutsches Recht II. 2. S. 26—114., indem er in noch umfassenderer Weise

I. Die Ansicht der älteren Theorie, daß der Besitz überhaupt die Ausübung der Rechte sei und daß die rechtlichen Wirkungen desselben im weitesten Umfange zur Anwendung kommen müssen, findet sich auch noch bei einigen neueren Schriftstellern<sup>4)</sup> und ist in die Gesetzbücher übergegangen.<sup>5)</sup> Für das gemeine Recht kann diese Auffassung jedoch als beseitigt angesehen werden; der Schutz des Besitzes kommt vielmehr nur bestimmten Arten von Rechten zu, aber diese genauer zu bestimmen ist nicht ohne Schwierigkeit. Manche zählen nur diejenigen Rechte hieher, welche unmittelbar an einer Sache zu stehen oder doch unzertrennlich mit Grund und Boden verbunden sind, indem sie unter diesem Begriff auch solche Rechte, welche in einem bestimmten Bezirke ausgeübt werden, wie die Bannrechte, die Gerichtsbarkeit, die Diöcesan- und Parochialrechte, das Kirchenpatronat, begreifen.<sup>6)</sup> Andere dagegen gehen weiter

---

als Abrecht Besitzklagen für die Gewere annimmt, und den Einfluß des kanonischen Rechts auf kirchliche Urkunden-verkennt; s. Bruns a. a. D. S. 329. Das Verdienst der Abhandlung besteht in der genauen Analyse einzelner Rechtsverhältnisse mit Rücksicht auf den Besitz der Rechte.

4) Thibaut, System I. §. 203. 204. 230. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 209.

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 7. §. 4—5. 80—87. — Oesterr. Gesetzb. §. 312—15. Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung I. S. 232 ff.

6) v. Savigny, Recht des Besitzes §. 49. — Duncker, über den Quasibesitz u. s. w. S. 49 ff. — Reyscher, gem. und württemb. Privatrecht I. §. 106. — Duncker a. a. D. S. 50. sucht die Fälle des Quasibesitzes genauer zu bestimmen, indem er ihn durch die Ausübung aller Rechte begründen läßt, „an welchen nach den Grundsätzen des ältern Rechts eine rechte Gewere statt fand, oder welche, wie man sich jetzt ausdrückt, auf Grund und Boden radicirt sind.“ Aber diese Subsumtion unter den Begriff der Gewere paßt doch nicht auf alle von dem kanonischen Recht und den Reichsgesetzen vorgesehene Fälle, in denen Duncker selbst einen Quasibesitz gelten läßt, z. B. auf Wahlrechte; und daß Hoheitsrechte, Bannrechte u. s. w. auf Grund und Boden radicirt sind, kann man nicht füglich sagen. Auch die weitere Bezeichnung: die Quasipossessio sei bei allen Rechten zulässig, die lehenbar gewesen, führt zu keinem sicheren Abschluß, da im spätern Mittelalter das Lehenrecht auch auf solche Verhältnisse, für welche es ursprünglich nicht bestimmt war, ausgedehnt worden ist.

und nehmen bei allen Rechten, welche eine dauernde Ausübung haben, namentlich auch bei Familienrechten, einen Besitz an.<sup>7)</sup> Die Vorschriften des kanonischen Rechts über das persönliche Rechtsverhältniß der Ehegatten (sprechen für diese Ansicht<sup>8)</sup>), welche in der früheren Praxis für unzweifelhaft galt, während in neuerer Zeit auch in dieser Beziehung Schwankungen eingetreten sind.<sup>9)</sup>

II. Ueber den Erwerb und Verlust der Quasipossesso kommen die allgemeinen Regeln zur Anwendung, welche jedoch nach der besonderen Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse ihre genauere Normirung erhalten. Während z. B. der Verlust des Besitzes von Bannrechten, welche sich über einen ganzen Bezirk erstrecken, durch den Widerspruch einzelner Verpflichteter noch nicht herbeigeführt wird, kann der Besitz der der Reallast entsprechenden Berechtigung durch die Handlung des bestimmt Belasteten aufgehoben werden. Die bloße Nichtleistung von Seiten des Letzteren hat diese Wirkung freilich noch nicht; es muß vielmehr die verweigerte Anerkennung des Rechts hinzukommen.<sup>10)</sup> Darüber aber wird gestritten, ob noch weiter erforderlich ist, daß sich der Berechtigte bei der Weigerung beruhigt habe, so daß, wenn er dieß nicht gethan, nur eine Störung des Besitzes anzunehmen ist. Diese Ansicht ist die gewöhnliche<sup>11)</sup>

7) Geiger, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß XIII. S. 277 ff. — Falk, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts IV. S. 48 ff.

8) Bruns a. a. D. S. 191 ff. A. M. ist Savigny a. a. D. S. 616—18.

9) Ueber die ältere Praxis s. Bruns a. a. D. S. 383—84. 406—9; über die neuere ebendas. S. 422. und Seuffert, Archiv I. Nr. 61. 223. 317. — IV. Nr. 120.

10) A. M. ist Heerwart, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß XII. S. 313; s. aber Duncker a. a. D. S. 80.

11) Wernher, obs. for. III. 1. obs. 175. — Hommel, rhaps. II. obs. 422. — Rosshirt, Archiv für civ. Praxis VIII. S. 72. — Auch der R. A. von 1548. §. 59. 64. (R. S. II. S. 537. 539.) läßt sich für diese Ansicht anführen.

und wird durch die neueren Gesetzbücher<sup>12)</sup> unterstützt, wenn auch gegen die juristische Consequenz derselben Einwendungen erhoben werden können.<sup>13)</sup>

III. Die Klagen, welche zum Schutze des Besitzes der Rechte gegeben werden, sind die gewöhnlichen, und namentlich findet die Spolienklage, soweit sie überhaupt noch anerkannt wird, hier ihre Anwendung.<sup>14)</sup>

## Drittes Kapitel.

### Das Eigenthum.

#### §. 81.

##### I. Begriff.

Im Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens bedeutet Eigenthum so viel als Vermögen<sup>1)</sup>, während es im technisch-juristischen Sinne das Recht der Herrschaft über eine Sache ausdrückt.<sup>2)</sup> In dieser Bedeutung kommt das Wort auch schon

12) Pr. A. 2. R. Th. I. Tit. 7. §. 126. „Der Besitz des Rechts, von einem Andern etwas zu fordern, (eines affirmativen Rechts) geht verloren, wenn der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigert, und der Andere sich dabei beruhigt.“ — Destrerr. Gesetzb. §. 351.

13) Duncker a. a. D. S. 81 ff.

14) Duncker a. a. D. S. 89 ff. — Bruns a. a. D. S. 422—23. — Seuffert, Archiv II. Nr. 50. 294. — III. Nr. 56. 267. — IV. Nr. 120. 121.

1) Destrerr. Gesetzb. §. 353. „Alles, was jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heißen sein Eigenthum.“ Bgl. Bütter, die Lehre vom Eigenthume S. 36 ff.

2) a. a. D. §. 354. „Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden andern davon auszuschließen.“

im älteren deutschen Rechte vor<sup>3)</sup>, jedoch wird, ähnlich wie die Gewere jedes dingliche Recht an einer Sache bezeichnet, auch das Eigenthum in diesem weiteren Sinne der Herrschaft gebraucht, so daß von einem Eigenthum an Zehnten, Grundrenten, ja an der Vogtei, dem Patronat, der Gerichtsbarkeit gesprochen wird.<sup>4)</sup> Noch die neuere Gesetzgebung hat sich dieser Auffassung des Begriffs zum Theil angeschlossen.<sup>5)</sup>

Auch das römische Recht gebraucht in einem vulgären Sinne *dominium* ganz im Allgemeinen als Bezeichnung irgend eines Herrschaftsverhältnisses zu einer Sache<sup>6)</sup>; es hat aber den technischen Begriff viel bestimmter ausgebildet, als es im Mittelalter geschehen ist, indem es unter *dominium* das unbeschränkte und untheilbare Recht (*jus infinitum et individuum*) über eine Sache versteht, dessen einzelne Bestandtheile als *jura in re aliena* wohl von demselben abgelöst werden können, welches aber nach dem Princip der Consolidation immer als der dauernde Mittelpunkt des Herrschaftsverhältnisses sich darstellt.<sup>7)</sup> Dieser absolute Begriff des Eigenthums ist gleichmäßig für bewegliche und unbewegliche Sachen durchgeführt worden, wäh-

3) Urf. von 1315 (Westphalen M. i. IH. p. 578.) — *dedimus proprietatem dictam Egendom super quibusdam bonis.* — Kl. Kaiserr. II. 90. Welchem man got hat gegeben eygen gut, der sal wissen, daz er mit sin eygen mag tun, waz er wil. — Kraut, Grundriß §. 99. Nr. 32—35. — Duncker in der Zeitschr. für deutsches Recht II. 1. S. 187.

4) Urf. von 1322 (Westphalen l. c. II. p. 84.) — *plenam proprietatem, quae vulgariter dicitur Eghendom, super 20 marcarum redditus.* — Kraut a. a. D. §. 99. Nr. 36. — §. 105. Nr. 1—9. — Duncker a. a. D. S. 194. 195.

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 1. „Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechtes, mit Ausschließung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder einen dritten zu verfügen. §. 2. Alles, was einen ausschließenden Nutzen gewähren kann, ist ein Gegenstand des Eigenthums.“

6) G. Haffe, rhein. Museum für Jurisprudenz, Philologie u. s. w. I. 1. S. 87. 88.

7) Haffe, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinsch. §. 10—19. — Lehre von den Erbvertr. I. S. 73 ff.

rend das ältere deutsche Recht für die ersteren nur eine beschränkte Vindication gelten ließ.

Die Frage, in wie weit noch jetzt das Merkmal der Untheilbarkeit zum Begriff des Eigenthums gehört, und welche Bedeutung die Regel: Hand wahre Hand für das heutige Recht hat, wird noch zum Gegenstande besonderer Erörterungen gemacht werden. Im Allgemeinen aber ist anzunehmen, daß die Lehre des römischen Rechts vom Eigenthume in unser Rechtssystem übergegangen ist. Das gilt auch von dem Umfange des Begriffs seinem Gegenstande nach, indem ein Eigenthum an Rechten in dem heutigen gemeinen Rechte nicht zur Durchbildung gelangt ist. Namentlich ist der Versuch, den Begriff auf die Souverainität deutscher Fürsten zur Anwendung zu bringen<sup>8)</sup>, ohne Nachfolge geblieben, und auch das s. g. geistige Eigenthum läßt sich auf diesem Wege nicht rechtfertigen.<sup>9)</sup> Dieser letztere Begriff ist jedoch noch näher ins Auge zu fassen.

Im Allgemeinen ist es ein billiges Verlangen, daß den Urhebern geistiger Erzeugnisse eine gewisse Verfügung über ihre Werke auch nach deren Veröffentlichung vorbehalten bleibe, und daß ihnen der materielle Vortheil, welchen die mechanische Vervielfältigung und überhaupt die Verbreitung mit sich bringt, auch wirklich zu Theil werde. Auf der andern Seite liegt aber doch in der Veröffentlichung eines geistigen Productes zugleich ein Verzicht auf die ausschließliche Verfügung über dasselbe, welche überhaupt nach der Natur des Gegenstandes nicht so wie bei körperlichen Sachen aufrecht erhalten werden kann. Für literarische Werke, deren Verfasser häufig

8) In dem Werke von Maurenbrecher, die deutschen regierenden Fürsten und die Souverainität. Frankfurt a/M. 1839.

9) Diese Auffassung findet sich, freilich zunächst auf Grund der preussischen Gesetzgebung, bei Heydemann, Sammlung der Gutachten des Kön. Preuss. literarischen Sachverständigen-Vereins (Berlin 1848). Vorwort p. V. ff.



ihr Recht vollständig an die Verleger abtreten, ist bei der Mischung ideeller und materieller Interessen die Zusammenfassung derselben in dem Begriff des Eigenthums und dessen Uebertragung auf Andere, selbst wenn man ein Eigenthum an Rechten zulassen wollte, nicht ausführbar. Ebenso verhält es sich mit dem s. g. künstlerischen Eigenthum, und auch das technische, welches für Erfindungen auf dem Gebiete der Gewerbe in Anspruch genommen wird, entbehrt des rechtlich festzustellenden Gegenstandes. Daher hat sich die Gesetzgebung auch begnügt, anstatt ein geistiges Eigenthum anzuerkennen und die begriffsmäßigen Folgerungen daraus zu ziehen<sup>10)</sup>, den Nachdruck als eine rechtswidrige Handlung mit Strafen und Entschädigungsansprüchen zu bedrohen, und Erfindungen, freilich in Deutschland in sehr ungenügender Weise, unter den Schutz der Patente zu stellen. Auch für die Sicherung der Interessen der Verfasser von Werken, welche für die theatralische Aufführung bestimmt sind, ist bei uns fast gar nichts geschehen.<sup>11)</sup>

## §. 82.

### II. Das Ober- und Untereigenthum.

In den agrarischen Verhältnissen des Mittelalters war es sehr gewöhnlich, daß neben dem echten Eigenthume des Freien

10) Selbst da, wo ein Schrifteigenthum (Bad. Landrecht Art. 577. dh.), ein Eigenthum literarischer und artistischer Werke (B. B. vom 9. Nov. 1837. Art. 2.), an den Werken der Wissenschaft und Kunst (Preuß. Gesetz vom 11. Juni 1837.) angenommen ist, hat man es doch bei dem Ausdruck gelassen, ohne die im Begriff des Eigenthums liegenden Folgerungen, namentlich die unbeschränkte Dauer des Rechts, daraus abzuleiten und gesetzlich festzustellen.

11) Ein interessanter Versuch, das geistige Eigenthum als Rechtsbegriff zu entwickeln, ist gemacht in Weiske's Rechtslexikon IV. S. 170—97. Im Allgemeinen ist, namentlich auch über die Dogmengeschichte, zu vergleichen: J. Jolly, die Lehre vom Nachdruck (Heidelberg 1852.) S. 5—81.

an Grundstücken auch dem Unfreien ein selbständiges dingliches Recht an denselben zustand, für welches die Regeln des Hofrechts zur Anwendung kamen, während jenes im Landgericht nach Volksrecht geschützt ward. Es war hier also eine mehrfache Gewere an derselben Sache begründet, verschieden nicht allein nach dem Umfange des Rechts, sondern auch nach der Art seiner Vertretung. Ähnlich verhielt es sich im Lehenrecht, indem dem Herrn ein allodiales Eigenthum an der Sache zustand, während das abgeleitete Recht des Vasallen auf der Belehnung sich gründete, und in allen Fällen, wo über diese und deren rechtliche Folgen gestritten ward, nicht das Landgericht, sondern der Lehenhof das Urtheil sprach. Die Gewere des unfreien Bauern und des Vasallen, wenn auch im Uebrigen wesentlich verschieden, waren doch darin gleich, daß beiden die wichtigsten Nutzungsrechte an den Grundstücken mit einer selbständigen Vertretung und zwar erblich zustanden. Man bezeichnet sie daher auch wohl mit dem gemeinsamen Ausdrucke: unvollkommene Gewere.<sup>1)</sup>

Es war nun, als das römische Recht in Deutschland recipirt ward, von Wichtigkeit, wie die Juristen diese Rechtsverhältnisse beurtheilen würden. In Justinians Sammlung fanden sie dafür keinen unmittelbaren Anhalt, zumal auch der frühere Gegensatz des quitritarischen und bonitarischen Eigenthums in derselben aufgehoben war; es blieb also, wenn man römische rechtliche Begriffe hier anwenden wollte, nichts übrig als eine Beschränkung des Eigenthums durch jura in re aliena anzunehmen. Doch ward ein Mißverständniß der Glossatoren und ihrer Nachfolger einflußreich für das moderne Rechtswesen. Sie nahmen nämlich, wenn im römischen Recht eine actio in rem utilis zum Schutze eines selbständigen dinglichen Rechts gegeben ward, z. B. bei der Emphyteuse, ein dominium utile an, im Gegensatze zu dem mit der regelmäßigen rei vindicatio versche-

---

1) S. Eichhorn, Einleitung §. 159.

nen *dominium*, welches sie *dominium directum* nannten.<sup>2)</sup> Diese Unterscheidung, früh schon auf die Gewere des Lehensherrn und des Vasallen, der im Vindicationsproceß die Sache fast selbständig vertrat<sup>3)</sup>, übertragen, fand unter den deutschen Juristen eine bereitwillige Aufnahme, und ward von ihnen auch auf die Rechte des Gutsherrn und Bauern bei den zu Erbleihe ausstehenden Gütern zur Anwendung gebracht.<sup>4)</sup> Man faßte dabei namentlich die mit dem *dominium utile* verbundenen Nutzungsrechte ins Auge, und nannte dasselbe, den ursprünglichen Grund der Terminologie übersehend, das nutzbare Eigenthum, auch Untereigenthum, während das *dominium directum* als Obereigenthum bezeichnet ward.<sup>5)</sup>

Daß nun diese Lehre dem Grundbegriff des römischen Rechts über das Eigenthum nicht entspricht und für römische Rechtsinstitute fern zu halten ist, kann nicht in Abrede gestellt werden<sup>6)</sup>, aber für das Lehen und die Erbleihe erscheint sie begründet. Theils hat das System der Gewere, welches eine Beschränkung des absoluten Eigenthumsbegriffes als möglich zuläßt, in dieser Beziehung einen gewissen Einfluß auf das moderne Rechtswesen ausgeübt; theils sind die in dem Unter-

2) Glossa ad L. 1. D. si ager vectigalis. — ad L. 2. D. de superficibus. — ad L. 1. C. de thesauris. v. Nam in suis. — ad II. F. 8. — Bartolus ad L. 16. D. de acq. vel amitt. poss. Nr. 5. 6. Vgl. Thibaut, Versuche II. Nr. 3. — v. Wangerow, Zeitfaden I. §. 302.

3) II. F. 8. pr. — 26. §. 21. — 43.

4) Ehursächf. Constitutionen v. 1572. P. II. c. 39. Vgl. B. Carpzov, jurispr. rom. saxonica ad h. l. def. 1—10. — In andern Particularrechten, z. B. in Württemberg, hat man sich dieser Terminologie erst spät gefügt; s. Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 283.

5) Zasius ad L. 17. §. 1. D. de acq. vel amitt. poss. Nr. 18. — Zasius spricht sich nicht, wie Reyscher a. a. O. Note 2. bemerkt, gegen die Eintheilung aus, sondern will nur das *dominium utile* als minderes Eigenthum, und nicht, wie es gewöhnlich geschah, als nutzbares bezeichnet haben.

6) Dieß ist in der oben Note 2. angeführten Abhandlung von Thibaut vollständig bewiesen.

eigenthum enthaltenen Rechte von einer solchen Selbständigkeit und Bedeutung, daß sie als jura in re aliena aufgefaßt, nur unvollkommen bezeichnet erscheinen und einer falschen Beurtheilung ausgesetzt sind.<sup>7)</sup> Auch ist ein solches getheiltes Eigenthum von den Reichsgesetzen<sup>8)</sup> sowohl als auch in der neueren Gesetzgebung<sup>9)</sup> anerkannt und in der gemeinrechtlichen Praxis zu einem selbständigen Rechtsinstitut ausgebildet worden.<sup>10)</sup>

I. Ein Ober- und Untereigenthum kommt gemeinrechtlich nur bei den Lehen und bei den zur Erbleihe ausstehenden Bauerngütern vor: eine weitere Ausdehnung auf andere Rechtsverhältnisse ist nur partienarrechtlich begründet.<sup>11)</sup>

II. Der Obereigenthümer hat die Proprietät der Sache, soweit sie ohne das davon abgelöste selbständige Recht der Nutzung wirksam ist. Auch gebührt ihm regelmäßig das Recht der Zustimmung zu Veräußerungen, sowie ein Anspruch auf gewisse Leistungen; doch hat sich die Erbleihe in sehr verschiedener Weise gestaltet, während das Lehenrecht auch in dieser Beziehung eine sehr bestimmte gemeinrechtliche Ausbildung gefunden hat.

III. Dem Untereigenthümer steht das Recht der Nutzung

7) Lehre von den Erbvertr. I. S. 78. 79. — Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 296.

8) J. P. O. art. II. §. 12. — art. XV. §. 3. — Vgl. R. O. D. v. 1521. Tit. 32. §. 2.

9) Baiern. Landr. Th. II. Cap. 2. §. 2. — Th. IV. Cap. 7. 18. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 16 ff. — Tit. 18. §. 1—12. — Oesterr. Gesetzb. §. 357—59. vgl. §. 1122—51.

10) Dies ist freilich bestritten von Dunder in der Zeitschrift für deutsches Recht II. 1. S. 177—212, dem Gerber, System §. 77. und Hillebrand, Lehrbuch §. 56. gefolgt sind. S. aber Runde, Grundsätze §. 264. — Eichhorn, Einleitung §. 160. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 156. — Phillips, Grundsätze II. §. 87. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 244 ff.

11) Dahin gehört namentlich die Uebertragung der Lehre auf das Familienfideicommiss; s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 4. §. 72—74. — Oesterr. Gesetzb. §. 629—31. — Ueber das Bergwerkseigenthum s. unten §. 93.

im weitesten Sinne zu, insofern es ohne Nachtheil für die Substanz der Sache geübt werden kann<sup>12)</sup>; dagegen hat er die auf der Sache liegenden ordentlichen und außerordentlichen Lasten zu tragen.<sup>13)</sup> An Accessionen, welche zu der Hauptsache hinzukommen, z. B. der neu entstandenen Flußinsel, wird das an der Hauptsache zustehende Recht erworben; der Schatz dagegen ist zu dem außerordentlichen Ertrage zu rechnen und dem Untereigenthümer zuzusprechen.<sup>14)</sup>

IV. Die mit dem Grundstücke verbundenen politischen Rechte sowie die selbständige Vertretung desselben stehen in der Regel dem Untereigenthümer zu; es fehlt ihm aber, dem Ober- eigenthümer und einem andern Untereigenthümer gegenüber, das Consolidationsrecht<sup>15)</sup>, während es von ihm geübt wird, wenn andere dingliche Rechte an der Sache erlöschen.

### §. 83.

#### III. Das Gesamteigenthum.

Die Verschiedenheit der Rechtsgrundsätze, welche nach dem römischen und deutschen Rechte für das Vereinswesen gel-

12) Die Regel muß so gefaßt werden, wenn auch Ausnahmen vorkommen. — Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 8. „Zu Veränderungen der ganzen Sache, wodurch sie aufhört, dieselbe zu sein, ist der nuzbare Eigenthümer nicht berechtigt. §. 9. Wohl aber ist er befugt, einzelne Theile oder unter einem Inbegriffe von Sachen enthaltene Stücke zu ändern, soweit es ohne Verminderung des Ganzen und ohne die Hauptbestimmung desselben zu verändern, geschehen kann. §. 10. Selbst zur Verringerung eines Theils der Sache ist der nuzbare Eigenthümer berechtigt, wenn ohne dergleichen Verringerung dieser Theil der Sache gar nicht ge- nossen werden könnte.“

13) a. a. O. §. 11.

14) Dieß bestimmen das Bayer. Landr. Th. II. Cap. 3. §. 4. und das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 94. vgl. mit Tit. 18. §. 7. — Nach dem Oesterr. Gesetzb. §. 399. kommt es zwischen dem Ober- und Untereigenthümer zur Theilung.

15) Dieser Umstand und der Zweifel über die Erwerbung des Schazes werden von Duncker in der, Note 10. angeführten Abhandlung S. 208 ff. als besonders gewichtige Gründe gegen die Zulässigkeit des getheilten Eigenthums hervorgehoben.

ten<sup>1)</sup>, hat auch auf die Lehre vom Eigenthume eingewirkt. Indem nämlich das römische Recht weder für die universitas noch für die communio einer Modifikation seines strengen Eigenthumsbegriffes bedurfte, führt es denselben auch für diese Rechtsinstitute consequent durch, und kennt nur ein patrimonium universitatis, welches der Gesamtheit als juristischen Person ausschließlich zusteht, und ein condominium, bei welchem jeder einzelne Theilnehmer das volle Eigenthum nach bestimmten ideellen oder arithmetischen Theilen hat. — Für das deutsche Recht reichen aber diese Kategorien nicht aus, um die bei dem gemeinsamen Eigenthum möglichen Vermögensverhältnisse zu bestimmen; das Associationswesen hat sich hier stärker erwiesen, als der bei den Römern in allen seinen Merkmalen festgehaltene Begriff des Eigenthums, und dieses dem höheren Princip dienlich gemacht. Darauf beruht das deutsche Gesamteigenthum.<sup>2)</sup>

I. In einer Corporation kann das Eigenthum am Corporationsvermögen so vertheilt sein, daß neben dem Rechte der Gesamtheit selbständige Sonderrechte der einzelnen Mitglieder begründet sind, die aber, ihrem Umfange und ihrer Beschaffenheit nach, durch die verfassungsmäßige Organisation der einzelnen Corporationen näher bestimmt werden. Ein solches Verhältniß findet sich namentlich als Gemeinschaft der Nutzungsrechte an gewissen Gütern in der s. g. Realgemeinde und der

1) S. oben Band I. §. 68.

2) Lehre von den Erbvertr. I. S. 73 ff. — Volkrecht und Juristenrecht S. 185—94. — Treffliche Ausführungen über das Recht der Genossenschaft hat unter Berücksichtigung der Praxis des Zener Oberappellationsgerichts Schüler gegeben: Juristische Abhandlungen und Rechtsfälle von Drlloff, Heimbach, Schüler und Guyet. I. Nr. V. VI. XV. Außerdem sind zu vergleichen: Eichhorn, Einleitung §. 168—69. — Bluntzschli, Staats- und Rechtsgesch. von Zürich I. S. 82. 83. — Phillips, Grundsätze II. §. 86. — Wolff, Lehrbuch I. §. 109—9. — Stahl, Rechts- und Staatslehre I. S. 295—96. — Blume, System §. 191—92. — Schloifer, Archiv für prakt. Recht in Oldenburg III. S. 154—64.

Markengenossenschaft (s. hierüber den folgenden §.), und auch in andern Genossenschaften, z. B. den Zünften, können ähnliche Einrichtungen vorkommen. Anders stellt sich die Sache schon bei dem Familienvermögen des hohen Adels<sup>3)</sup>, und bei den Actienvereinen und Gewerkschaften so wie den verwandten Genossenschaften ist es ein ideeller Antheil an dem Gesamtvermögen, der als private Eigenthumsquote den einzelnen Genossen, soweit nicht statutarische Beschränkungen vorliegen, zur freien Verfügung zusteht.<sup>4)</sup>

II. Eine andere Form des Gesamteigenthums liegt dann vor, wenn es in der Vereinigung nicht zur Ausbildung einer selbständigen juristischen Persönlichkeit gekommen ist, vielmehr nur Einzelrechte neben einander bestehen, diese aber nicht dem Princip der römischen *communio* unterworfen, sondern durch die Innigkeit und Dauer des Verhältnisses zu einer materiellen Rechtsgemeinschaft verbunden sind, in welcher die Eigenthumsrechte der einzelnen Mitglieder sich geltend machen, ohne daß sie nothwendig in bestimmte arithmetische Theile zerlegt sind. Eine solche Rechtsgemeinschaft wird nur möglich durch eine der Corporationsverfassung nachgebildete Organisation, welche den an sich getrennten Einzelwillen der Genossen zur einheitlichen Herrschaft über das Vermögen befähigt. — Vereine dieser Art finden sich in dem Rechte der älteren und neueren Zeit. Die gesammte Hand im Lehen läßt sich hieher stellen<sup>5)</sup>, desgleichen die alte Vergabung von Todes wegen<sup>6)</sup> und die Gütervereinigung

3) Lehre von den Erbvertr. II. 2. §. 16. — Ueber die verwandten Institute der Erbverbrüderung s. ebendas. I. §. 13. vgl. II. 2. §. 90 ff. und der Ganerbschaft I. §. 81—84.

4) Volkrecht und Juristenrecht §. 186. — S. Weiske, praktische Untersuchungen III. Für die Sonderrechte der Mitglieder am Corporationsvermögen wird hier der Ausdruck *Ertragsrechte* gebraucht; s. a. a. D. §. 206 ff.

5) S. oben Band I. §. 379. — Die Beweisstellen zu dieser Note so wie zu Note 3. und den folgenden s. bei Kraut, Grundriß §. 107.

6) Lehre von den Erbvertr. I. §. 6.

unter Lebenden<sup>7)</sup>, — Institute, in denen sich schon früh ein Vorbild der ehelichen Gütergemeinschaft zu erkennen giebt. Denn wenn diese nicht bloß eine äußere, durch die Vogtei des Mannes bestimmte Gütervereinigung darstellt, wie in den Rechtsbüchern des Mittelalters, so fällt sie unter die hier bezeichnete Rechtsgemeinschaft.<sup>8)</sup>

Das Gesamteigenthum bildet in seinen verschiedenen Formen freilich keinen einheitlichen Rechtsbegriff, der sich für die juristische Deduction fruchtbar besonders erwiese; es erhält vielmehr seine nähere Bestimmung durch die einzelnen Rechtsinstitute, in denen es zur Erscheinung kommt. Indessen läßt es sich doch nach seinen allgemeinen Merkmalen charakterisiren<sup>9)</sup> und gewisse leitende Grundsätze können dafür aufgestellt werden.

7) Bluntschli, Staats- und Rechtsgefch. von Zürich I. S. 442 ff. — II. S. 187 ff. — Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte II. S. 136.

8) Schüler in den jurist. Abhandlungen und Rechtsfällen I. Nr. 15. S. 485. ff.

9) Bluntschli, Erster Entwurf des privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich. Sachenrecht. (Zürich, 1851.) §. 887. „Ist eine Corporation oder Stiftung Eigenthümer eines Grundstücks, ohne daß Theilrechte daran bestehen, so ist einfaches Eigenthum vorhanden, welches von der juristischen Person nach Maaßgabe der Corporationsverfassung oder Stiftungsordnung geübt wird. §. 888. Gehört das Grundeigenthum aber einer Genossenschaft mit Theilrechten, z. B. einer Corporation von Gerechtigkeitsbesitzern oder einer Actiengesellschaft zu, oder sonst einer dauernd organisirten Verbindung zweier oder mehrerer Personen, welche nicht eine juristische Person im engeren Sinne bilden, so ist dasselbe als Gesamteigenthum zu behandeln. §. 889. Die Benutzung des Gesamteigenthums, sei es durch die gesammte Verbindung, sei es durch die einzelnen verbundenen Personen, wird durch die Verfassung der Genossenschaft und durch die Art und Bestimmung der organisirten Verbindung regulirt. §. 890. In der Regel entscheidet hier die Mehrheit der Theilrechte über die Benutzung, Veränderung und Veräußerung des Gesamtgutes, und hat sich die Minderheit diesen Beschlüssen zu unterziehen, insoweit nicht wohl erworbenene Rechte einzelner Genossen dadurch verletzt werden. §. 891. Die einzelnen Mitglieder der Genossenschaft sind nicht berechtigt, reale Theilung zu fordern, wohl aber, insofern nicht



a. Die volle Herrschaft über eine Sache können nicht mehrere Personen gleichzeitig neben einander ausüben; die Möglichkeit des Gesamteigenthums liegt daher in der besonderen Beschaffenheit des Rechtssubject's.

b. Es muß immer eine solche Vertheilung der Eigenthumsrechte unter der Gesamtheit und den einzelnen Genossen oder unter diesen statt finden, daß im bestimmten Fall ein entscheidender Wille sich geltend machen kann.<sup>10)</sup> Wie dieß, namentlich durch Unterscheidung der Verfügungs-, Verwaltungs- und Nuzungsrechte hergestellt wird, hängt von den besonderen Einrichtungen und Verhältnissen ab.

c. Das Sonderrecht der einzelnen Genossen steht dem Recht der Gesamtheit selbständig gegenüber; es erlischt daher auch nicht nothwendig mit der Auflösung der Vereinigung, und schließt namentlich bei Aufhebung der Corporation den Anfall des Vermögens an den Fiscus aus.<sup>11)</sup>

---

die Statuten oder die persönliche Natur der Verbindung ein Hinderniß begründen, befugt, ihre Theilrechte zu veräußern oder zu verpfänden. §. 892. Beschließt die Mehrheit Theilung des gemeinen Gutes, so steht es auch bei ihr, die Art und Vollziehung der Theilung näher zu ordnen, so jedoch, daß die Theilrechte nach ihrem Verhältniß zum Ganzen dabei berücksichtigt werden.“

10) Lippe-Detmoldische Verordnung v. 1786. wegen der Gütergemeinschaft unter Eheleuten. §. 8. „So viel nun die Wirkungen der Gütergemeinschaft in stehender Ehe betrifft; so erhalten beide Eheleute dadurch ein gemeinschaftliches ungetheiltes Eigenthum über die ganze Vermögens-Substanz. Keiner von beiden kann daher, ohne Einwilligung des andern, davon willkürlich veräußern oder verschenken. — §. 9. Das beiden Eheleuten an dem Gemeingute zustehende gleiche Recht, ist aber dadurch einigermaßen eingeschränkt, daß dem Manne, als dem Haupte der Familie, und vermöge der ihm zukommenden ehelichen Vormundschaft, vornehmlich die Administration des gemeinschaftlichen Vermögens gebührt; die er jedoch dergestalt, daß dadurch das gemeine Beste der Ehe erhalten und befördert wird, zu führen verbunden ist.“

11) Schöler a. a. D. Nr. 5. S. 260—65.

Der Begriff des Gesamteigenthums, im vorigen Jahrhundert allgemein anerkannt, wenn auch nicht zur vollen wissenschaftlichen Klarheit erhoben <sup>12)</sup>, ist in neuerer Zeit Gegenstand mehrfacher Anfechtung geworden. Zuerst bekämpfte H a s s e das f. g. condominium in solidum vom Standpunkte des römischen Rechts aus, weil es einen logischen Widerspruch enthalte. Indem er aber den Rechtsverhältnissen, in denen man das Gesamteigenthum hatte erkennen wollen, und namentlich der ehelichen Gütergemeinschaft den Begriff der juristischen Persönlichkeit unterbreitete, sah er ganz richtig, daß es hier auf die Beschaffenheit des Rechtssubjects ankomme, und irrte nur darin, daß er allein die im römischen Recht ausgebildeten Formen des Vereinswesens zur Anwendung brachte. <sup>13)</sup> — Später suchte D u n k e r, indem er nach Art der älteren Romanisten die deutschen Rechtsinstitute nach römischen Analogien construirte, nachzuweisen, daß der Begriff des Gesamteigenthums dem deutschen Rechte fremd sei. <sup>14)</sup> Aber der Begriff ist so alt wie

12) Ueber die Dogmengeschichte s. D u n k e r, das Gesamteigenthum (Marburg 1843.) S. 1—23. — In wie weit die ältere Theorie auf die Bestimmungen der neueren Gesetzbücher über das Miteigenthum eingewirkt hat, läßt sich nicht genau angeben; s. D e s t e r r. Gesetzbuch §. 361. „Wenn eine noch ungetheilte Sache mehreren Personen zugleich zugehört, so entsteht ein gemeinschaftliches Eigenthum. In Beziehung auf das Ganze werden die Miteigenthümer für eine einzige Person angesehen; in soweit ihnen aber gewisse, obgleich unabgesonderte Theile angewiesen sind, hat jeder Miteigenthümer das vollständige Eigenthum des ihm gehörigen Theiles.“ — Ueber das Pr. A. L. R., besonders Th. I. Tit. 17. §. 1. — Tit. 8. §. 18. — Tit. 17. §. 2—4. vgl. G a n s, Beiträge zur Revision der Preussischen Gesetzgebung S. 442—46.

13) H a s s e, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft (Kiel 1808.) §. 10—19.

14) So wird in die alte Vergabung von Todes wegen eine Suspensivbedingung hineingelegt; die gesammte Hand im Lehen und die Ganerbschaft werden der römischen communio untergeordnet; bei der Erbverbrüderung, auch in ihrer ältesten Gestalt, werden nur eventuelle Rechte angenommen, welche auch bei dem Familienvermögen des hohen Adels das ausschließliche Eigenthum des Inhabers beschränken sollen; bei den Marken-

unsere Rechtsquellen, wenn auch der Name und die technische Formulirung neueren Ursprungs sind; ihn wieder aufgeben, hieße den positiven Rechtsstoff willkürlich verkürzen und die unbefangene Würdigung selbständiger Rechtsinstitute gefährden.

#### §. 84.

#### IV. Von den Gemeindegütern.

Die ältesten Nachrichten über die agrarischen Einrichtungen der Deutschen weisen auf zwei verschiedene Wirthschaftssysteme hin, welche neben einander hergehend, für die Vertheilung von Grund und Boden unter den Anstiedlern maassgebend gewesen sind. In einem Theile Deutschlands bestand eine Feldgemeinschaft, von welcher nur die einzelne Hofstätte (der Tost) ausgeschieden war, indem diese in den verschiedenen Schlägen oder Kampen die ihr zugewiesenen Landtheile hatte; nach dem andern Systeme dagegen herrschte der gesonderte Hofbesitz vor, an den sich die Markengenossenschaft für das gemeinsam gebliebene Land anlehnte.<sup>1)</sup> Dieser Unterschied ist in seinen Folgen einflussreich geblieben; äußerlich trat er jedoch bei der stets wachsenden Bedeutung des Sondereigenthums allmählich mehr zurück, und es blieb im Allgemeinen nur der Gegensatz zwischen dem gemeinschaftlichen und dem gesonderten Grundbesitz, welcher sich aber unter verschiedenartigen Einwirkungen verschieden gestaltete.

Im Allgemeinen läßt sich annehmen, daß die einzelnen

---

genossenschaften wird das Eigenthum der einzelnen Märker und das Gemeindegütervermögen streng geschieden, bei der ehelichen Gütergemeinschaft nur dem Manne das Eigenthum zugesprochen; die Actiengesellschaft und Gewerkschaft ist eine *communio* mit ausgeschlossener Theilungslage. — Der Ausführenden von Duncker sind namentlich gefolgt: Hillebrand, Lehrbuch §. 57. — Gerber, System §. 77. — Auch Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 11. — Rittermaier, Grundsätze I. §. 155. stimmen im Wesentlichen damit überein; eigene Ansichten hat Brakenhöft in der Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 62 ff.

1) Waig, deutsche Verfassungsgeschichte I. S. 19 52.

Berechtigten, welche an dem Gemeinlande (der Allmende) einen Antheil hatten, in einer gewissen genossenschaftlichen Verbindung unter einander standen; von besonderer Wichtigkeit mußte es aber sein, welches Verhältniß zwischen dieser Genossenschaft und der politischen Gemeinde galt: ob beide vollständig getrennt waren oder ganz zusammen fielen oder doch in einer bestimmten Beziehung zu einander sich befanden. Diese drei Combinationen kommen nun in der That neben einander vor. Während die Markengenossenschaft als ein selbständiges Rechtsinstitut für die sie betreffenden Angelegenheiten neben dem gewöhnlichen Gemeindeverbande wirksam ist<sup>2)</sup>, erscheinen in der Ortsgemeinde nach der älteren Verfassung diejenigen, welche an dem Gemeinlande Theilrechte haben, als besonders bevorzugt, und bilden, den übrigen Besitzern gegenüber, die eigentlich berechnete Corporation. Aber auch das Recht der Gutsherrschaft macht sich hier geltend; die Besitzer gewinnen zum Theil gewisse Anrechte an den Nutzungen des Gemeinlandes, welche ihnen, insoweit sie zu Gemeindezwecken verwandt werden, überhaupt zu Gute kommen. Die neuere Zeit endlich führt dahin, auch in der Landgemeinde das Ortsbürgerrecht zu begründen und sie überhaupt zu einer politischen Institution zu erheben, was die Stadtgemeinde von jeher gewesen war. Diese Veränderungen haben auf das Recht der Gemeindegüter zum Theil wesentlich eingewirkt<sup>3)</sup>; dasselbe läßt sich nur unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Momente richtig darstellen.

I. Das Gemeindevermögen dient unmittelbar dem Zwecke der Gemeinde, ohne daß überhaupt besondere Nutzungsrechte einzelner Gemeindeglieder daran begründet sind. Ein solches *patrimonium universalis*, in den Städten Kammereivermögen, auf dem Lande Ortsvermögen genannt, ist das privative Eigen-

2) v. Löw, über die Markengenossenschaft, Heidelberg 1829. — J. Grimm, R. A. S. 494—532. Reste dieser alten Einrichtung finden sich noch, z. B. in Hannover; s. Grefe, Zeitschen II. S. 323—34.

3) Renaud in der Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 1—76.

thum der Gemeinde als einer juristischen Person<sup>4)</sup>; zu demselben gehören namentlich auch solche Sachen, welche für Alle gleichmäßig zum öffentlichen Gebrauche bestimmt sind, wie Straßen, Thore, Beleuchtungsanstalten u. s. w.<sup>5)</sup>

II. Es giebt Güter, welche mittelbar dem Zwecke der Gemeinde dienen und auch in einer bestimmten rechtlichen Beziehung zu derselben stehen können, indem den Communalbehörden die Verwaltung oder wenigstens die Oberaufsicht über die Verwaltung zusteht, ohne daß sich jedoch das Eigenthum bei der Gemeinde findet. Dahin gehört namentlich das Vermögen von Stiftungen, welche als juristische Personen das Eigenthum an ihren, zu selbständigen Zwecken bestimmten Gütern haben.<sup>6)</sup>

III. An den Gemeindegütern stehen den einzelnen Gemeindegliedern bestimmte Nutzungsrechte zu.

a. Die gemeinsame Benutzung der Güter, meistens Weiden, Moore, Waldungen, beruht nicht auf einem speciellen Rechtstitel der Einzelnen, sondern ist die Folge einer verfassungsmäßigen Anordnung der Corporation, welche daher auch durch ihre Beschlüsse Abänderungen in der Art und Vertheilung der Benutzung hervorrufen, ja diese zum Besten des Ganzen wieder aufheben kann, wenn nicht in der Form der Verleihung die Einräumung eines wohlervorbenen Rechts liegt. Ob namentlich die Vertheilung der Nutzungsrechte nach der Zahl der Gemeindeglieder oder Feuerstellen oder nach dem Maaße des Grundbesitzes oder des Wirthschaftsbetriebes oder der Steuerlast festgesetzt werden, ob sie ferner nur den wirklichen Gemeindegliedern oder auch den Besitzern zukommen, ob dafür Zahlungen an Einkaufsgeldern, Weidegeldern oder dgl. zu entrichten sind —

4) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 70. 71. — Bayer. rev. Gemeindeordnung Tit. I. Cap. 2. §. 25.

5) Bayer. rev. G. D. a. a. D. §. 24. — Gaudlitz, de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis spec. (Haubold, opusc. academ. II. p. 547—620.) cap. IV. §. 1.

6) Vgl. oben Band I. §. 72. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 73.

das Alles hängt von den gesetzlichen Vorschriften und den besonderen Einrichtungen der einzelnen Gemeinden ab.<sup>7)</sup>

b. Das Recht der Einzelnen an dem Gemeindegut stellt sich als ein selbständiges dingliches Nutzungsrecht dar, welches in der Regel als ein Realrecht mit einem Grundstücke verbunden, durch ausdrückliche Verleihung, Herkommen, Verjährung oder durch einen andern Rechtstitel erworben ist. Das Eigenthum der Güter bleibt in diesem Fall der Gemeinde, ist aber durch das Nutzungsrecht der einzelnen Mitglieder beschränkt, indem diese z. B. einen Anspruch auf bestimmte Lieferungen aus dem Gemeindegut haben, der zum Besten der Commune verwaltet wird.

c. Der Gemeinde steht ein bestimmtes Recht der Aufsicht, der Feldpolizei u. dgl. zu, die wichtigsten Eigenthumsrechte sind aber bei den Theilnehmern am Gemeingut, zu deren Vortheil die Bewirthschaftung geschieht, so daß Abgaben zu Gemeindezwecken besonders begründet sein müssen, und nur ausnahmsweise eine Gemeinschaft der Nutzungen zwischen der Gesamtheit und den Einzelnen besteht. Auch hier findet sich für das Sonderrecht der Einzelnen entweder die Form der Realrechte, oder die Nutzungen werden, nach ideellen Theilen berechnet, von den Inhabern als selbständige Vermögensrechte besessen und können von ihnen frei veräußert werden.<sup>8)</sup>

---

7) Württemb. Gesetz über das Gemeindegüter- und Weisigrecht v. 4. Dec. 1833. Art. 49. 53. — Preuß. Städteordnung v. 19. Nov. 1808. §. 53. — Declaration v. 26. Juli 1847. §. 1. Abf. 2. 3. — Dähner, Sammlung gemeiner und besonders Pommerischer und Rügischer Landesurkunden. Suppl. II. S. 1204 ff. — III. S. 295 ff. 324 ff. 352 ff. 385 ff. 397 ff. 517 ff. — IV. S. 378 ff. 747 ff.

8) Das erstere Verhältniß ist das gewöhnliche, doch finden sich auch jetzt noch in einigen Gegenden die veräußerlichen Theilrechte, welche den Actien zu vergleichen sind. Vgl. Duncker, Gesamteigenthum S. 169. — Sternberg, Hessische Rechtsgewohnheiten I. S. 6. — Michelsen in der Zeitschrift für deutsches Recht VII. S. 94 ff. — Renaud a. a. D. IX. S. 47 ff. Dagegen bestimmt die Badische Gemeindeordnung

Rechtsverhältnisse dieser Art stammen aus der früheren Verfassung der Landgemeinden her, welche ursprünglich nur von den mit bestimmten Theilrechten am Gemeinlande ausgestatteten Grundbesitzern gebildet und von diesen (in manchen Gegenden Gerechtigkeitsmänner genannt) auch später, nach der Aufnahme von Besitzern, ausschließlich regiert wurden. Wo nun anstatt dieser Realgemeinde die politische Ortsgemeinde eingeführt ist, da bleibt jenen Theilnehmern am Gemeinbenutzen ihr besonderes Recht vorbehalten; sie bilden regelmäßig innerhalb der neuen Gemeinde eine eigene Privatgenossenschaft, welche ihre besonderen Interessen selbständig wahrnehmen kann.<sup>9)</sup> Wo dagegen jene Auscheidung noch nicht erfolgt ist, und die Genossenschaft der Realberechtigten zugleich die Gemeinde ausmacht, da überwiegt doch in Beziehung auf die Gemeindegüter die privatrechtliche Seite des Verhältnisses, und ein Eigenthum der Gemeinde kann

---

§. 89. „Die Berechtigung zum Allmendgenusse darf durch Veräußerung oder Erbschaft auf andere nicht übertragen werden, außer wo das Nutzungsrecht auf dem Besitze gewisser Liegenschaften haftet, und in solchem Fall nur zugleich mit diesen letzteren.“

9) Die deutsche Gesetzgebung hat im Allgemeinen den privatrechtlichen Charakter dieser s. g. Realgemeinderechte gewahrt, wenn auch die besondern Rechtsverhältnisse nicht immer mit voller Bestimmtheit unterschieden sind. Außer den angeführten Abhandlungen von Sternberg und Renaud vgl. Buntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 78 ff. 251 ff. — II. S. 73 ff. — Weiske, prakt. Untersuchungen III. S. 67 ff. — Duncker, das Gesamteigenthum S. 152—95. — Ortloff, Heimbach, Schüler, Guyet, juristische Abhandlungen und Rechtsfälle I. S. 293 ff. 318 ff. Ferner: Preuß. Gemeindeordnung v. 11. März 1850. §. 46. 106. — Württemb. Gesetz über das Gemeindebürger- und Besitzrecht Art. 6. 49—51. (vgl. den Ministerialerlaß vom 8. Nov. 1843. bei Bizer, die Realgemeinderechte S. 44 ff.) — Badische G. D. v. 31. Dec. 1831. §. 54. — Churhess. G. D. vom 23. Oct. 1834. §. 70. — Sachsen=Waimar. Land=G. D. v. 2. Febr. 1840. §. 30. — Wenig berücksichtigt sind die wohlervorbenen Sonderrechte der einzelnen Gemeindeglieder in der Bayer. G. D. §. 24. 25. und der großherzoglich hess. G. D. vom 30. Juni 1821. Art. 93—95. —

nur angenommen werden, insofern sie eben aus sämmtlichen Berechtigten gebildet wird.

III. Das Recht der Gemeindegüter kann noch durch das Obereigenthum der Gutsherrschaft<sup>10)</sup>, durch amtliche Nutzungen, Ansprüche der Beisitzer<sup>11)</sup> u. dgl. in verschiedener Weise modificirt werden; doch ist die Normirung der einzelnen hieher gehörigen Rechtsverhältnisse, insofern sie nicht aus der Anwendung allgemeiner Rechtsprincipien zu entnehmen ist, den Particularrechten zu überweisen.

---

Ueberieht man die verschiedenen hier näher bezeichneten Rechtsverhältnisse, so ist es klar, daß sie nicht alle unter denselben Rechtsbegriff gebracht werden können. In den unter I. II. und IIIa. aufgeführten Fällen liegt das Eigenthum einer juristischen Person, — der Gemeinde und beziehungsweise einer Stiftung vor, dessen Natur durch die, einzelnen Gemeindegliedern eingeräumten Nutzungsrechte nicht verändert wird. Auch die unter IIIb. erwähnten Sonderrechte schließen das Eigenthum der Gemeinde nicht aus; sie beschränken dasselbe nur mit den Wirkungen eines selbständigen dinglichen Rechts, und haben insofern Aehnlichkeit mit den Servituten, von denen sie sich aber durch die eigenthümliche Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses unterscheiden, so daß die für dieselben geltenden besonderen Grundsätze hier keine Anwendung finden können.<sup>12)</sup> Diese einzelnen Nutzungsrechte an den Gemeindegütern erscheinen vielmehr als dingliche Rechte an einer fremden Sache, welche ihre nähere

---

10) Renaud a. a. D. S. 16. 23. — Weiske, praktische Untersuchungen III. S. 72. — Preuß. Gemeinheitstheilungsordnung v. 7. Juni 1821. §. 9. 10.

11) Seuffert, Archiv II. Nr. 256.

12) Die entgegenstehende sehr verbreitete Ansicht ist namentlich auch durchgeführt in der oben Note 5. angeführten Abhandlung von Gaudlitz (Haubold) cap. I. §. 1. cap. IV.



Bestimmung aus der besonderen Natur des Gemeindeverhältnisses erhalten.<sup>13)</sup>

Anderß stellt sich jedoch die Sache in denjenigen Fällen, wo die Markengenossenschaft, die Realgemeinde oder die von ihr ausgeschiedene Privatgenossenschaft der Realberechtigten besteht. Hier überwiegen im Allgemeinen die Rechte der einzelnen Genossen, so daß von dinglichen Rechten an einer fremden Sache und von einem ausschließlichen Eigenthum der juristischen Person nicht die Rede sein kann.<sup>14)</sup> Auf der andern Seite aber nimmt die Gesamtheit (sei es Gemeinde oder Genossenschaft) in ihrer verfassungsmäßigen Organisation doch eine wichtige Stellung ein, indem sie die Einzelrechte zusammenhält und die einheitliche Leitung und Vertretung der gemeinsamen Angelegenheiten möglich macht, auch bestimmte Erträge aus dem Gemeindegute ziehen kann. Es liegt daher auch kein Miteigenthum im Sinne des römischen Rechts vor.<sup>15)</sup> Vielmehr ist hier ein Gesamteigenthum anzunehmen, welches durch die allgemeine Natur des Rechtsverhältnisses und die besondere Verfassung der einzelnen Corporation seine bestimmtere Gestaltung erhält.<sup>16)</sup>

#### §. 85.

#### IV. Von den Gemeindegütern (Fortsetzung). Die Auftheilung.

StaatSwirthschaftliche Rücksichten haben in neuerer Zeit das Bestreben hervorgerufen, die in Gemeinschaft liegenden

13) Vgl. Renaud a. a. D. S. 95, der aber diese Auffassung, indem er sie auch auf die Fälle des Gesamteigenthums überträgt, viel zu sehr generalisirt.

14) Diese Ansicht ist wieder vertreten von Römer in der Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 94—121.

15) Das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 72. — Tit. 8. §. 160. behandelt das Bürgervermögen nach den Regeln des gemeinsamen Eigenthums, was aber durch die Declaration v. 26. Juli 1847. §. 3. auf die Verwaltung beschränkt ist.

16) Bluntschli a. a. D. S. 78 ff. — Eichhorn, Einleitung §. 168. — J. Grimm, R. A. S. 495 ff. — Weiske a. a. D. S. 165 ff.

Güter durch Auftheilung einer erhöhten Cultur zugänglich zu machen. Darauf beruhen die in den meisten deutschen Staaten erlassenen gesetzlichen Bestimmungen über Gemeintheilungen, welche den bezeichneten Zweck aber zum Theil sehr einseitig verfolgt haben, indem sie weder auf die besondere Beschaffenheit gewisser Güter, namentlich der Waldungen, noch auf die dauernden Interessen der Gemeinden immer die gehörige Rücksicht nehmen.<sup>1)</sup> Die politische Seite der Frage kommt hier nicht zur Erwägung<sup>2)</sup>, aber auch die rechtliche kann nur vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus erörtert werden, und zwar nach Anleitung der im vorhergehenden §. angeführten verschiedenen Arten der Gemeindegüter. Die Particularrechte, nicht immer der leitenden Principien sich bewußt, weichen oft in sehr wesentlichen Punkten von einander ab.

I. Bei dem reinen Corporationsvermögen kann von einer Auftheilung desselben unter die Gemeindeglieder nicht die Rede sein; aber auch wenn Nutzungsrechte bestehen, welche keine wohlervorbenen geworden sind, sondern nur auf Concession beruhen, kann durch Corporationsbeschluß eine Aenderung und selbst Aufhebung derselben beliebt werden. Soll aus Billigkeitsgründen eine Entschädigung gewährt werden, und zieht man es nicht etwa vor, die gegenwärtig Berechtigten im Besiß zu lassen, so ist doch nur der Ersatz des jedem Einzelnen zukommenden Nutzens zu gewähren. Eine Ablösung nach dem Capitalwerthe oder gar eine Auftheilung der Güter wäre eine

---

1) Bezeichnend ist z. B. die Bestimmung der Preuß. Gemeintheilungs-Ordnung v. 7. Juni 1821. §. 1. „Die von mehreren Einwohnern einer Stadt oder eines Dorfs, von Gemeinen und Grundbesitzern bisher gemeinschaftlich ausgeübte Benutzung ländlicher Grundstücke soll zum Besten der allgemeinen Landescultur, so viel als möglich ist, aufgehoben, oder so lange sie besteht, möglichst unschädlich gemacht werden. §. 23. Es ist ohne Beweisführung anzunehmen, daß jede Gemeinschaftsauseinandersetzung zum Besten der Landescultur gereiche und ausführbar sei.“ —

2) S. St ü v e, Wesen und Verfassung der Landgemeinden S. 141 — 47.

Schenkung der Corporation an die gerade vorhandenen Mitglieder.<sup>3)</sup>

II. Es bestehen wohlervorbene Nutzungsrechte an dem Gemeindegute als einer fremden Sache. Ueber diese kann die Corporation ohne Zustimmung der Betheiligten nicht einseitig verfügen; eben so wenig aber haben diese einen Anspruch auf Theilung.<sup>4)</sup> Es kommen hier vielmehr im Allgemeinen die Grundsätze über die Ablösung der Grundlasten zur Anwendung, die aber, weil sie eine Enteignung enthalten, nur durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, oder wo diese fehlt, durch Vertrag herbeigeführt werden kann.<sup>5)</sup>

III. Die Güter stehen im Gesamteigenthum; dann ist die Auftheilung rechtlich zulässig, da auch etwaige Ansprüche der Gemeinde auf gewisse Abgaben und Nutzungen dabei berücksichtigt werden können. Die Theilung, welche eine Veräußerung und also eine Verfügung über wohlervorbene Rechte in sich schließt, kann aber nicht durch Corporationsbeschluß, weder der politischen noch der Realgemeinde, sondern nur durch die Uebereinstimmung sämmtlicher Berechtigten herbeigeführt werden.<sup>6)</sup> Um das ganze Theilungswerk jedoch nicht an dem Widerspruch Einzelner scheitern zu lassen, haben die neueren Gesetze aus-

3) Ein ausdrückliches Verbot enthält die Preuß. Declaration v. 26. Juli 1847. §. 1. vgl. Gemeinheitstheilungs-Ordnung für die Rheinprovinz — so wie für Neuvorpommern und Rügen v. 19. Mai 1851. §. 3.

4) Das Princip des gemeinschaftlichen Eigenthums war leitend in der früheren preuß. Gesetzgebung; s. A. L. R. Th. I. Tit. 17. §. 311 ff. — Gemeinheitstheilungs-Ordnung v. 7. Juni 1821. §. 17. Die Declaration v. 26. Juli 1847. hat aber sehr wesentliche Beschränkungen eingeführt.

5) Preuß. Ergänzungs-Gesetz über Ablösung bei Gemeinheitstheilungen v. 2. März 1850.

6) Bluntschli a. a. O. II. S. 84 ff. — Renaud in der Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 88—92. — Römer ebenda. XIII. S. 117. — Seuffert, Archiv II. Nr. 256.

drückliche Bestimmungen über die Art erlassen, wie der Beschluß auch ohne Stimmeneinheit gültig zu Stande kommen kann.<sup>7)</sup>

Was nun das Theilungsmaaß betrifft, so bestehen darüber verschiedene Ansichten, welche auf folgende zwei Theorien zurückzuführen sind.

a. Einige wollen den Umfang der Nutzungsrechte maaßgebend sein lassen. Ist derselbe durch ideelle Theile, oder in anderer Weise, z. B. bei dem Weidrechte nach der Stückzahl des Viehes fest bestimmt, so sollen darnach die Antheile gemacht werden; sonst ist vornämlich auf die Größe des berechtigten Grundbesizes, dessen Bedarf für die Nutzung den Ausschlag giebt, zu sehen.<sup>8)</sup>

b. Nach einer andern Ansicht sind im Zweifel Kopftheile zu machen, so daß die Gemeindeglieder gleiche Antheile bekommen, und nur, wenn die Nutzungen von verschiedenem Umfange sind, deren Werth bei der Vertheilung in Anschlag gebracht wird.<sup>9)</sup>

Welche dieser Theorien die richtige ist, hängt davon ab, ob

7) Die Bestimmungen hierüber sind, da sie nur auf Zweckmäßigkeitsrückichten beruhen, natürlich verschieden; s. Bad. G. D. §. 97. 105. — Großh. Hess. G. D. Art. 95.

8) Gaudlitz (Haubold) de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis spec. cap. IV. — Vgl. Preuß. Gemeinheitstheilungsordnung v. 7. Juni 1821. §. 30. „Bei einer jeden Auseinandersetzung müssen die Betheiligten nach ihren Theilnehmungsrechten abgefunden werden.“ — Großh. Hess. G. D. Art. 96. „Durch die Theilung, welche unter Leitung der Provinzialregierung erfolgt, erhält jeder, welcher bisher Theil an dem Genuße hatte (also einschließlich der Weisassen, wenn sie bisher Theil daran hatten), nach Verhältniß der jetzigen Theilnahme an dem Genuße, einen Theil des bisherigen Gemeindevermögens erb- und eigenthümlich. Gemeindevaldungen sind von dieser Theilung ausgeschlossen.“

9) Thibaut, civilistische Abhandlungen S. 381—403. Nur Kopftheile gewährt in der Regel die Bad. G. D. §. 106. „Werden seither gemeinschaftlich benützte Almendgüter zu Eigenthum vertheilt, so geschieht die Theilung, wenn von der Gemeinde nichts Anderes bestimmt ist, ohne Rücksicht auf den Genuß, unter sämtliche Gemeindebürger nach Köpfen, in Theilen von möglichst gleichem Werth, durch das Los.“

das Recht der Corporation im Gesamteigenthume ein bloß politisches ist und für die Gesamtheit, wenn auch einzelne Erträge, doch keine eigentlichen Nutzungen mit sich bringt; oder ob auch diese zwischen der Corporation und den Einzelnen getheilt erscheinen. Im ersteren Fall rechtfertigt sich die Auftheilung nach dem Maaße der Nutzungsrechte, im zweiten Fall ist aber deren Werth nur zu den Kopftheilen in Anschlag zu bringen, da bei dem selbständigen Recht der Gesamtheit der Umfang der von den einzelnen Genossen geübten Nutzung nicht einen entsprechenden Antheil an der Vermögenssubstanz repräsentirt. Indessen ist bei den Gerechtigkeiten der Realgemeinde das erstere Verhältniß das Gewöhnliche, und die Theilung nach dem Umfange der Nutzungsrechte als die Regel festzuhalten.

Ueber die Abfindung der Beisitzer, der Wittwen von Gemeindebürgern, der Pfarrer, Schullehrer wegen amtlicher Verbindungen u. s. w. enthalten unter Anwendung des Princips der vollständigen Entschädigung die Particularrechte genauere Vorschriften.<sup>10)</sup>

Grundstücke, die früher nicht benutzt gewesen, Wüsteneien, Lehden, kommen überhaupt nur in die Theilung, insofern sie zu der im Gesamteigenthum befindlichen Gütermasse gehören.<sup>11)</sup>

## §. 86.

### v. Das Eigenthum an beweglichen Sachen.

Es ist wohl zur allgemeinen Charakteristik des deutschen und römischen Sachenrechts die Behauptung aufgestellt worden,

10) Bayer. rev. G. D. §. 25. — Württemb. Gesetz über das Gemeindebürger- und Beisizrecht v. 4. Dec. 1833. §. 53. 54. — Bad. G. D. §. 108. 109. — Großh. Hess. G. D. Art. 93. 98.

11) Zu weit geht im Interesse der Nutzungsberechtigten Gaudlitz (Haubold) l. c. cap. IV. §. 6. Ebenwenig gilt aber für die Gutsherrschaft eine Präsuntion des Erwerbs, s. v. Langenn und Kori, Erörterungen II. S. 143—66., oder gar, ohne particularrechtliche Begründung, ein Recht des Staats, s. Strube, rechtliche Bedenken IV. 109.

daß das erstere mehr auf der Grundlage der unmittelbaren Herrschaft über die Sache — des Besitzes beruhe, letzteres dagegen den Begriff des dinglichen Rechts zum herrschenden gemacht habe.<sup>1)</sup> Diese Ansicht ist nun, wie schon das Institut der gerichtlichen Auflassung darthut, für das deutsche Recht des Grundbesitzes nicht durchzuführen; aber in Betreff der fahrenden Habe erscheint sie begründet. Während nämlich das römische Recht auch für diese den Eigenthumsbegriff consequent festhält und die vindication unbedingt gelten läßt, hat das deutsche Recht in dieser Beziehung eine sehr wesentliche Beschränkung. Wer eine bewegliche Sache freiwillig und ohne die Absicht, Eigenthum zu übertragen, aus seiner Gewere läßt, kann gegen den dritten Besitzer keine Klage auf Zurückgabe anstellen, sondern muß sich mit seiner Forderung an den Empfänger als den Schuldner halten. Man hat dieß sprüchwörtlich so ausgedrückt: Hand muß Hand wahren, oder: Wo man seinen Glauben gelassen hat, muß man ihn wieder suchen.<sup>2)</sup>

Diese Regel galt ursprünglich allgemein bei jeder freiwilligen Besitzentäußerung<sup>3)</sup>, und fand ihren Gegensatz in dem

1) G a u p p, Zeitschrift für deutsches Recht I. 1. S. 90 ff.

2) Beide Sprüchwörter, die aber kein hohes Alter haben (s. Albrecht, Gewere Note 187.) werden gewöhnlich als gleichbedeutend betrachtet und kommen auch im rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 2. Art. 1. 2. so vor. Ursprünglich mögen sie aber einen besonderen Sinn gehabt haben, worauf die friesischen Rechtsquellen hindeuten; denn die Worte: hond seel hond wera — werden hier auf den Empfänger der Sache bezogen und bedeuten: die Hand soll der Hand Gewähr leisten; s. v. N i c h t h o f e n im friesischen Wörterbuch s. v. wera S. 1136; vgl. Friesische Rechtsquellen S. 66. Anm. 17. — K r a u t, Grundriß §. 115. Nr. 127—30. — Einen verschiedenen Sinn findet in den Sprüchwörtern: R e y s c h e r, Zeitschrift für deutsches Recht V. S. 198 ff.

3) Die entscheidende Stelle ist Sächf. Landr. B. II. Art. 60. §. 1. „Swelk man enen anderen liet oder sat perde, oder en kleid, oder jeneger, hande varende have, to swelker wis he die ut von sinen geweren let mit sine willen, verlost sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstolen oder asgerovet; jene, die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane

Recht des Eigenthümers, die ihm geraubte oder gestohlene Sache mit dem „Anfang“ auch von dem dritten Besitzer abzugewinnen<sup>4)</sup>; sie läßt sich nicht auf eine bloß formelle Modification des Vindicationsprocesses zurückführen<sup>5)</sup>, sondern muß als ein Grundprincip des deutschen Sachenrechts aufgefaßt werden. Indessen kommen schon früh in einzelnen Rechtsquellen mildernde Beschränkungen des starren Principes vor, welche mit der wachsenden Bedeutung der fahrenden Habe im Zusammenhang standen und dem römischen Recht in dieser Lehre den Weg bahnten.<sup>6)</sup>

uppe den, deme he sie leich oder versatte.“ Die Worte: „to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sine willen“ scheinen sich doch in natürlicher Construction auf den Eigenthümer und nicht auf den Empfänger zu beziehen, so daß sie das Leihen und Verleihen generalisiren. S. Albrecht, Gewere S. 86 ff. — Gaupp a. a. D. S. 116 ff. — Gries, Commentar zum Hamburger Stadtrecht II. S. 204 ff. — Budde, de vindicatione rerum mobilium germanica (Bonnae 1837.) p. 42 sqq. — Anderer Ansicht sind Croy in den crim. Beiträgen von Hudtwalcker und Trummer II. 2. S. 258 ff. (später scheint Croy indessen seine Ansicht geändert zu haben, s. Heise und Croy, jur. Abhandl. II. Nr. 9. §. 4.) Brunß, das Recht des Besitzes S. 316—18. Trummer, Vorträge II. S. 132 ff.

4) „Anfang“ heißt die Klage von der Einleitung des Vindicationsprocesses durch das Anfangen, Anfasseln der Sache; sie ist aber nicht mit Albrecht a. a. D. S. 81 ff. als eine dingliche Klage im allgemeinen technischen Sinne aufzufassen, sondern nur die bestimmt formulirte Forderung auf Herausgabe der gestohlenen oder geraubten Sache; s. Croy a. a. D. S. 283 ff. — Planck, Zeitschrift für deutsches Recht IX. 246—47. Vgl. auch wegen des Ausdrucks „sich zu einer Sache ziehen“ Gaupp a. a. D. 126. — Wenn in einer den Schöffen vorgelegten species facti (Böhme, dipl. Beitr. VI. 129.) vom Anfangen bei einem Streite über Gerade gesprochen wird, so scheint dieß ein ungenauer Ausdruck zu sein; möglich ist es aber auch, daß die Mutterschwester sich gerade zur Anstellung dieser Klage für befugt hielt.

5) Gegen diese von Eichhorn, Einleitung §. 170—71. beharrlich festgehaltene Ansicht s. Croy a. a. D. S. 286—99. — Albrecht a. a. D. S. 88 ff.

6) Albrecht a. a. D. §. 11. — Wenn die Unterschlagung auch in diesem Fall dem Diebstahl gleichgestellt (Sächf. Landr. B. II. Art. 29.) und ferner bestimmt wird, daß ein Knecht die ihm anvertrauten Sachen durch Veräußerung dem Herren nicht entzieht (a. a. D. B. III. Art. 6. §. 1. — Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 6. Art. 5. — Hamb. Stadtr.

a. Wer eine Sache zu getreuer Hand ausgethan (deponirt) hat, der kann sie auch von dem dritten Besitzer abfordern.<sup>7)</sup>

b. Ist die Sache dem Empfänger gestohlen, so kann der frühere Besitzer in gewissen Fällen anstatt des Empfängers die Klage auf Herausgabe derselben anstellen.<sup>8)</sup>

c. Die Sache darf nicht bei dem Empfänger von dessen Gläubigern gepfändet werden.<sup>9)</sup>

d. Der dritte Besitzer muß die Sache, auch wenn er sie von dem Empfänger rechtlich erworben hat, wieder herausgeben, wenn das, was er darauf gezahlt hat, ihm geboten wird. Der Eigenthümer, welcher sich des Besitzes entäußerte, behält also das Recht der Wiedereinlösung.<sup>10)</sup>

v. 1605. Th. II. 9, 8.), so ist darin eine Abweichung von dem Princip noch nicht zu erkennen. Vgl. Bamberg. Stadtr. (Zöpfl, Urkundenbuch) §. 115. — „daz einem verstolen, geraubet oder on recht entwert ist“. Ueber die vindication abgetrogener Sachen s. Heise und Cropp, jur. Abhandl. II. Nr. 9. — Gries, Commentar II. S. 203.

7) Goslar. Stadtr. (Götschen) S. 99. „Deyt man emme wat to truver hand to behaldene, untvernet he dat oder wert it im untvernet van sinem ghesinde weder sinen willen, da mach de sich to ten deme dat untvernet is, also alse it im verstolen were. Deme voghede ne wert aver de dritte del nicht.“ Dagegen bestimmt das Stadtrecht von München (Auer) Art. 177. „Swer dem andern in treus hant ze behalten geit oder enpfilcht, der sol niemant darumh ansprechen, denn den, dem er ez empfolchen hat.“

8) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 191. „Unde ist daz mir ein guot verstolen wirt daz mir nicht ist, da sol ich der klager umbe sin, unde stirbe ich, oder entwich ich von der klage, so sol der dar nach klagen, des ez da ist.“ Cropp a. a. D. S. 266. hält diese Bestimmung für das ursprüngliche, gemeine Recht; s. aber Albrecht a. a. D. S. 95. — Gaupp a. a. D. S. 128–29.

9) Goslar. Stadtr. S. 68. „Hest en en pant dat he heft weder ghelovet to antwardene wanne dat van ime loft werde, dat ne mach man under eme nicht besetten.“ Vgl. Baier. Landr. (Heumann) S. 151.

10) Altes Lübsches Recht bei Sach, cod. II. Art. 194. „En jewelic mensche se weme he fines dinghes oder ghudes wat lene. wante cumt it so dat de deme it ghelenet is it verkovt oder vorsettet unde ofte it bekummeret wert. oder holt it iement up de deme anderen dat ghelenet hevet de is plichtich it to losen de oft het wedder hekben wil. unde de gene de it



e. Sachen, die einem Handwerker zur Verarbeitung hingegeben sind, können um den Betrag des daran verdienten Lohnes wieder eingelöst werden.<sup>11)</sup>

f. Nur der Besitzer im guten Glauben kann sich auf die Regel: Hand muß Hand wahren, berufen.<sup>12)</sup> Durch diese Beschränkung hat das Princip eigentlich seine ursprüngliche Bedeutung verloren; die freiwillige Besitzentäußerung hebt das Eigenthum an der Sache nicht auf, sondern gewährt nur dem Besitzer im guten Glauben eine Einrede gegen die vindication. Nach

under sie hevet maghet bet (bat) beholden na stades rechte den de gene de deme anderen dat gelenet hevet.“ — Nev. Lüß. Stadtr. B. III. Tit. 2. Art. 2. „Ein jeglicher sehe wohl zu, weme er das Seine ausleihe und vertraue; dann würde es sich zutragen, daß derjenige, deme es geliehen oder vertrauet, dasselbe verkauffte, versezte oder sonst alienirte, wil dann der Ausleiher das Gut wieder haben, von dem, welchem das ausgeliehene Gut per contractum gebracht, so muß er es selbst lösen, sonstn bleibet der es gekaufft, oder an sich gebracht, näher darbey, dann derjenige, welcher das Gut ausgeliehen: dann da jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wiederum suchen.“

11) Nev. Lüßsch. Recht B. III. Tit. 8. Art. 17. „Verdinget einer Kleider oder etwas anders einem Handwerksmann zu machen, und derselbige verkaufft oder versezt das Zeug, welches er bearbeiten soll, so ist der neher dabey, welchem das Zeug gehöret, zu bleiben, dann derjenige, dem es verkaufft oder versezt worden, und darff demjenigen, bey welchem er sein Zeug findet, nicht mehr als das Machelohn, so viel er daran verdienet, bezahlen.“ Vgl. Stader Statuten III. 15. (Pufendorf, obs. jur. I. app. p. 194.) — Bremer Statuten XXXVI. (Delrichs p. 90.) — Hamburger Stadtr. Th. II. Tit. 9. Art. 18.

12) Hamburger Stadtr. Th. II. Tit. 2. Art. 7. „Welcher Mann dem andern leihet sein Pferdt, Kleidt oder was es für Gutt sey, und auf wasserlei weise er das aus seinen wehren leffet, mit seinem willen, und verkaufft es derjenige, der es in seinen wehren hat, oder versezt er dasselbige, oder wird es ihm abgeraubet oder abgestolen: So mag derjenige, der es erstlich verliehen oder versezt hat, darauff wieder den Einhaber desselben, wofern derjenige solches mit gute m Titul an sich gebracht, keine förderung haben, sondern muß sich deswegen an demselben, welchem er es geliehen oder versezt hat, oder so derselbige verstorben, an dessen Erben halten.“ Das Erforderniß des guten Titels für den Beklagten, welches die älteren Recensionen des Statuts noch nicht haben, schließt auch das des guten Glaubens in sich; s. Gries, Commentar II. S. 214.

den Statuten, welche die Regel in dieser Weise auffassen, muß daher auch consequenter Weise dem Beklagten der Beweis der freiwilligen Besitzentäußerung, nicht aber dem Kläger der des Diebstahls oder Raubes obliegen.<sup>13)</sup>

An diese spätere Rechtsbildung haben die neueren deutschen Gesetzbücher angeknüpft. Das preussische Landrecht schützt in Betreff der dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommenen Sache nur den Besitzer im guten Glauben, der sie durch einen lästigen Vertrag erworben hat, und auch nicht weiter, als daß er Erstattung des für die Sache Gegebenen oder Geleisteten fordern kann<sup>14)</sup>; das österreichische Gesetzbuch dagegen schließt zum Vortheile des Besitzers im guten Glauben die Eigenthumsklage aus.<sup>15)</sup> Nur das französische Civilgesetzbuch

13) Dennoch bestimmt, wohl in Erinnerung an das frühere Beweisverfahren, das Hamburger Stadtrecht Th. II. Tit. 8. Art. 8. „Welcher Mann etwas kauft, der sol sich vorsehen, und eigentlich war nehmen, was und von weme er kauft, dann wann ein Gut gestolen, geraubet und abgetrogen ist, und der rechte Herr desselbigen kömpt und glaubwürdige Anzeige thut, das solches Gut sein gewesen und noch sey: So mag er dasselbe mit Vorwissen des Richters, ohne alle entgeltuß und bezahlung des ausgegebenen kauffgeldes, wiederumb an sich nehmen, und sol der kaffer, wofern er umb den diebstal und betriegung gewußt, mit gebührender straffe belegt werden.“ Vgl. Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. S. 148. Note 10. — Seuffert, Archiv III. Nr. 6. Anders das Oesterr. Gesetzb. §. 367. s. unten Note 15.

14) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 15. §. 25. „Wer die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache von einer unverdächtigen Person, durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, muß dieselbe zwar ebenfalls zurückgeben. §. 26. Er kann jedoch dagegen die Erstattung alles dessen, was er dafür gegeben oder geleistet hat, fordern.“

15) Oesterr. Gesetzb. §. 367. „Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht Statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgelt von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer andern Absicht anvertrauet hatte. In diesen Fällen wird von dem redlichen Besitzer das Eigenthum erworben, und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu.“

nimmt auf den guten Glauben und auf den Erwerbstitel des Besitzers keine Rücksicht. <sup>16)</sup>)

Wo aber weder durch Gesetz noch durch Gewohnheit die Regel „Hand muß Hand wahren“ aufrecht erhalten worden ist, hat sie gegenwärtig überhaupt keinen Anspruch auf Geltung. Wenn auch ursprünglich ohne Zweifel gemeinen Rechtes, ist sie durch das entgegenstehende Princip des römischen Rechts verdrängt worden. Selbst in dem gemeinen Sachsenrecht hat sie sich nicht erhalten können <sup>17)</sup>), und findet, abgesehen von den Bestimmungen der neueren Gesetzbücher, nur in dem Recht der Hansestädte und den verwandten Statuten ihre volle Anwendung. <sup>18)</sup> Hier hat sich auch die Lehre zu einer reichen Casuistik entfaltet, die aber, weil sie sich nothwendig an die einzelnen statutarischen Bestimmungen anlehnt, für eine principielle Erör-

16) Code civ. Art. 2279. En fait de meubles la possession vaut titre. — Néanmoins celui qui a perdu, ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. Vgl. Renaud, krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes XVII. S. 137—72. 212—32.

17) B. Carpzov. jurispr. for. P. II. const. 26. def. 5. Nr. 4—9. Sed valde irrationabilis est hac in re sanctio juris saxonici (Spec. Sax. L. II. art. 60.) — Quare hac sanctione neglecta observantia fori saxonici aliud introduxit. — Kind, quaest. jur. III. cap. 25. — Haubold, Lehrbuch §. 188. Note f. — Sackse, Handbuch des Sachsen-Waimar. Privatrechts §. 287. — Hesse, Handbuch des Sachs. Altenburg. Privatrechts §. 229. — Dagegen gilt die Regel noch nach dem liv- und estländischen Recht, s. v. Bunge, Liv- und Esthland. Privatrecht I. §. 136., und auch in Schleswig-Holstein ist sie, auch abgesehen von den mit Lübischem Recht bewidmeten Städten, nicht ganz außer Übung gekommen; vgl. Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts der Herzogthümer Schleswig und Holstein §. 32. — Ueber die Schweiz s. Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich II. S. 103—5.

18) So kommt in Mecklenburg die Regel nur nach dem Rostocker Stadtr. B. III. Tit. 2. Art. 1. — Tit. 4. Art. 9. zur Anwendung; s. v. Kampß, Handbuch des Mecklenburg. Civilrechts §. 33. Ueber das Lübische Recht in den russischen Ostseeprovinzen s. v. Bunge a. a. O. §. 137.

terung vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus sich nicht wohl eignet.<sup>19)</sup>

In manchen Particularrechten finden sich Bestimmungen, durch welche die Eigenthumsklage aus andern Gründen ausgeschlossen oder beschränkt wird, z. B. in Folge von Leihhausprivilegien<sup>20)</sup> oder wenn Sachen auf einer öffentlichen Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne oder vom Fiscus gekauft sind.<sup>21)</sup> Allein diese auf Nützlichkeitsrücksichten beruhenden Vorschriften haben für das gemeine Recht keine Bedeutung. Die Frage dagegen, ob und inwiefern die Eigenthumsklage wegen Papiere auf den Inhaber gegen den dritten Besitzer, der sich im guten Glauben befindet, angestellt werden kann, hängt mit dem besonderen Recht dieser Papiere zusammen und ist später im Zusammenhange mit der ganzen Lehre zu erörtern.

### §. 87.

#### VI. Von der Erwerbung des Eigenthums.

Für die Lehre von der Erwerbung des Eigenthums kommen im Allgemeinen die Grundsätze des römischen Rechts zur An-

19) Einzelne Erörterungen finden sich bei Eichhorn, Einleitung §. 172. — Rittermaier, Grundsätze I. §. 154. — Gaupp, Zeitschrift für deutsches Recht I. 1. S. 125—33. — Gries, Commentar zum Hamb. Stadtr. II. S. 198—217. und bei den Commentatoren des Lübischen Rechts. Vgl. außerdem Vinc. Rumpf, de rei vindicatione ex jure Rom. et Hamb. Gottg. 1764. — H. G. Heineken, de paroemia juris German. Hand muss Hand wahren, in primis ex jure statut. reip. Bremensis. Gotting. 1823. — C. G. Curtius, de rei vind. jure Lubecensi arctis limitibus circumscripta. Jen. 1794.

20) Steinacker, Braunschweigsches Privatrecht §. 176. — Rittermaier, Grundsätze I. §. 154. Note 27. Vgl. über das frühere Privilegium der Juden Sächf. Landr. B. III. Art. 7. §. 4.

21) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 15. §. 42—44. — Oesterr. Gesetzb. §. 367. s. oben Note 15.

wendung: nur das Institut der gerichtlichen Auflassung, welches zum Gegenstande einer besonderen Erörterung zu machen ist, nimmt eine ganz selbständige Stellung ein. Indessen finden sich doch auch in Betreff der anderen Erwerbarten einige Modificationen des römischen Rechts, welche, wenn auch meistens nur von particularrechtlicher Bedeutung, zum richtigen Verständniß der Lehre einer Erwähnung bedürfen.

### I. Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen durch Besitzübertragung.

Die Ansicht der älteren Theorie, daß nach römischem Rechte eine symbolische Besitzübertragung möglich gewesen, kann jetzt als beseitigt angesehen werden; dagegen aber fragt es sich, ob dieselbe nicht nach deutscher Rechtsanschauung, welche sie bei den Grundstücken unzweifelhaft anerkannte, auch bei beweglichen Sachen vorkommen könne. Das ältere deutsche Recht hat jedoch in dieser Beziehung kein allgemeines, dem römischen Recht entgegenstehendes Princip ausgebildet, und wenn ein solches in den neueren Gesetzbüchern aufgestellt wird, so erscheint es als das Ergebniß der zur Zeit ihrer Abfassung herrschenden Theorie.<sup>1)</sup> Indessen läßt sich eben so wenig darthun, daß dem Wesen der älteren Besitzlehre die symbolische Uebertragung des Eigenthums an beweglichen Sachen widersprochen hätte, da der Geltung des Symbols für diesen Fall kein allgemeiner Rechtsgrundsatz

---

1) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 7. §. 61. „Die Uebergabe kann nicht nur körperlich, aus Hand in Hand, sondern auch durch Zeichen (symbolisch) geschehen.“ — Oesterr. Gesetzbuch §. 427. „Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Waarenlager oder einer andern Gesamtsache, gestattet das Gesetz die Uebergabe durch Zeichen; indem der Eigenthümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird, oder die Werkzeuge übergiebt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder, indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist.“ Vgl. Baier. Landr. Th II. Cap. 3. §. 7. Nr. 6.

entgegenstand, und wenn daher im heutigen Gewohnheitsrecht einzelne Beispiele einer solchen Uebereignung vorkommen, so spricht sich darin die Autonomie der deutschen Rechtsbildung im Gegensatz zu dem Romanismus aus. Solche Beispiele kommen aber vor; von gemeinrechtlicher Geltung ist der Rechtsatz, daß durch Aushändigung des Connoffements das Eigenthum der Waare übertragen wird<sup>2)</sup>; in Particularrechten finden sich aber noch andere verwandte Fälle, z. B. die Uebertragung des Eigenthums an Bäumen durch den Anschlag mit dem Waldhammer.<sup>3)</sup>

## II. Die Bemächtigung.

Die Lehre der älteren Publicisten, daß der Fiscus einen ausschließlichen Anspruch auf die herrenlosen Sachen habe, entsprach weder den Grundsätzen des römischen noch des deutschen Rechts, und ist auch für die gemeinrechtliche Theorie allgemein aufgegeben<sup>4)</sup>; indessen hat sie auf die Gesetzgebungen mancher Staaten entschieden eingewirkt, in denen die Befugniß der Privatpersonen, an herrenlosen Sachen durch Bemächtigung Eigenthum zu erwerben, wesentlich beschränkt ist.<sup>5)</sup> Es sind aber außerdem noch folgende Punkte zu berücksichtigen.

2) Das Nähere hierüber im Handelsrecht, wo auch die Frage zu erörtern ist, ob im kaufmännischen Verkehr das Signiren der Waare der Tradition gleichstehen kann.

3) v. Nettelbladt, Rechtsprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim I. Nr. 3. Vgl. Seligo, Wilke I. und Rintelen, Entscheidungen des R. Geh. Obertribunals (zu Berlin) N. F. I. S. 201—11, und über das ältere Recht: L. L. Rotharis 324: Si quis de arbore signata in silva alterius apes tulerit, componat sol. VI. Nam si signata non fuerit, tunc quicumque invenerit, jure naturali habeat sibi, excepto de gaio regis. — Baier. Landr. (Heumann p. 75.) „Haut er marchpaum oder pauholz, die ausgezeichnet sind, man sol im haut und har abschlagen, oder er sol es lösen mit anderthalben pfunt pfenig von dem, dem der schad geschehen ist, und dem gericht halb als vil.“

4) Klüber, öffentliches Recht §. 336—38. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 189. — Eichhorn, Einleitung §. 286. — Haubold, Lehrbuch §. 180. — Scharffe, Handbuch des großherz. Sächs. Privatrechts §. 275.

5) Pr. N. L. R. Th. II. Tit. 16. §. 1—7. — Code civ. Art. 539. 713.

a. Das Finden. Schon das ältere Recht schreibt bestimmte Förmlichkeiten vor, welche beobachtet werden müssen, wenn Jemand an gefundenen Sachen Eigenthum erwerben will. Meldet sich dann der Eigenthümer, so muß er die Kosten tragen, und wenn er von einem andern Gerichtssprengel ist, von den den Räubern oder Dieben abgejagten Sachen den dritten Theil als Findelohn geben; meldet er sich aber nicht, so bekommt der Gerichtsherr zwei Drittel und ein Drittel der Finder.<sup>6)</sup>

Auf diesen Grundsätzen ist in der Particulargesetzgebung weiter gebaut worden, so daß die Vorschriften über das Finden mehr einen polizeilichen als einen civilrechtlichen Charakter an sich tragen<sup>7)</sup>, und durch Edictalladung und Präclufivbescheid die Herrenlosigkeit festgestellt werden kann, statt des Erwerbstitels der Bemächtigung aber nur ein Anspruch auf richterlichen Zuschlag oder ein Verjährungsbesitz anerkannt ist.<sup>8)</sup>

b. Der Schatz. Auch für den Schatz, als besondere Art des Fundes, kommen manche von dem römischen Rechte abweichende Bestimmungen vor, welche auf die aus Aberglauben oder Betrug vorgenommene Schatzgräberei besondere Rücksicht nehmen.<sup>9)</sup>

---

6) Sächf. Landrecht B. II. Art. 37. „Svat so jeman vind, befacht he's of man dar na vraget, so is et düvech. Svat so en man vind, oder dieven oder roveren affaget, dat sal he upbieden vor sinen buren unde to der kerken; kumt jene binnen ses weken, deme dat gut tohört, he sal sik darto tien selve dridde, unde gelde die kost die jene dar mede gehat hevet, of it perb oder ve is. Is aver jene von eme anderen gerichte des dat gut is, so behalt he's den dridden deil, die's den dieven oder den roveren afgejaget hevet. Nekumt aber nieman binnen ses weken, die sik dar to tie, so nimt de richtere twene dele, unde jene behalt den dridden deil.“ — Ueber die Entwicklung dieser Sätze im Sachsenrecht s. Haubold, Lehrbuch S. 182.

7) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 14—73. — Oesterr. Gesetzb. §. 388—94. — Steinacker, Braunsch. Privatr. §. 177.

8) Ersteres bestimmt das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 43 ff., letzteres das österr. Gesetzbuch § 392. Vgl. Gans, Beiträge zur Revision der preussischen Gesetzgebung S. 18 ff.

9) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 74—106. — Oesterr. Gesetzbuch §. 395—401.

c. Die Beute (*praeda bellica*). Nur an beweglichen Sachen des Feindes kann Beute gemacht werden; die erfolgte Occupation von Grundstücken führt, wenn sie dauernd ist, zur Eroberung von Seiten des Staates. Aber auch nur Sachen solcher Personen, die als Feinde gegenüber stehen, oder doch in einer unmittelbaren Beziehung zum feindlichen Heere sich befinden, sind Gegenstand der Beute; vom Beutemachen verschieden und nur ausnahmsweise gestattet ist die Plünderung feindlicher Unterthanen, die nicht zur Armee gehören<sup>10)</sup>, während das *Maraudiren* namentlich von solchen geschieht, die nicht als Soldaten nach Kriegsrecht zum Beutemachen befugt sind. Genauere Bestimmungen finden sich theils in den Kriegsgesetzen<sup>11)</sup>, theils in den Zivilgesetzbüchern<sup>12)</sup>; die Auffassung des römischen Rechts, daß Feindesachen als herrenlose anzusehen sind, entspricht aber dem heutigen internationalen Kriegsrecht nicht mehr<sup>13)</sup>, nach welchem die Lehre im Allgemeinen zu beurtheilen ist. Auch über das *ius postliminii* kommen in den Particulargesetzgebungen beschränkende Bestimmungen vor.<sup>14)</sup>

d. Der Thierfang. Das Recht der Jagd und Fischerei in bestimmten Bezirken und Gewässern giebt noch nicht das Eigenthum an den wilden Thieren und Fischen, welche sich in denselben aufhalten, sondern nur ein ausschließliches Recht auf

10) Gans, Beiträge S. 158.

11) Vgl. Oesterr. Gesetzbuch §. 402. — Meyfcher, gemeines und Württemb. Privatrecht II. §. 289. — Haubold, Lehrbuch §. 181.

12) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 193—204. — Ueber Kaperei s. ebendaf. §. 205—19.

13) Heffter, das europäische Völkerrecht §. 130—31.

14) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 199. „Bewegliche Sachen, die der Feind weggenommen und veräußert hat, kann der vorige Eigenthümer gegen Erstattung desjenigen, was dafür bezahlt worden, zurückfordern. §. 200. Hat der Feind die erbeutete Sache verschenkt, so muß der Besizer dieselbe dem vorigen Eigenthümer unentgeltlich zurückgeben.“ — Daß das *ius postliminii* für die Beute gar keine Wirkung mehr hat, wie Wolff, Lehrbuch §. 99. behauptet, ist nicht richtig; s. auch Baier. Landrecht Th. II. Cap. 3. §. 6.



die Bemächtigung derselben; der Thierfang durch unbefugtes Jagen und Fischen ist daher, auch wenn eine gewinnfüchtige Absicht vorliegt, kein Diebstahl, sondern eine strafbare Bemächtigung herrenloser Sachen, welche als eine unerlaubte Handlung dem Thäter kein Eigenthum erwirbt.<sup>15)</sup>

Schwärmende Bienen werden nach sächsischem Rechte für herrenlos gehalten, so daß sie von dem Eigenthümer des Ortes, wo sie sich niedergesetzt haben, in Beschlag genommen werden können<sup>16)</sup>; andere Rechte geben aber dem früheren Eigenthümer ein Recht der Folge und des Wiedereinfangs, jedoch meistens nur während einer näher bestimmten Frist.<sup>17)</sup>

### III. Fruchterwerb.

Das ältere deutsche Recht behandelt die Erwerbung der Bodenfrüchte nicht als Ausfluß des Eigenthums, sondern sieht sie als den Lohn für die auf die Bestellung im guten Glauben verwandten Kosten und Arbeit an, und läßt den Zeitpunkt der vollendeten Bestellung über den Fruchterwerb entscheiden. Darauf beruht der Begriff des verdienten Gutes, der in seiner weiteren Ausdehnung den Gesamtertrag des Grundstücks umfaßt, mit

15) Vgl. Leyser, meditationes ad pand. VII. Sp. 440. med. 4. — Gerber, System §. 92. Note 3. A. M. ist Reyscher a. a. O. §. 288. Note 3.

16) Sächs. Weichbild (v. Thüngen) Art. 82. „Fleuget ein Binenschwarm ausz eines mannes hoffe zu seinem Nachpauern. der ist in neher zu behalden den jener der im volget. wen binen wilde wurme sint.“ Vgl. Haubold, Lehrbuch §. 362. — Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts in den Herzogthümern Schleswig-Holstein §. 48.

17) Schwäb. Landrecht (Wackernagel) Cap. 301. „Unde ist daz bien uz fliegent, unde vallent an einen boum: unde in der man inner drin tagen nach volget: so sol er jenem sagen, des der boum ist, daz er mit im ge, unde im sine bien helfe gewinnen. so sullen si — — mit aroreren an den boum slafen — — unde mit kolben unde mit stecken, daz man den boum iht versere — swaz der imb her abe vallen, die sint sin: unde swaz ir dar use helibet, die sint jenes des der boum ist.“ — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 118—26. — Oesterr. Gesetzbuch §. 384. Vgl. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen II. S. 107 ff. und über das römische Recht ebendas. VII. Nr. 122.

Einschluß der f. g. bürgerlichen Früchte, welche am Zahlstage für erworben gelten.<sup>18)</sup> — Für das gemeine Recht sind die römischen Grundsätze maassgebend geworden; Particularrechte beruhen jedoch noch auf der älteren Anschauung, welche besonders für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Nutznießer und Eigenthümer und bei der Sonderung des Lehens vom Allod, sowie bei der Restitution im Eigenthumsproceffe von Wichtigkeit ist.<sup>19)</sup> Auch auf die neuere Gesetzgebung ist jenes ältere Recht nicht ohne Einfluß geblieben.<sup>20)</sup>

#### IV. Recht des Ueberhangs und Ueberfalls.

Wenn fremde Bäume in den Luftraum des benachbarten Grundstücks herüber ragen, so können Rechtsverhältnisse besonderer Art entstehen, welche bei uns statt nach römischem Rechte

18) Sächf. Landr. B. II. Art. 58. §. 1. „Of en man nenen lenerven ne hevet na sine dobe, sve sin erve is na lantrechte, die sal nemen sin verdenede gut in deme lene. §. 2. Nu vernemet, wen it verdenet sie. In sente Bartholomeus dage is allerhande tins unde plege verdenet. — Des mannes sat, die he mit sine pluge wirft, die is verdenet, als die egede darover gat; unde die garde, als he geseit unde geharket is.“ — B. II. Art. 46. §. 1. „Sve so wirft enes anderen mannes land unwetene, oder dat ime en ander gedan hevet, wart he dar umme gescüldeget de wile he't eret (ackert), sin arbeit verlüset he daran, of it jene behalt. Sve't ime aver gedan hevet, die sal ime erstaden sinen scaden. §. 2. Sve so dat land saiet under der klage, die verlüset sin arbeit unde sine sat daran. §. 3. Svat so he saiet unverklaget, he behalt die sat unde giff sinen tins jeneme die dat lant behalt. §. 4. Sve besaiet lant enes anderen mannes anderwerve eret, he sal ime den scaden gelten uppe recht unde sine bute geven.“ — B. II. Art. 44. §. 2. „Sve aver en gut in geweren hevet, dat ime an erstorven is, oder ime gegeben oder gelegen is, unde he't selve niemanne ne nimt, des nę darf he nicht webergeben des he dar ut nimt, of ime dat gut afgewunnen wert, de wile he dar af nenes rechtes ne weigeret.“ — B. III. Art. 76. §. 3—5. Vgl. L. Bajuv. Tit. XVI. cap. 1. §. 2. — Schwäb. Landr. (Laßberg) Cap. 211. 217—20. — Heim bach, die Lehre von der Frucht S. 270 ff.

19) Haubold, Lehrbuch §. 163—64. — Sackffe, Handbuch des großh. Sächf. Privatr. §. 254. 281. — Brückner, Handbuch des herz. Goth. Privatrechts §. 643—45. — Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts der Herzogth. Schleswig und Holstein §. 55.

20) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 275—84.

häufig nach gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen zu beurtheilen sind. Im Allgemeinen wird dabei das Recht des benachbarten Grundstücks als maassgebend betrachtet, so daß dem Eigenthümer desselben die herüber ragenden Aeste und Früchte, sowie die über die Grenze ausgebreiteten Wurzeln des fremden Baumes gehören. Im Einzelnen jedoch ist dieß sowohl in den älteren Rechtsquellen<sup>21)</sup> als auch in den neueren Gesetzbüchern<sup>22)</sup> anerkannte Princip vielfach modificirt und nach Rücksichten der Billigkeit beschränkt.<sup>23)</sup>

#### V. An- und Zuwachs.

Hierüber und namentlich über das Eigenthum an der in

21) Sächf. Landr. B. II. Art. 52. — Verm. Sachsensp. II. 2, 14. — Kraut, Grundriß §. 109. Nr. 9—16. — Grimm, R. A. S. 550 ff. — Hillebrand, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 310—22.

22) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 287. „Niemand ist die unter seinem Grund und Boden fortlaufenden Wurzeln oder die über seine Gränze herüberhängenden Zweige eines fremden Baumes zu dulden verpflichtet. §. 288. Will er aber selbige weghauen, so muß er das Holz dem Eigenthümer des Baumes ausliefern. §. 289. Duldet er hingegen dieselben, so ist er berechtigt, diejenigen Früchte sich zuzueignen, welche der Eigenthümer nicht einsammeln kann, ohne den Grund des Nachbarn zu berühren. §. 290. Dergleichen Früchte darf der Eigenthümer auch nicht mit Instrumenten herüberlangen, oder durch das Herüberbeugen der Aeste an sich ziehen.“ — Oesterr. Gesetzbuch §. 422. „Jeder Grundeigenthümer kann die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden reißen, und die über seinem Luftraume hängenden Aeste abschneiden oder sonst benutzen.“ — Wenn die älteren Quellen dieß Recht auf die Wurzeln fremder Bäume nicht erwähnen, so geschieht es wohl, weil sie es als sich von selbst verstehend voraussetzen.

23) Auf die Billigkeit führt das Mittberger Landrecht §. 36. (Grimm, R. A. S. 550.) den ganzen Rechtsatz zurück, indem es bestimmt: Der den bösen Tropfen genießet, genießet auch den guten. — Die Ansicht, welche Hillebrand a. a. O. S. 318 ff. vertheidigt, das Recht des Ueberhangs und Ueberfalls sei eine Folge der Gewere am Grundbesitz gewesen, fällt mit dem Princip, auf welchem sie beruhen soll; s. oben I. §. 55. Note 8. — Ebenso unhaltbar ist die Herleitung des Rechts aus der s. g. Gesamtbürgerschaft bei Ed. Prosch, die Rechte der Nachbarn (Schwerin 1826) S. 67.

einem öffentlichen Flusse neu entstandenen Insel ist unten im Deich- und Wasserrecht näher zu handeln.

## VI. Die Verjährung.

Für die Verjährung kommen im Allgemeinen die Grundsätze des römischen und kanonischen Rechts zur Anwendung; doch finden sich noch jetzt Spuren von den abweichenden Institutionen des älteren deutschen Rechts.

a. Die Verjährung von Jahr und Tag. Der Tag wird hier zu sechs Wochen und drei Tagen gerechnet<sup>24)</sup>; der Ablauf dieser Zeit aber hatte die Wirkung, daß die durch Auflassung, Erbgang oder Richterspruch erlangte Gewere an einem Grundstücke zur rechten Gewere verstärkt wurde.<sup>25)</sup> In Statutarrechten kommt diese Verjährung noch vor.<sup>26)</sup> — Eine analoge Anwendung des Instituts findet sich auch bei beweglichen Sachen, die im guten Glauben erworben sind.<sup>27)</sup>

b. Die Verjährung des Sachsenspiegels von einunddreißig Jahren sechs Wochen und drei Tagen gilt noch im Sachsenrecht als Adquisitivverjährung.<sup>28)</sup>

24) S. oben Band I. S. 257—58.

25) S. oben §. 79. Note 17.

26) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 7. „Nach Ausgang Jahrs und Tags kann niemandt verkauffte, verlassene und in der Stadt Buch zugeschriebene Erbe anfechten, es sey dann, daß er durch rechtmäßige Ursache ausheimisch gewesen: So hat er billig von Zeit der Wissenschaft noch Jahr und Tag zu genießen.“ Th. I. Tit. 30. Art. 3. — Th. III. Tit. 3. Art. 18. — Nev. Lüb. Recht. B. III. Tit. 6. Art. 3. — B. I. Tit. 8. Art. 2.

27) Sächf. Landr. B. I. Art. 28. — Albrecht, Gewere §. 14. — Haubold, Lehrbuch §. 185. Note 6. — Kraut, Grundriß §. 113. Nr. 6—14.

28) Sächf. Landr. B. I. Art. 29. „An egene unde an huven mach sif die sasse verfvigen binnen drittich jaren unde jar unde dage unde er nicht. Dat rife unde swaven ne mogen sif nümmer verfvigen an irme erve de wile se't getugen mogen.“ Vgl. Haubold, Lehrbuch §. 185. — Sächsfe, Handbuch §. 280. — Brückner, Handbuch §. 1092—93. — Hesse, Handbuch §. 225.

## §. 88.

## VI. Von der Erwerbung des Eigenthums (Fortsetzung).

## Die gerichtliche Auflassung.

Von ältester Zeit her galt bei den Deutschen der Grundsatz, daß das Eigenthum und überhaupt ein dingliches Recht an einem Grundstücke nur durch eine feierliche öffentliche Handlung gültig übertragen oder bestellt werden könne. Ursprünglich bedurfte es dazu nur der Zuziehung freier Zeugen<sup>1)</sup>; allein noch vor der Zeit der Rechtsbücher bildete sich die allgemeine Regel aus, daß die feierliche Handlung, um den beabsichtigten Erfolg zu haben, vor dem Gerichte der belegen Sache, in Beziehung auf freies Eigen also im Echteding vorgenommen werden müsse.<sup>2)</sup> Darauf beruht das Institut der gerichtlichen Auflassung (Verlassung, resignatio judicialis, im Lehenrecht: Lehnung, investitura), welches, wenn auch seine formelle Ausprägung im Wechsel der Zeiten und bei den einzelnen Volkstämmen verschieden war, in seltener Consequenz durchgeführt worden ist, und bis zur Aufnahme der fremden Rechtsquellen das Recht des Grundbesitzes beherrscht hat. Auch später noch ist es in Landesrechten und Statuten geltend geblieben, und wo es verdrängt oder verbunkelt war, hat die moderne Gesetzgebung zur gründlichen Reform des Realcredits an dasselbe wieder anknüpfen müssen.

Der Schwerpunkt des Geschäftes lag in der feierlichen Handlung vor Gericht, welche eine symbolische war, indem sie

1) Lehre von den Erbvertr. I. S. 38—44. — Sandhaas, germanist. Abhandlungen S. 22 ff.

2) Sächf. Landr. B. I. Art. 52. §. 1. „Ane — — echte ding ne mut nieman sin egen geven.“ — Kraut, Grundriß §. 110. — In den Städten, in welchen der Rath die Gerichtsbarkeit ausübte, wie in Lübeck nach Erwerbung der Vogtei, geschah vor diesem die Auflassung; darnach ist Verm. Sachsenp. I. 45, 1. zu erklären. — In neuerer Zeit ist an die Stelle des Gerichts der belegen Sache zuweilen eine andere Behörde, namentlich eine besondere Hypothekenbehörde getreten.

die Uebertragung der Sache selbst darstellte.<sup>3)</sup> Die älteren Rechtsquellen nennen diese Handlung die *Sala*<sup>4)</sup> oder *traditio*; mit ihrer Vollziehung war das Eigenthum übertragen und die Besitzergreifung nur die Folge des erworbenen Rechts. Aber zur Sicherung der thatsächlichen Herrschaft über die Sache war noch eine feierliche Handlung auf dem Grundstücke selbst gebräuchlich, welche in ältester Zeit von dem Tradenten in der Form einer Einkleidung in den Besitz (*geweri, vestitura*<sup>5)</sup>), später als Einweisung von Gerichts wegen vorgenommen und wenigstens nach sächsischem Rechte mit dem Friedewirken in Verbindung gesetzt ward.<sup>6)</sup> Ueber die Auflassung pflegte außerdem zur

3) Grimm, *R. A. S.* 109 ff. — Reyscher, *Beiträge I.* — Lehre von den Erbvertr. I. *S.* 23 ff. — Kraut, *Grundriß* §. 110. — Sandhääs, *germanist. Abhandlungen* *S.* 41 ff.

4) Vom Goth. *saljan, tradere*; f. *Capit. Aquisgran. V. ai 819* (nach Perß 817) *cap. 6.* mit der ahd. Uebersetzung bei *Pertz. L. L. I. p. 211.* — Grimm, *R. A. S.* 555. — Lehre von den Erbvertr. I. *S.* 22 ff.

5) *S.* oben §. 79. Note 1. — Albrecht, *Gewere* *S.* 65 ff. nimmt an, daß ursprünglich erst mit der Besitz Einkleidung die Gewere übergegangen, dieselbe also ein wesentlicher Act der Uebertragung gewesen sei. Diese Ansicht ist neulich von Sandhääs a. a. D. *S.* 52 ff. ausführlich vertheidigt worden; es stehen ihr aber erhebliche Bedenken entgegen, von denen hier nur hervorgehoben werden mag, daß, um sie durchzuführen, für gewisse Fälle ein *constitutum possessorium* angenommen werden muß. — Eine ganz abweichende Theorie hat Eichhorn, *Staats- und Rechtsgesch. (5. Aufl.) I. S.* 341 ff. aufgestellt; dieselbe aber auf eine unrichtige Ableitung des Wortes *geweri* gestützt und überhaupt das Verhältniß zwischen *sala* und *geweri* mißverstanden. Die a. a. D. *S.* 347–49. gegen meine Darstellung gerichteten Einwendungen sind schon um deswillen nicht zutreffend, weil Eichhorn die von mir der *vestitura* beigelegte Bedeutung mit der Ansicht, daß die Auflassung nicht immer eine gerichtliche gewesen sei, in Verbindung bringt, während Beides in keiner nothwendigen Beziehung steht, da sowohl bei der gerichtlichen wie bei der nicht gerichtlichen Auflassung die *vestitura* zu folgen pflegte. — Uebrigens änderte sich später die Terminologie, indem das Longobardische Lehenrecht unter *investitura* die Auflassung versteht; f. oben §. 79. Note 3. und Lehre von den Erbvertr. I. *S.* 30. Note 22. *S.* 37. Note 44.

6) Sächf. Landr. B. III. Art. 82. §. 2. — Sächf. Weichbild

Sicherung des Beweises eine besondere Urkunde aufgenommen zu werden, welche aber für die Rechtsbeständigkeit des Geschäftes nicht wesentlich war.<sup>7)</sup> Erst im späteren Mittelalter fing man an, dasselbe mit den öffentlichen Büchern, welche an vielen Orten über ländliche und städtische Grundstücke geführt wurden<sup>8)</sup>, in Verbindung zu bringen, und bildete namentlich in den hanseatischen Stadtrechten das Princip aus: daß die volle Wirkung des Geschäftes erst dann eintrete, wenn zu der Auflassung die Eintragung in das Stadtbuch hinzugekommen sei.<sup>9)</sup>

Indessen wurde das ganze Institut durch die Aufnahme des römischen Rechts und die dadurch bewirkte Umgestaltung

Art. 20. — Goslar. Statuten (Göfchen) C. 14. §. 12. C. 26 §. 17. — Albrecht, Gewere C. 67. — Die spätere sächsische Praxis ließ übrigens das Friedewirken auf der Were wieder fallen; s. B. Carpov. respons. jur. elect. I. 102. Nr. 13.

7) Lehre von den Erbvertr. I. C. 44 ff.

8) Namentlich die Grundbücher (Saal-, Lager- und Steuerbücher) kommen hier in Betracht, s. U. Zasius, respons. et consil. I. 1. in f. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. IV. §. 547. — Winiwarter, das österr. bürgerliche Recht II. §. 122. — Renaud, Lehrbuch I. §. 258. und die oben §. 78. Note 22. angeführten Schriftsteller.

9) Hamburg. Statuten v. 1270. (Lappenberg) I. Art. 6. „So we syn erve vorkoft, de schal id deme anderen uplaten vor dem rade up deme hus — — unde me schal id ock in der stad erve bock scriyven laten.“ Vgl. Stadtr. von 1605. Th. II. Tit. 8. Art. 6. 7. — Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 6. Art. 2. „Wann einer liegende Gründe, stehende Erbe, auch Rente verkaufft, die sollen dem käufer für den sitzenden Rathe verlassen werden. Stürbe aber der Verkäufer, ehe die Verlassung in der Stadt Erb-Buch geschrieven würde, so sollen doch nichts destoweniger desselben Erben dem Käufer nochmals verlassen und zu Buch bringen lassen.“ — Bremer Statuten v. 1433. Ord. 43. 59. — Matth. Clasen, erste Gründe der kölnischen Schreinspraxis. Köln 1782. 4. — R. Reck, Hannov. Zeitung v. 1834. Nr. 271 ff. — Gries, Commentar zu dem Hamburg. Stadtr. I. C. 240 ff. — Lucht, das Kieler Stadtbuch. Kiel 1842. Aus den älteren Kieler Aufzeichnungen ersieht man recht deutlich, wie die Stadtbücher allmählich aus den Raths- und Gerichtsprotokollen hervorgegangen sind; s. Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte I. C. 5 ff. — Auer, Stadtrecht von München p. CLII.

des Gerichtswesens von Grund aus erschüttert. Dasselbe war, abgesehen von dem Lehenrechte, für welches es seine selbständige Bedeutung behauptete, der italienischen Jurisprudenz fremd geblieben, und vereinzelte Aeußerungen des kanonischen Rechts über die germanische Einrichtung<sup>10)</sup> konnten die Romanisten, auch wenn sie ihnen ganz verständlich gewesen wären, nicht bestimmen, ein so anomales Institut in Deutschland aufrecht zu erhalten. Erst im siebenzehnten Jahrhundert erkannten einzelne hervorragende Juristen die Bedeutung der Auflassung und wußten in einem beschränkten Kreise des particularen Rechts ihre Geltung zu bewahren<sup>11)</sup>; aber in der gemeinrechtlichen Theorie wurde sie lange Zeit entweder ganz ignorirt oder durch römischrechtliche Analogien verunstaltet, welche dann wieder auf die particulare Rechtsbildung zurückwirkten. Dabei ist jedoch zu unterscheiden zwischen der Auflassung zu Eigenthum und derjenigen, durch welche einzelne dingliche Rechte, namentlich Pfandrechte bestellt wurden. Für diese letzteren war die Oeffentlichkeit der Bestellung von nicht geringerer Bedeutung wie für das Eigenthum; indem die Auflassung nach den Principien des deutschen Rechts auf dieselben zur Anwendung gebracht wurde, erfreute man sich eines wohl begründeten Realcredits, der durch die Anlegung besonderer Rentebücher neben den Stadt- Erbebüchern noch mehr befestigt ward. Wie sich dieser Einrichtung gegenüber das römische Hypothekensystem geltend gemacht hat, wird unten bei der Darstellung des Pfandrechts näher zu erörtern sein; in Betreff der Auflassung zu Eigenthum war namentlich der Irrthum sehr folgenreich, daß man den Act der Eigenthumsübertragung mit dem vorausgehenden Veräußerungsvertrage verwechselte, und auf die Form des letzteren die Gerichtsöfentlichkeit, welche man in der Auflassung erkannt hatte, übertrug,

10) c. 2. X. de consuet. (l. 4.)

11) B. Carpzov, opus decis. II. 127. — Responsa jur. elect. I. 102. V. 140. 141. — D. Mevius, comm. ad jus lub. lib. III. tit. 6. art. 1. 2.



oder falls sie auch für den Vertrag nothwendig war, sich mit dessen gerichtlicher Vollziehung begnügte. Dadurch verlor die Sache ihre eigentliche Bedeutung, und die Analogie einer Anmeldung der großen Schenkung bot sich von selbst als das leitende Princip dar, ohne daß man nur immer auch diese Form als eine wesentliche aufgefaßt hätte.<sup>12)</sup> So treten bis zu den tiefer greifenden Reformen der neueren Gesetzgebung auf dem Gebiete, welches früher die Auflassung vollständig beherrscht hatte, folgende Einrichtungen hervor.

a. Das Wesentliche der Auflassung: die Uebertragung des Eigenthums vor dem Gerichte der belegenden Sache ist geblieben. Doch genügt diese feierliche Handlung in der Regel nicht mehr zur Vollziehung des Geschäftes, als dessen wesentliche Ergänzung die Eintragung in die öffentlichen Bücher sich allgemein ausbildet. So in den hanseatischen Stadtrechten (s. oben Note 9), und nach dem Sachsenrechte, welches auch für Allodialgüter eine Lehensauflassung annahm und derselben die Lehensreichung folgen ließ, sie aber in der Wirkung beschränkte durch den von ihr unabhängigen Verjährungsbesitz mit der publicianischen Klage (das natürliche Eigenthum im Gegensatze zu dem durch die Auflassung begründeten bürgerlichen).<sup>13)</sup> — Außerdem findet sich die Auflassung noch in einzelnen Rechten, namentlich der norddeutschen Städte.<sup>14)</sup>

12) Besonders lehrreich sind die Verhandlungen über die betreffenden Bestimmungen der württembergischen Landrechtsgesetzgebung: s. Wächter, Handbuch I. §. 43. 68. Vgl. Frantzke, varior. resolut. II. 12.

13) Thürsächf. Decisionen v. 1661. Dec. 61. — v. 1746. Dec. 1. — Haubold, Lehrbuch §. 186–87. — Sachsse, Handbuch des großherz. sächsischen Privatrechts §. 284 ff. — Für das heutige Recht im Königreich Sachsen ist das Gesetz v. 6. Nov. 1843 maßgebend; s. unten Note 27.

14) Ueber die mecklenburgischen Städte s. Beselex, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 109 ff.; über die hannoverschen Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthume (Hannover 1843) Nr. I. S. 41–50. 57; über die braunschweigischen Steinacker, partikuläres Privatrecht §. 178. Ueber die Auflassung in Schleswig-Holstein f. Paulsen, Lehrbuch §. 58; in Nassau Flach, Entscheidungen I. S.

b. Der Veräußerungsvertrag muß bei dem Gerichte der belegenden Sache angemeldet werden, und zwar regelmäßig zum Zweck der Eintragung in das Gerichtsbuch.<sup>15)</sup> Die Wirkung dieser Form ist aber nach den verschiedenen Particularrechten, in denen sie vorgeschrieben ist, sehr verschieden. Nach hurheßischem Rechte wird durch die gerichtliche Confirmation des Veräußerungsvertrags Eigenthum übertragen, so daß dieselbe, freilich in wenig geeigneter Weise, an die Stelle der Auflassung getreten ist<sup>16)</sup>; andere Gesetzgebungen lassen dagegen nur die Gültigkeit des Vertrags und auch diese nicht einmal unbedingt davon abhängen<sup>17)</sup>, oder behandeln die Anmeldung als eine nicht wesentliche Förmlichkeit, deren Unterlassung eine Geldstrafe zur Folge hat.<sup>18)</sup> Je nach der gesetzlichen Bedeutung der Anmeldung, die zuweilen nur im Interesse einer polizeilichen Beaufsichtigung, namentlich in Betreff des Steuerwesens, vor-

22—25. vgl. Seuffert, Archiv I. Nr. 174. und in München Auer a. a. D. p. CLIII. — In Frankfurt ist die in der Reformation Th. II. Tit. 3. §. 7. vorgeschriebene Auflassung zu einer bedeutungslosen Förmlichkeit herunter gesunken, s. Souhay, Anmerkungen I. S. 101—11. 132.

15) Das Hannov. Gesetz v. 16. Dec. 1843. (Grefe, Leitfaden II. Weil. 2.) schreibt nicht einmal die Eintragung vor, und läßt sich sogar mit der Vollziehung der Urkunde vor Notar und Zeugen genügen, indem nur die Oeffentlichkeit derselben und die Einsendung an das Gericht der belegenden Sache vorgeschrieben ist.

16) Hurheß. Verordnung v. 17. Juni 1828. §. 4. — Pfeiffer, pract. Ausführungen I. Nr. 13. — Strippelmann, neue Sammlung II. S. 212 ff.

17) Churpälz. Landrecht Th. II. Tit. 7. — Nach dem älteren württembergischen Landrecht war der nicht angemeldete Vertrag unbedingt nichtig; s. Wächter a. a. D. §. 43. — Auch die Braunschweig-Lüneburgische Verordnung v. 6. Oct. 1712. (Corp. Const. Calenb. II. p. 633. — Krät, Grundriß §. 111. Note 11.) hebt die nicht angemeldete Veräußerung auf und bedroht die Betheiligten mit Strafe. Vgl. unten §. 96. Note 8.

18) Württemb. Landrecht Th. II. Tit. 13. — Hannov. Gesetz v. 16. Dec. 1843. §. 5. — Das Solms. Landrecht Tit. XI. §. 4. schweigt ganz über die wegen nicht geschehener Anmeldung eintretenden Rechtsnachtheile.

geschrieben ist, erscheint auch die Thätigkeit des zuständigen Gerichts hinsichtlich der Voruntersuchung und der Bestätigung als eine verschiedene, und sogar die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache ist nicht immer consequent festgehalten worden. Ueberhaupt hat die Unklarheit der älteren particularrechtlichen Bestimmungen über diese Punkte zu manchen Streitfragen und Bedenken Anlaß gegeben.<sup>19)</sup>

Unter den neueren Gesetzgebungen ist vornämlich die preussische für das Recht der Auflassung einflußreich geworden.<sup>20)</sup> Sie behandelt dasselbe jedoch vorzugsweise nur mit Rücksicht auf das Hypothekenwesen, indem sie das Eigenthum an Grundstücken durch die Besitzübertragung u. s. w. erwerben läßt, zugleich aber bestimmt, daß der Eigenthümer, welcher über sein Grundstück gerichtliche Verfügung treffen will, dasselbe in das Hypothekenbuch eintragen lassen muß, und daß der eingetragene Besitzer in den mit einem Dritten geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer angesehen wird.<sup>21)</sup> Zu diesem Behuf ist die erste Rubrik des Hypothekenbuchs für den Besitztitel bestimmt, und dessen Berichtigung durch die Hypothekenbehörde Gegenstand genauer Vorschriften geworden.<sup>22)</sup> An dieses System haben sich, freilich mit manchen einzelnen Abweichungen, andere Gesetz-

---

19) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen IV. Nr. 83. — Grefe, Leitfaden II. §. 110. — Pfeiffer, pract. Ausführungen I. Nr. 13. — Leonhardt, über die Rechtsverhältnisse am Grundeigenthum S. 18. — K. Red, über das deutsche Credit- und Hypothekenwesen II. S. 182—94. Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung des preussischen Civilrechts II. S. 299.

20) Ueber die Geschichte des Grundbuchwesens in Preußen s. Koch, Lehrbuch des preussischen gemeinen Privatrechts I. §. 227—28.

21) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 10.

22) Pr. Hypothekenordnung v. 20. Dec. 1783. Tit. I. §. 41 ff. — Tit. II. §. 49 ff. Die ursprüngliche Zwangspflicht zur Berichtigung des Besitztittels (s. auch Pr. A. L. R. a. a. D. §. 12) ist aber durch neuere Gesetze wesentlich beschränkt, und dadurch das System der Hypothekenordnung durchbrochen worden. Vgl. Bornemann a. a. D. II. S. 124—25. — Koch, a. a. D. §. 256.

gebungen angeschlossen<sup>23)</sup>, während man in Bremen das bestehende Recht in selbständiger Entwicklung ausgebildet<sup>24)</sup>, in Oesterreich aber in der consequenten Durchführung des älteren Princips der Auflassung einen weiteren Schritt gethan hat. Das österreichische Gesetzbuch stellt nämlich, ohne der provinziellen

23) Die ritterschaftliche Hypothekenordnung für Mecklenburg-Schwerin v. 12. Nov. 1819. (für Mecklenburg-Strelitz v. 22. Dec. 1819.) hatte anstatt einer Rubrik für den Bestizitel nur eine f. g. Gutsbeschreibung; erst die rev. Verordnung v. 18. Oct. 1848 hat in §. 1. den Zusatz erhalten: „Das Hypothekenbuch — hat den jedesmaligen Eigenthümer anzugeben“, und bestimmt darüber §. 9.: „Die Auflassung des zeitigen Eigenthümers im Hypothekenbuche geschieht nur für die Zwecke und zu den Rechtsfolgen des gegenwärtigen Hypothekengesetzes.“ — Das Baiेरische Hypothekengesetz v. 1. Juni 1822. hat drei Rubriken: 1) Die Sache, worauf Hypotheken eingetragen werden können, nebst den darauf haftenden besondern Reallasten; 2) der Besizer und der Bestizitel, nebst den Beschränkungen des Eigenthümers in der Disposition; 3) die Hypotheken, mit Inbegriff deren Cessionen und Löschungen; s. §. 129 ff. Die Wirkung der Eintragung in die zweite Rubrik besteht aber nicht in der Eigenthumsübertragung, sondern in der Befugniß zu rechtsgültigen Dispositionen auf Grund des Hypothekenbuchs (a. a. D. §. 25. 26.). Aehnlich haben das Württembergische Pfandgesetz v. 15. April 1825. Art. 57. und das großherzoglich Sächsisches Gesetz über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken v. 6. Mai 1839. §. 14. 205. 206. 228. 238. die Eintragung des Eigenthümers in die öffentlichen Bücher nur mit Rücksicht auf die Legitimation für das Hypothekenbuch berührt; sie geben aber zu diesem Behuf keine besondere Rubrik in demselben, sondern verweisen ersteres auf die Güterbücher und letzteres auf die Grundbücher; s. oben §. 78. Note 22. Ueber das Mangelhafte dieser Einrichtung in Württemberg s. Wächter a. a. D. I. §. 107. Note 22. Vgl. auch Leonhardt a. a. D. S. 41 ff. — Auch das französische Recht hat die „Transcription“ nicht als nothwendige Voraussetzung der Eigenthumsübertragung behandelt, wenn auch manche Vortheile mit derselben verbunden sind; s. Zacharia, Handbuch des französischen Civilrechts I. §. 205—8. — Bornemann a. a. D. S. 124. Note 3. und über die Nachtheile dieses Systems P. Fr. Reichensperger, Entwurf eines Hypothekengesetzes für den Bezirk des Rhein. Appellationsgerichtshofes (Köln 1851) S. 39 ff. Das Badische Landrecht §. 1583 a. hat sich der Auffassung der preussischen Gesetzgebung angeschlossen.

24) Erbe- und Handfesten-Ordnung der freien Stadt Bremen v. 1833.

Einrichtung der Grundbücher vorzugreifen, den Grundsatz auf, daß das Eigenthum an unbeweglichen Sachen nur durch die Eintragung (Intabulation, Einverleibung) in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher erworben, und daß es erst durch die Löschung aus denselben (die Umschreibung) wieder aufgehoben wird.<sup>25)</sup> Auch dieses System hat Nachahmung gefunden und zwar in der Weise, daß die Verbindung der Auflassung zu Eigenthum mit dem Hypothekewesen, welche die hanseatischen Stadtrechte durch ein gemeinsames Hauptbuch über das Verlass- und das Rentebuch herstellen<sup>26)</sup>, durch die Anlegung einer besonderen Rubrik im Hypothekenbuch für die Verlassung zu Eigenthum gewonnen ward.<sup>27)</sup> Es wird sich damit freilich der

---

25) Oesterr. Gesetzb. §. 431. „Zur Uebertragung des Eigenthums unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeſchäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden. Diese Eintragung nennt man Einverleibung (Intabulation). §. 444. — — Das Eigenthum der unbeweglichen Sachen — wird nur durch die Löschung aus den öffentlichen Büchern aufgehoben.“ Vgl. §. 1499. und Winiwarter, das österr. bürgerliche Recht II. §. 122. Ueber die Landtafeln, Stadt- und Grundbücher in den Erblanden s. Winiwarter, Handbuch II. S. 117 ff.

26) Gries, Commentar zum Hamb. Stadtrechte I. S. 267 ff. — Beseleer, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 114.

27) Also die principielle Auffassung des österreichischen Gesetzbuchs unter Anwendung der preussischen Form. Die Mecklenburg-Schwerin. Stadtbuchordnung v. 22. Dec. 1829. §. 7—15. hat von den drei Rubriken die erste zur Eintragung des Eigenthümers bestimmt; das R. Sächsische Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekewesen betreffend v. 6. Nov. 1843. §. 168 ff. die erste Rubrik für die Sache, die zweite für den Eigenthümer. Beide Gesetze lassen nur durch die Eintragung das Eigenthum erwerben; das sächsische Gesetz hat jedoch die hergebrachte Unterscheidung zwischen dem bürgerlichen und natürlichen Eigenthume (s. oben Note 13.) beibehalten, indem es §. 2. bestimmt: „Das bürgerliche Eigenthum an Grundstücken als dingliches Recht wird nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt. Der Uebergabe des Besizes bedarf es nicht noch nebenher zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken.“ — Soll das Hypothekenbuch auch als Grundbuch für die Auflassung zu Eigenthum dienen, so bedarf es natürlich der nöthigen Feststellung über die räumlichen Verhältnisse der einzelnen Grundstücke; vgl. die Mecklenburg-Schwerin.

Vorthheil nicht leicht vereinigen lassen, die Hypothekenbücher mit den bestehenden Grundbüchern und beziehungsweise mit den Katastern in Zusammenhang zu bringen; die Frage aber, in wieweit dieß ausführbar und ob sich überhaupt die Auflassung in ihrer modernen Form für den theilbaren Grundbesitz mit Nutzen consequent durchführen läßt, liegt außerhalb des Rechtsgebiets und wird nach den besonderen Verhältnissen der agrarischen und politischen Einrichtungen sowie des Creditwesens eine verschiedene Beantwortung erfahren müssen.

### §. 89.

#### VI. Die Erwerbung des Eigenthums (Fortsetzung).

##### Die gerichtliche Auflassung.

Nach der so eben gegebenen allgemeinen Darstellung von der geschichtlichen Entwicklung der Auflassung sind nun die leitenden Principien des Instituts, insoweit es sich auf die Eigenthumsübertragung bezieht, hervorzuheben. Denn ungeachtet der verschiedenen Gestaltung desselben in den Particularrechten, welche es überhaupt noch anerkennen, hat sich doch für diese Rechtslehre ein gemeinrechtlicher Kern erhalten, welcher auf dem Wege der historischen Deduction dargelegt, für das geltende Recht von großer Bedeutung ist.

1. Die Auflassung überträgt das Eigenthum an Grundstücken. In der heutigen Form des Geschäftes ist aber der entscheidende Act die Eintragung in das öffentliche Buch, so daß, wenn derselben noch eine besondere förmliche Handlung vor dem Gerichte vorhergeht, wie die Verlassung nach einigen Particularrechten (s. oben §. 88. Note 9. 13.), diese nur noch zu den, freilich wesentlichen Vorbereitungen des Geschäftes gehört.<sup>1)</sup>

---

Verordnung wegen Anfertigung von Grundplänen und Flurrissen über alle städtische Grundstücke v. 16. Apr. 1828.

1) Hauhold, Lehrbuch §. 187. — Gries, Commentar zum Hamb. Stadtr. I. S. 246. 252. — In Bremen ist diese besondere Form ganz aufgegeben; s. Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 66.

Durch die Eintragung unterscheidet sich auch die neuere Form der Auflassung wesentlich von derjenigen Einrichtung, welche durch die gerichtliche Bestätigung des Veräußerungsvertrags das Eigenthum übergehen läßt (§. 88. Note 16.) Wo aber, wie nach dem preussischen und den verwandten Rechten, durch die Eintragung kein Eigenthum gegeben, sondern nur zum Behuf des Hypothekenwesens der Besitztitel gesichert wird, da liegt eine Auflassung zu Eigenthum in der wahren Bedeutung des Institutes gar nicht vor.

II. Nach neueren Gesetzen überträgt nur die Auflassung Eigenthum an Grundstücken; die anderen Erwerbarten, namentlich Erbschaft, Richterspruch und Verjährung bilden nur einen Rechtstitel für die Eintragung. Im älteren Rechte ist die Auflassung in diesem Umfange nicht zur Anwendung gebracht worden<sup>2)</sup>; erst in neuerer Zeit ist man, im Interesse der Rechtssicherheit, so weit gegangen, nachdem für einzelne Fälle, außer der freiwilligen Veräußerung, schon früher in Particularrechten die Entwicklung

---

„Die Fassung geschieht auf Ansuchen des Erwerbers und unter Zustimmung des Veräußerers vor der Commission, mittelst Protocollirung in dem Fassungsbuche unter Hinweisung auf das Erbbuch.“ Die Gründe für und gegen eine besondere Verfassung außer der Eintragung in das Grundbuch sind zusammengestellt von Bornemann, Preuß. Justiz-Ministerial-Blatt von 1848. Nr. 6. S. 56—58. Vgl. H. Kellinghusen, über die Abschaffung oder Beibehaltung der öffentlichen Verlassungen bei dem Hamburger Hypothekenwesen. Hamburg 1833. — Die Anwendung eines Symbols bei der Auflassung, wie in der Altstadt Hannover, wo das Symbol des Hutes noch üblich (s. Leonhardt a. a. D. S. 41 ff.), findet sich nur selten. Einzelne Spuren kommen aber sogar noch bei der Besitzweisung vor; in Neuvorpommern z. B. wird den Predigern bei der Einweisung in die Pfarre „der Stuhl gesetzt.“

2) Nach der Regel: der Todte erbt den Lebendigen, le mort saisit le vif, ging die Gewere des Erblassers ohne Auflassung auf den Erben über; der Richterspruch hatte dagegen nach älterem deutschen Rechte den Zwang zur Auflassung zur Folge, während er dieselbe später, wenigstens unter Umständen, ersetzen konnte; s. Lehre von den Erbvertr. I. S. 46. Note 70. — Albrecht, Gewere §. 7. — Eine selbständige Acquisitivverjährung kannte das ältere deutsche Recht nicht.

des Instituts zu dieser weiteren Auffassung hingeführt hatte.<sup>3)</sup> Wo nun die Auflassung als einziges Mittel des Eigenthums-erwerbes an Grundstücken aufgefaßt ist, da bedarf es natürlich noch genauer Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter denen die Eintragung auf gerichtliche Requisition, gegen Vorlegung des Erbzeugnisses u. s. w. von der Buchbehörde zu beschaffen ist.<sup>4)</sup>

III. Wo die Auflassung zu Eigenthum besteht, kann durch Besitzübertragung kein Eigenthum an Grundstücken übergehen; umgekehrt aber hat auch die Auflassung nicht die Uebertragung des Besitzes zur Folge. Dieser muß vielmehr besonders erwor-

3) In Sachsen gab schon nach dem Rechte der Decisionen die Verjährung nur einen Anspruch auf die Lehensreichung, s. *Haubold a. a. D.* §. 187. Note 6. — In Hamburg gilt keine Acquisitivverjährung neben der Auflassung, bei der Erbschaft wird aber die Repräsentation des Erblassers durch den Erben auch für das Stadtbuch anerkannt; s. *Gries a. a. D.* §. 253 ff. — In der Stadt Hannover ging die Rechtsentwicklung auf die Anwendung der Auflassung auch für den Erwerb des Eigenthums an einem ererbten Grundstück; sie ist aber nicht durchgeführt worden, s. *Leonhardt a. a. D.* §. 42 ff. — In Bremen hat man die Auflassung sogar nur für die Veräußerungen unter der Hand beibehalten, indem bei öffentlichen Verkäufen die Ablieferung des Zuschlagsprotokolls die Auflassung ersetzt: *Erbes- und Handfesten-Ordnung* §. 14. 15. 64–67; vgl. *Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 93.*

4) *Oesterr. Gesetzbuch* §. 436. „Wenn das Eigenthum unbeweglicher Sachen zu Folge eines rechtskräftigen Urtheils, gerichtlichen Theilungs-Instrumentes oder einer gerichtlichen Ueberantwortung einer Erbschaft übertragen werden soll; so ist ebenfalls die Einverleibung dieser Urkunden erforderlich. §. 1448. Wer eine Sache oder ein Recht erworben hat, kann gegen den bisherigen Eigenthümer bey dem Gerichte die Zuerkennung des Eigenthums ansuchen, und das zuerkannte Recht, wosfern es einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmacht, den letzteren einverleiben lassen.“ — *Mecklenburg-Schwerin. Stadtbuchordnung* §. 8. 55. 56; vgl. *Zeitschrift für deutsches Recht* IX. S. 116–17. — *R. Säch. Gesetz*, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend v. 6. Nov. 1843. §. 4. „So lange die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nicht erfolgt ist, besteht nur erst ein Rechtstitel zur Erlangung des bürgerlichen Eigenthums oder der Hypothek oder der andern dinglichen Rechte.“ — §. 172 ff.



ben werden, und zwar durch einseitige Ergreifung, wenn offener Besitz z. B. in einem Erbschaftsfalle ist; sonst durch Tradition, und wenn diese nicht erzwungen werden kann, durch Einweisung von Seiten des Richters.<sup>5)</sup>

IV. Um die unbedingte Wirksamkeit der Eintragung zu sichern, muß derselben eine obrigkeitliche Voruntersuchung (*causae cognitio*) vorhergehen, welche es feststellt, daß jener Act auch gültig vorgenommen werden kann. Eine solche Voruntersuchung findet sich schon in dem älteren Rechte<sup>6)</sup>; doch hatte dieses noch verschiedene andere Mittel, um die Rechtsbeständigkeit der Auflassung zu sichern. So lange das Geschäft in dem ungebötenen Echte ding vorgenommen ward, galt die Regel, daß der Anwesende seinen Widerspruch gegen die Bornahme der Handlung sofort geltend machen mußte, wenn er sich nicht „verschweigen“ wollte, während der Abwesende noch binnen Jahr und Tag sein Recht an der Sache ausführen konnte.<sup>7)</sup> Dieß Recht

5) Darauf weist die Geschichte der Auflassung in ihrer Verbindung mit der Vestitur und Einweisung hin, nur daß im älteren Rechte die eigenmächtige Besitzergreifung desjenigen, der die Auflassung empfangen hatte, weiter ging, als sie nach heutigem Rechte zugegeben werden kann; s. Lehre von den Erbvertr. I. S. 27. Note 16. S. 33. Note 32. vgl. oben §. 88. Note 5. — Sächf. Lehenrecht Art. 10. §. 4. — Mevius ad jus lub. lib. III. tit. 6. art. 1. Nr. 11. — Leonhardt a. a. D. S. 161. Die neuere Gesetzgebung hat indessen zum Theil ein anderes Princip befolgt; das Oesterr. Gesetzb. §. 441. läßt mit der Eintragung in das öffentliche Buch den neuen Eigenthümer auch in den Besitz der Sache eintreten, und die Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 15. bestimmt, daß die Fassung in jeder Hinsicht und mit der nämlichen Wirkung die Stelle der gemeinrechtlichen Tradition vertritt.

6) Goslar. Statuten (Göfchen) S. 14. Z. 14—18. — Lüneburger Statdr. Th. II. Tit. 3. — Mevius ad jus lub. lib. III. tit. 6. art. 1. nr. 21. — Pauli, Darstellung des Rechts der Erbgüter S. 132—34. — Leonhardt a. a. D. S. 42.

7) Sächf. Landr. B. II. Art. 6. §. 4. „Svelke gave die man siüt, oder svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht, darna mach he's nicht weder reden.“ Vgl. B. I. Art. 29. und oben §. 79. Note 17. — Albrecht, Gewere §. 13. — K. Beck, Hannov. Zeitung v. 1834. Nr. 277.

der Widersprache binnen Jahr und Tag ward später, als das Ecteding abkam, allen Betheiligten gegeben, und die Frist für Abwesende erst vom Tage der Wissenschaft an gerechnet, die unbedingte Rechtsbeständigkeit der Auflassung also erst von der Erlangung der rechten Gewere an gesichert.<sup>8)</sup> Ein solcher Vorbehalt für die zur Widersprache Berechtigten scheint namentlich erst mit der Ausbildung des Weispruchsrechts der nächsten Erben bei Veräußerungen von Grundstücken bestimmt ausgebildet zu sein<sup>9)</sup>; wenigstens war für die Erben die Widersprache von besonderer Wichtigkeit. Jedenfalls bezog sich dieselbe nicht auf obligatorische Einwendungen gegen die Veräußerung, sondern war dinglicher Natur und konnte nur die Legitimation zur Sache betreffen.<sup>10)</sup> Allein die Unsechtbarkeit einer schon vollzogenen Auflassung, wenn auch nur innerhalb einer bestimmten Frist, bedroht die

---

8) Rev. Lüb. Recht, B. III. Tit. 6. Art. 3. „Wil jemand verkauffte, liegende Gründe, stehende Erbe und Rente ansprechen, der soll es binnen Jahr und Tag thun. Nach dieser Zeit soll er nicht zugelassen werden, er beweifete denn, daß er außerhalb Landes gewesen, so hat er noch a tempore scientiae Jahr und Tag.“ — Hamb. Stadtr. Th. I. Tit. 30. Art. 3. Vgl. Werner Handfeste v. 1218. Art. 22. (Kraut, Grundriß §. 112. Nr. 53.)

9) Lehre von den Erbvertr. I. §. 5. — II. 2. S. 223. Note 17. Die von mir a. a. D. über die späte Entwicklung des Weispruchsrechts der nächsten Erben aufgestellte Ansicht ist von Gerber, med. ad locum spec. jur. Saxon. I. 52. (Erlang. 1847) überhaupt und von Sandhaas, germanist. Abhandlungen S. 165 ff. in Beziehung auf das Stammesrecht der Sachsen angefochten worden. Für diese letztere Beschränkung möchten allerdings überwiegende Gründe sprechen.

10) Albrecht a. a. D. S. 110—11. — Gries, Commentar I. S. 245. — Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen I. S. 411 ff. Die rechtliche Form der Widersprache war nach älterem Recht, wenn sie nicht sofort bei der Auflassung erhoben wurde, die Klage; s. Sächf. Landr. B. II. Art. 44. — Verm. Sachsensp. I. 36. pr. — Rütken. St. 39. (Kraut, Grundriß §. 112. Nr. 17.) — Homeyer, Sachsensp. II. 2. S. 208. In Richtsteig Lehennr. Art. 29. §. 2. finde ich nicht, wie Albrecht a. a. D., eine Unterbrechung der Verjährung durch Pfändung statt der Klage anerkannt, sondern nur eine Entscheidung über den besseren Besig.

Wirksamkeit des ganzen Instituts und ist daher von der neueren Gesetzgebung, welche das Weispruchsrecht des nächsten Erben überhaupt nur selten zu berücksichtigen hat, auch in der Form der Widersprache binnen Jahr und Tag nicht beibehalten worden.<sup>11)</sup>

V. Eine andere Einrichtung, durch welche man die alte Oeffentlichkeit des ungebotenen Erhebings zu ersetzen suchte, war die Anordnung bestimmter Verlasttage<sup>12)</sup>, sowie die Einrichtung, daß der Auflassung eine Verkündigung derselben in bestimmter Form vorausgehen muß, um zur Erhebung der Widersprache Veranlassung zu geben.<sup>13)</sup> Aber die festen Ver-

11) In Hamburg wurde bereits durch den Recess v. 1618. die Widersprache binnen Jahr und Tag auf die Abwesenden beschränkt; s. Gries a. a. O. S. 258. — Die Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 12. hat die im Stadtrecht enthaltenen beschränkenden Bestimmungen über die Veräußerung der s. g. Erbgüter und den retract aufgehoben.

12) Hamb. Stadtr. Th. I. Tit. 1. Art. 13. Später ist noch bestimmt worden, daß die Eintragung nicht vor drei Tagen nach der Verlassung geschehen darf, wodurch den Betheiligten eine Frist zur Geltendmachung ihrer Widersprache gegeben ist. S. Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen I. S. 402.

13) Mecklenburg = Schwerin. Stadtbuchordnung §. 11. „Um Verletzungen möglichst vorzubeugen, und den Betheiligten Veranlassung zu geben, ihre etwanigen Rechte, namentlich die Eigenthums- Vorkaufs- retract- und Näherrechte, gerichtlich durch Ausbringung von Inhibitorien, zur Abwendung der nach §. 10. eintretenden Nachtheile, geltend zu machen, soll die Verlassung nicht anders geschehen, als wenn sie, unter specieller Angabe der zu verlassenden Grundstücke und der darauf Antragenden, sechs Wochen vorher, vermittelst Anschlags an die Rathhaus-Tafel, öffentlich verkündigt worden. — Diese Verkündigung soll in jeder Stadt nur am ersten Dienstage der Monate Februar, Mai, August und November erfolgen. — Eine Bekanntmachung durch öffentliche Blätter oder Ausruf in der Stadt kann neben dem, in allen Fällen unerläßlichen Anschlage an die Rathhaus-Tafel geschehen.“ — Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 21–63, wo sich sehr genaue Vorschriften über das Verfahren finden, und das Recht der Widersprache §. 34. in einem sehr weiten Umfange eingeräumt wird. — Verm. Sachsensp. (Drtloff.) B. I. Cap. 31. Dist. 1. vgl. Albrecht a. a. O. S. 68. — Solmsf. Landr. Tit. XI.

lastage sind doch von keiner besonderen Wirksamkeit, und die Verkündigung kann, wenn sie nicht zu einem theueren und zeitraubenden Edictalverfahren führen soll, nur in einem beschränkten Kreise, z. B. für eine bestimmte Stadt zur Anwendung gebracht werden.

VI. Die neuere Gesetzgebung muß daher das Hauptgewicht auf die obrigkeitliche Voruntersuchung legen, welche in verschiedener Weise festgestellt worden ist. Am Schwierigsten ist die Sache, wenn die Berichtigung des Besitztittels bloß für das Hypothekenbuch geschieht, und die Erwerbung des Eigenthums nicht durch die Eintragung bedingt ist.<sup>14)</sup> Aber auch da, wo das Princip der Auffassung in dieser Consequenz durchgeführt worden, bedarf es für die in Note 4. angeführten Fälle einer genauen Prüfung des Rechtstitels, welche namentlich in Betreff des Erbrechts durch bestimmte gesetzliche Anordnungen über den Beweis desselben erleichtert werden kann. Handelt es sich dagegen von einer freiwilligen Uebertragung des Eigenthums, so könnte, da die sachlichen Veräußerungsbeschränkungen aus dem Grundbuche hervorgehen müssen, die Erklärung des Eigenthümers in der Regel genügen, um die Umschreibung zu rechtfertigen, und es wäre nur darauf zu halten, daß diese Erklärung persönlich oder durch einen genügend legitimirten Specialbevollmächtigten abgegeben würde, womit sich die Befugniß verbinden ließe, sie in einer öffentlichen Urkunde auszustellen. Einzelne Rechte begnügen sich auch mit der Erklärung des Eigenthümers<sup>15)</sup>, andere verlangen aber in der Regel eine bestimmt

---

§. 2. 3. — Ueber die Lovbietung des skandinavischen und die Aufbietung des nordfriesischen Rechts s. Paulsen, Lehrbuch §. 58.

14) Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 59. 60. Kommt noch hinzu, daß für die Berichtigung des Besitztittels keine Zwangspflicht besteht (s. oben §. 88. Note 22.), so wird für jeden zweifelhaften Fall gewissermaßen die Schwierigkeit der ersten Anlegung des Grundbuchs perpetuirt, und die Last der Voruntersuchung erdrückt die Behörden oder führt zu einer gefährlichen Verwirrung der Eigenthumsverhältnisse.

15) Gries, Commentar zum Hamb. Stadtrecht I. S. 248 ff. —

formulirte schriftliche Urkunde.<sup>16)</sup> Das entgegengesetzte Princip besteht darin, daß der Grundbuchsbehörde unbedingt die Verpflichtung auferlegt wird, die Gültigkeit und Richtigkeit des angegebenen Rechtstitels vor der Eintragung zu prüfen.<sup>17)</sup> — Für den Fall, daß Zweifel über die Zulässigkeit der Eintragung wegen Mängel der Legitimation und beziehungsweise des Rechtstitels bestehen, hat man dadurch geholfen, daß entweder die Vormerkung, welche das angemeldete Recht durch bedingte Eintragung sichert, oder die Protestation im Grundbuch, welche vor Benachtheiligung durch spätere Einträge schützt, angewendet werden kann.<sup>18)</sup>

Bornemann, Preuß. Justiz-Ministerial-Blatt v. 1848. Nr. 5. S. 44. — Mecklenburg-Schwerin. Stadtbuchordnung §. 9. 57. 63.

16) Oesterr. Gesetzb. §. 433. „Zur weiteren Uebertragung vermittelst Vertrages ist es bei Bauergütern genug, wenn der Uebergeber und Uebernehmer, oder auch nur der Uebergeber allein, vor der Grundobrigkeit erscheint, und die Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes in das öffentliche Buch bewirkt. §. 434. Wenn aber der Uebergeber nicht persönlich erscheint, und in allen städtische oder landtäffliche Güter betreffenden Fällen muß über das Erwerbungsgeschäft eine schriftliche Urkunde aufgesetzt, und sowohl von den Vertrag schließenden Theilen als von zwei glaubwürdigen Männern als Zeugen gefertigt werden. §. 435. In einer solchen Urkunde müssen die Personen, welche das Eigenthum übergeben und übernehmen; die Sache, welche übergeben werden soll, mit ihren Grenzen; der Titel der Erwerbung; ferner, der Ort und die Zeit des geschlossenen Geschäftes bestimmt anmerket, und es muß von dem Uebergeber in dieser, oder in einer besondern Urkunde die Bewilligung ertheilet werden, daß der Uebernehmer als Eigenthümer einverleibt werden könne.“

17) R. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 136. „Vor jedem Eintrage in das Grund- und Hypothekenbuch und vor jeder Löschung in demselben haben die Grund- und Hypothekenbehörden die Gültigkeit und Richtigkeit des angegebenen Rechtstitels zur Eintragung oder Löschung und des Anbringers Legitimation zur Sache und beziehentlich zur Verhandlung (§. 144.) nach dem, was darüber beigebracht worden (§. 142.), sorgfältig zu prüfen, und, wenn sich hierbei Anstände oder Mängel ergeben, derenthalber die Eintragung oder Löschung nicht geschehen kann, den Anbringer dessen unter deren Angabe zu bescheiden, ihm auch, insofern die Mängel gehoben werden können, die Herzsuschaffung des Ermangelnden aufzugeben.“ — §. 138. Vgl. Bornemann a. a. D. Nr. 6. S. 54. 55.

18) Ersteres bestimmt das Oesterr. Gesetzb. §. 438—39., letzteres

VII. Die größte Verwirrung ist in der Lehre von der Auflassung dadurch hervorgerufen worden, daß man das Veräußerungsgeschäft von dem Acte der Eigenthumsübertragung nicht gehörig zu unterscheiden wußte, und Form und Wirkung des Einen auf das Andere übertrug. Beide sind aber getrennt zu halten, und der allgemeine Grundsatz des deutschen Rechts, daß der Vertrag kein Eigenthum überträgt, zu bewahren.<sup>19)</sup> Das Veräußerungsgeschäft ist nur die Vorbereitung zur Auflassung, hat aber seine selbständige Bedeutung und giebt namentlich, wenn es nur an sich rechtsbeständig ist, eine Klage auf Vollziehung derselben.<sup>20)</sup>

VIII. Was namentlich den Einfluß des vertragmäßigen Vorbehalts des Eigenthums (*pactum reservati dominii*) auf die Auflassung betrifft, so ist zu bemerken, daß, wenn die letztere einmal unbedingt vollzogen ist, eine Beschränkung ihrer Wirkung durch vorhergehende Verträge nicht mehr Platz greifen kann; auch der Umstand, daß das Kaufgeld rückständig, verhindert den Uebergang des Eigenthums nicht.<sup>21)</sup> Eine andere Frage

das R. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 24. 25. Vgl. Pr. Hypothekenordnung Lit. II. §. 57. 107.

19) Im Gegensatz zum Princip des Code civ. Art. 1583. — Die Tradition läßt sich freilich als einen Vertrag im weiteren Sinne des Wortes auffassen, s. v. Savigny, System III. S. 312 ff., obgleich doch die bestimmte körperliche Beziehung zur Sache einen specifischen Unterschied begründet, anders wie z. B. bei den Realverträgen. Auch die Auflassung hat gleichfalls ein contractliches Element in sich, aber sie ist, zumal in der heutigen Form der Eintragung in öffentliche Bücher, kein Vertrag, wie Brakenhoest, Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 48 annimmt, dessen Begriff eines *jus ad rem*, welches ein dinglicher Anspruch auf ein *jus in re* sein soll, in unserem Rechtssysteme überhaupt nicht als ein technischer ausgebildet ist.

20) Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 130. — Mevius ad *jus lub. lib.* III. tit. 6. art. 1. nr. 7. — Leyser, med. ad *pand. spec.* 446. med. 5. 6.

21) Gries a. a. D. S. 249. — Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum S. 274—76. Dagegen bestimmte das Hamb. Stadtrecht v. 1497. G. II. „So we syn erve vorfoft, de

ist es, ob der Vorbehalt, wenn er zur Kenntniß der zuständigen Behörde gebracht ist, die Wirkung einer Resolutivbedingung haben kann. Der Begriff der Auflassung widerspricht an und für sich einer solchen im Voraus festgestellten Beschränkung ihrer Wirksamkeit nicht; allein ihr Zweck würde gefährdet werden, wenn-schlechthin die Wiederaufhebung des einmal eingetragenen Eigenthums möglich wäre. Es muß vielmehr, wenn dieß rechtlich zulässig sein soll, die gesetzliche Einrichtung bestehen, daß die beschränkte Wirksamkeit des Eigenthums aus dem Grundbuche selbst erkannt werden kann.<sup>22)</sup>

Einige Gesetze legen jedoch dem vorbehaltenen Eigenthume, auch wenn es eingetragen ist, nur die Bedeutung einer Hypothek bei.<sup>23)</sup>

IX. Der Zweck der Auflassung kann ihrem Wesen und ihrer ganzen Anlage nach nur dann erreicht werden, wenn das Grundbuch, in welches die Eintragung geschieht, öffentlichen Glauben im weitesten Sinne des Wortes hat. Was einmal

---

schal dat deme anderen uplaten vor dem rade, wan id eme vorgulden is", — und nach dem Code civ. Art. 1654. kann sogar der Käufer wegen nicht gezahlten Kaufpreises auf Auflösung des Geschäftes klagen, ohne daß das pactum reservati dominii hinzugefügt zu sein braucht. — In Deutschland hat gerade wegen des Zurückdrängens der Auflassung aus dem Hypothekenrechte dieser Vorbehalt und die damit in Verbindung gesetzte Ertheilung der jura cessa für manche Gegenden eine so große Bedeutung gewonnen.

22) Bayer. Hypothekengesetz §. 5. — Bremer Erbes- und Handfesten-Ordnung §. 68—79. — Großh. Sächs. Gesetz v. 6. Mai 1839. §. 134. 135. 178. — K. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 16. 225. Vgl. Seuffert, Archiv II. Nr. 10.

23) Rittersch. Hypothekenordnung für Mecklenburg-Schwerin v. 12. Nov. 1819. §. 33. „Reservationes dominii und Adjudicate wirken hinfürw nichts, als insoferne sie eingetragen worden, und durch die Stelle, wo sie im Buche zu stehen gekommen sind.“ — Mecklenburg. Stadtbuchordnung §. 13. „Bei der Verlassung sind die Parteien über etwa rückständige Kaufgelder von Amts wegen zu vernehmen, und sind solche, im Falle übereinstimmender Angabe, sofort und vor allen neuen Intabulationen, in die dritte Rubrik einzutragen.“ Vgl. Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 83. 109. Nr. 3. 126.

eingetragen ist, muß, soweit das Interesse dritter Personen dabei in Betracht kommt, unanfechtbar sein und einen ähnlichen Schutz gewähren, den die rechte Gewere nach dem älteren Rechte mit sich brachte.<sup>24)</sup>

## §. 90.

## VII. Die Zwangseinteilung.

Wenn auch dem modernen Begriff der Souverainität gemäß, der unbedingten Wirksamkeit des Gesetzes keine rechtliche Schranke

24) Sehr bezeichnend heißt es in den Dortmunder Statuten v. 1275. (Dreyer, Nebenstunden S. 423.) von den Verkäufen und Verlassungen: *siant in praesentia consulum in sede sedentium et coram ipsis omnimodo pertractentur, pertractata vero libro civitatis inserantur, ipsique libro insignita, temporibus se offerentibus, in hujusmodi casibus pro judicato teneantur.* — Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 4. Art. 4. — „Aber unbewegliche Erbe und Zinse sollen für sitzendem Rath in offener Audienz verlassen, und aufgetragen werden. Und was also für dem Rath verlassen und in dem Stadtbuch geschrieben wird, dar gehet kein Zeuge über. Wann aber der Schuldner solches bezahlt, so sol er sich für dem Rath los schelten, und im Stadtbuch tilgen lassen.“ — Vgl. Heise und Cropp, jur. Abhandlungen I. S. 369—79. 392. — Gries, Commentar I. S. 282 ff. — Mecklenburg. Stadtbuchordnung §. 47. „Durch die geschene Eintragung in das Stadtbuch wird sowohl der rechtliche Bestand des eingetragenen Rechts als auch dessen Vorzug ein für allemal in unumstößliche Gewißheit gesetzt, selbst für den Fall, wenn der Eigentümer des Grundstücks dem bessern Recht eines Andern weichen muß. §. 50. Der Inhalt des Stadtbuchs giebt vollständigen Beweis; ein Attest aus demselben ist vollgültiges Beweismittel.“ — K. Sächsl. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 22. „Vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekensbuchs bringt jede im Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung, die sich auf das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einem Grundstück bezieht, in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Grund- und Hypothekensbuche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt hat, alle rechtlichen Wirkungen hervor, die der Handlung, nach jenen Einträgen, angemessen sind. Auch kann niemand die Unwissenheit dessen, was im Grund- und Hypothekensbuche eingetragen ist, für sich anführen. — Wer hierdurch einen Schaden erleidet, dem bleibt blos der persönliche Anspruch auf Schadenersatz wider denjenigen, der hierzu nach den Gesetzen verbunden ist.“ Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 10. §. 7—11. — Oesterr. Gesetz b. §. 443.

Befeler, System II.

7



gesetzt ist, und selbst wenn es Vermögensrechte verletzt, eine Entschädigungsklage nur, soweit es dieselbe gestattet, begründet erscheint<sup>1)</sup>; so ist doch der Schutz und die Anerkennung des Eigenthums eine ethische Pflicht der Staatsgewalt, welche auch von der Gesetzgebung nicht außer Acht gelassen werden kann, ohne die sicherste Grundlage des öffentlichen Wesens zu erschüttern. Zu allen Zeiten hat man freilich in den äußersten Fällen der Gefahr ein Staatsnothrecht anerkennen müssen, vor dem jedes Privatrecht und auch das Eigenthum zurücktritt, und welches namentlich im Kriege sich geltend macht; aber in regelmäßigen Verhältnissen ist die Achtung des wohl erworbenen Rechts ein Zeichen politischer Bildung und Gesittung. Auch hat weder das römische noch das ältere deutsche Recht ein Princip ausgebildet, nach welchem die Abtretung des Eigenthums selbst gegen Entschädigung von Staats wegen gefordert werden kann<sup>2)</sup>; erst die neuere Zeit mit ihren großen öffentlichen Anlagen, besonders zu Communicationszwecken hat ein solches ins Leben gerufen, und es versucht, die Anforderungen des Gesamtinteresses mit der Unverletzbarkeit des Eigenthums in Einklang zu bringen. Darauf beruht die Zwangsentziehung oder Expropriation, welche sich in fast allen neueren Gesetzgebungen angewandt findet.<sup>3)</sup>

Die erste principielle Anerkennung der Zwangsentziehung findet sich in den neueren Gesetzbüchern<sup>4)</sup> und Verfassungs-

1) S. oben Band I. S. 72. Note 8.

2) Vgl. Mittermaier im Staatslexikon V. S. 790. — Daß übrigens in roheren Zeiten die Gewalt häufig das durchzusetzen wußte, was jetzt die Gesetzgebung in rechtlicher Weise zu vermitteln sucht, bedarf für den Kenner der Geschichte keines Beweises.

3) Die wissenschaftliche Behandlung der Lehre in unserer juristischen Literatur ist sehr dürftig; zu nennen sind: Mittermaier a. a. O. S. 789—98. — Treichler, Zeitschrift für deutsches Recht XII. S. 123—66., und als Materialsammlung: v. Wendt, neuester Expropriationscodex. Nürnberg 1837.

4) Pr. A. L. R. Einleitung §. 74. „Einzelne Rechte und Vortheile

urkunden<sup>5)</sup>; später ist sie entweder in besonderen Landesgesetzen (Expropriationsgesetzen) weiter ausgeführt<sup>6)</sup>, oder für einzelne Geschäftskreise näher bestimmt worden.<sup>7)</sup> Im Allgemeinen ist aber bei der Behandlung der Lehre darauf Rücksicht zu nehmen, daß sie eine Abweichung von einem allgemeinen Rechtsprincip, der Unverletzbarkeit des Eigenthums, enthält, und daher als ein anomalisches Recht (*jus singulare*) streng innerhalb der ihr vom Gesetz angewiesenen Grenzen zu halten ist.

I. Der Zweck der Enteignung ist, die Abtretung von Sachen, die sich im Privateigenthum befinden, zu öffentlichen Zwecken gegen Entschädigung zu erzwingen. Regelmäßig sind es Grundstücke, um deren Abtretung es sich dabei handelt; doch können es auch bewegliche Sachen sein, wenn es z. B. darauf

---

der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehn. §. 75. Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.“ — Th. I. Tit. 11. §. 4. „Auch der Staat ist Jemanden zum Verkaufe seiner Sachen zu zwingen nur alsdann berechtigt, wenn es zum Wohle des gemeinen Wesens nothwendig ist.“ §. 5—11. — Oesterr. Gesetzb. §. 365. „Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigenthum einer Sache abtreten.“ — Code civ. Art. 545. *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.*

5) S. Treichler a. a. D. S. 129—32. — Bopp in Weiske's Rechtslexikon IV. S. 138—41. — Pr. Verfassungsurkunde v. 31. Jan. 1850. Art. 9. „Das Eigenthum ist unverleglich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen vorgängige in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustellende Entschädigung nach Maassgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden.“

6) Im Großherzogthum Hessen, Churhessen, Königreich Sachsen, Baden, Baiern u. s. w.

7) So finden sich in Preußen Bestimmungen über die Enteignung in dem Gesetz wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung der Vorfluth v. 15. Nov. 1811. §. 11 ff. — über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. Nov. 1838. §. 8 ff. — über das Deichwesen v. 28. Januar 1848. §. 20.

ankommt, Erde oder anderes Material für Bauten zu erhalten, oder im Fall einer Hungersnoth über Vorräthe von Lebensmitteln zu verfügen.<sup>8)</sup>

II. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Expropriation zulässig ist, und welche Gewalten im Einzelnen darüber zu entscheiden haben, gehört dem Staatsrechte der einzelnen Länder an und ist hier nicht genauer zu erörtern.<sup>9)</sup> Der gesetzgebenden Gewalt kommt es aber jedenfalls zu, die Fälle der Anwendbarkeit sei es durch principielle Bestimmungen oder durch Aufzählung der einzelnen Fälle festzustellen.<sup>10)</sup> Das öffentliche Wohl wird dabei immer entscheidend sein müssen, wenn auch

8) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 7.

9) Vgl. Mittermaier a. a. D. S. 792—93. — Treichler a. a. D. S. 144 ff.

10) Baier. Gesetz v. 17. Nov. 1837. Art. 1. „Eigenthümer können angehalten werden, unbewegliches Eigenthum für öffentliche, nothwendige und gemeinnützige Zwecke abzutreten, oder mit einer Dienstbarkeit beschweren zu lassen, letzteres jedoch nur insoferne, als der Eigenthümer nicht vorzieht, auf Abtretung des zum Zwecke der Dienstbarkeit in Anspruch genommenen Theiles seines Grundeigenthums zu bestehen. Diese Abtretung kann übrigens nur eintreten A. zu folgenden Unternehmungen: 1) Erbauung von Festungen oder sonstigen Vorkehrungen zu Landes-Defensions- und Fortificationszwecken, insbesondere auch Militair-Etablissements. 2) Erbauung oder Erweiterung von Kirchen, öffentlichen Schulhäusern, Spitalern, Kranken- und Irrenhäusern. 3) Herstellung neuer oder Erweiterung schon bestehender Gottesäcker. 4) Regelung des Laufes und Schiffbarmachung von Strömen und Flüssen. 5) Anlegung neuer und Erweiterung, Abkürzung oder Ebenung schon bestehender Staats-, Kreis- und Bezirks-Straßen. 6) Herstellung öffentlicher Wasserleitungen. 7) Austrocknung schädlicher Sümpfe in der Nähe von Ortschaften. 8) Beschützung einer Gegend vor Ueberschwemmung. 9) Erbauung von öffentlichen Kanälen, Schleusen und Brücken. 10) Erbauung öffentlicher Häfen oder Vergrößerung schon vorhandener. 11) Erbauung von Eisenbahnen zur Beförderung des innern oder äußern Handels und Verkehrs. 12) Aufstellung von Telegraphen zum Dienste des Staates. 13) Vorkehrung zu wesentlich nothwendigen sanitäts- oder sicherheitspolizeilichen Zwecken insbesondere. 14) Sicherung der Kunstschatze und wissenschaftlichen Sammlungen des Staates vor Feuers- und anderer Gefahr, allein auch in allen diesen Fällen u. s. w. B. In Fällen öffentlicher Nothstände, nämlich bei Feuers- und Wassergefahr“ u. s. w.

das Gesamtinteresse des Staates nicht nothwendig unmittelbar betheiltigt zu sein braucht.<sup>11)</sup>

III. Eine Ausdehnung der gesetzlichen Bestimmungen auf analoge Fälle läßt sich bei der anomalistischen Natur des Instituts nicht rechtfertigen. In dem Recht der Enteignung liegt daher, wenn das Gesetz diesen Fall nicht vorgesehen hat<sup>12)</sup>, noch nicht die Befugniß, die vorübergehende Abtretung von Grundstücken zur Benutzung gegen Entschädigung zu verlangen. Alles aber, was als nothwendige Consequenz aus der Rechtsregel folgt, ist auch mit dieser selbst gesetzt; Realrechte also, welche mit dem abgetretenen Grundstücke verbunden sind, werden auch in das Enteignungsgeschäft hineingezogen.<sup>13)</sup>

IV. Das Rechtsgeschäft, welches durch die Zwangsent eignung hervorgerufen wird und das Verhältniß der Betheiltigten im Einzelnen darstellt, ist der Verkauf, und zwar der nach gesetzlichen Bestimmungen nothwendige Verkauf<sup>14)</sup>, indem die Feststellung des Preises jedenfalls durch die definitive Abschätzung erfolgt.<sup>15)</sup>

V. Die Entschädigung für die abgetretene Sache muß eine vollständige sein. Wie eine solche beschaffen sein muß, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Der gemeine Werth, welcher nach Analogie des Kaufgeschäftes maassgebend sein würde, kann hier nicht ausschließlich in Betracht kommen,

11) Singulär ist die in Württemberg den Privatpersonen gegebene s. g. Baufosung; s. Reyscher, gemeines und württ. Privatr. II. §. 293. Note 5.

12) Pr. Gesetz über Eisenbahnunternehmungen v. 3. Nov. 1838. §. 9. 13.

13) a. a. D. §. 12.

14) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 4 ff. — Erkenntniß des D. A. G.'s zu Lübeck bei Seuffert, Archiv IV. Nr. 117.

15) Dieß gegen die Entscheidungsgründe eines Erkenntnisses des Obertribunals zu Stuttgart bei Seuffert a. a. D. Nr. 41. Hier wird der Vergleich als das der Enteignung zum Grunde liegende Rechtsgeschäft angenommen.

weil die Nöthigung des Eigenthümers zur Abtretung die Berücksichtigung seiner individuellen Verhältnisse rechtfertigt. Es ist daher der Gebrauchswerth oder außerordentliche Werth zu ersetzen, jedoch ohne den der besonderen Vorliebe in Anschlag zu bringen.<sup>16)</sup> Die Möglichkeit einer künftigen Werthsteigerung, z. B. im Fall der Benutzung des Grundstücks zu Baupläzen, ist nur insofern zu berücksichtigen, als sie bereits auf den gegenwärtigen Werth einen bestimmt zu ermessenden Einfluß ausübt.<sup>17)</sup> — Im Ein-

---

16) Mittermaier a. a. D. S. 795 ff. — Treichler a. a. D. S. 153 ff. — Die neuere Gesetzgebung stimmt mit diesen Grundsätzen im Wesentlichen überein: s. Baier. Gesetz v. 17. Nov. 1837. Tit. II. Art. 5. „Die Entschädigung für jede zwangsweise Abtretung von Grundstücken muß enthalten: 1) Den gemeinen Werth des abzutretenden Gegenstandes. 2) Vergütung für die dem Eigenthümer durch die Abtretung zugehenden sonstigen Nachteile, namentlich a. Erfaß des Mehrwerthes, den der abzutretende Gegenstand mit anderen Eigenthumstheilen oder durch seine bisherige Benutzungsweise für den Eigenthümer behauptet; b. Erfaß der Werthsminderung, welche durch die Abtretung dem übrigen Grundbesitze desselben Eigenthümers zugeht; c. Erfaß des unvermeidlichen Verlustes, welcher dem Eigenthümer durch die Abtretung vorübergehend oder bleibend in seinem Erwerbe erwächst; jedoch darf die hierdurch sich ergebende Mehrung der Entschädigung 30 Procent des Schätzungswerthes nicht übersteigen; d. Erfaß für die Früchte, deren Erndte durch die Zwangsabtretung gehindert wird. 3) Den Betrag derjenigen Entschädigung, welche dem Pächter oder sonstigen Nutzungsberechtigten nach Gesetz oder Vertrag zu leisten ist.“ — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 9. „Bei dieser Bestimmung ist nicht bloß auf den gemeinen, sondern auch auf den außerordentlichen Werth Rücksicht zu nehmen.“ Vgl. Tit. 2. §. 111—15. und oben §. 74. Note 5. Nur in dem Gesetze über das Deichwesen v. 28. Januar 1848. §. 20. wird die Berücksichtigung des außerordentlichen Werthes ausgeschlossen; aber hier ist die Zwangsenteignung überhaupt nur den theilhaftigen Genossen gegenüber zugelassen. Vgl. Verhandlungen der zweiten Kammer, Sitzung v. 20. Dec. 1851. St. B. I. S. 52—58.

17) Weiter zu gehen scheint bedenklich, da die Werthschätzung doch nur den gegenwärtigen Zustand erfassen, und die Entschädigung nicht einen künftigen, bloß möglichen Gewinn umschließen kann; ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit einer Werthsteigerung wird aber nothwendig auch auf den gegenwärtigen Werth Einfluß haben. Vgl. das Erkenntniß des O. A. G.'s zu Lübeck bei Seuffert a. a. D. III. Nr. 176. v. Nr. 178.

zeln entscheidet das richterliche Ermessen, namentlich auch, insoweit nicht ausdrückliche gesetzliche Vorschriften bestehen, über die Frage, wann der Eigenthümer, von dessen Grundstück ein Theil abgenommen wird, die Uebernahme des Ganzen fordern kann.

---

## Viertes Kapitel.

### Die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums.

#### §. 91.

##### I. Im Allgemeinen.

Zu den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums lassen sich im weiteren Sinne auch diejenigen rechnen, welche durch die rechtliche Natur bestimmter Institute mit diesen selbst gesetzt sind, und einer besonderen Begründung durch Privatwillkühr für den einzelnen Fall nicht bedürfen. Dahin gehören außer den Retractrechten namentlich die Beschränkungen des Rechts der Veräußerung bei Lehen, Familiengütern des hohen Adels, Familiensideicommissen und Bauergütern, sowie die entsprechenden Regeln über die Wahrung der Substanz der Sache bei Ausübung des Nuzungsrechts, — Bestimmungen, die vorzugsweise mit den Instituten des getheilten Eigenthums und des Gesamteigenthums zusammenhängen und bei deren Darstellung ihre Berücksichtigung finden. Auch die gesetzlichen Vorschriften über die Verschaffung der Vorfluth und über das Recht des freien Schürfens auf fremdem Grund und Boden werden später am geeigneten Ort (in der Lehre von dem Wasserrecht und von dem Bergrecht) erwähnt werden.

Außerdem kommen hier noch die Regalien in Betracht, über welche in den folgenden Paragraphen gehandelt wird, und diejenigen gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums, welche in den Verhältnissen der Nachbarschaft beruhen, und theils im

Interesse des öffentlichen Wohls, theils zum Besten der einzelnen Betheiligten eingeführt sind. Diese Unterscheidung ist um des- wegen wichtig, weil nur die Beschränkungen der letzteren Art durch die Bestellung einer entsprechenden Dienstbarkeit oder ver- tragsmäßig aufgehoben oder gemindert werden können.<sup>1)</sup> Im Allgemeinen haben aber diese Eigenthumsbeschränkungen, welche man mit dem Ausdrucke: nothwendige Dienstbarkeiten oder Regalservituten zu bezeichnen pflegt, keine gemeinrechtliche Geltung, da ohne ihre bestimmte particularrechtliche Begründung die Freiheit des Eigenthums als die Regel Platz greift. Mit den verwandten, meistens nicht recipirten Bestimmungen des römi- schen Rechts<sup>2)</sup> stehen sie in keiner unmittelbaren Beziehung.

#### a. Der Nothweg.

Es liegt in der Billigkeit, daß jedem Eigenthümer der Zugang zu seinen Grundstücken gewährt werde, und daß, wenn ihm ein solcher fehlt, die Nachbarn ihm eine Wegegerechtigkeit einräumen. Ältere Rechtsquellen haben darauf, in Berücksich- tigung der besonderen agrarischen Verhältnisse des Mittelalters, eine unbedingte Rechtspflicht begründet, ohne nur einen Anspruch auf Entschädigung anzuerkennen<sup>3)</sup>, und die Doctrin der Juristen, durch eine nicht ganz zutreffende Analogie des römischen Rechts bestimmt<sup>4)</sup>, stellte für das gemeine Recht eine entsprechende Regel auf, in welche nur die Verpflichtung zur Entschädigung aufgenommen wurde.<sup>5)</sup> Indessen bedarf das Princip der Ent-

1) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 190—91. — Nürnberg. Refor- mation Tit. 26. Gef. 3. — Eichhorn, Einleitung §. 183. — Mit- termaier, Grundsätze I. §. 166. Nr. VII. §. 167. Nr. 2.

2) Thibaut, System II. §. 728—35. — Puchta, Pandecten §. 145.

3) Oeffnung von Flaach (Kanton Zürich) bei Grimm, Weis- thümer I. S. 94. „Item es sol je ein vorder gut dem hinder wäg und fäg geben, das einer mit dem sinen dar umnd dannen komen mug zu zinkli- chen Ziten.“

4) Man berief sich auf L. 12. pr. D. de relig.

5) Evers, Themis I. Nr. 4. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 167. Nr. III. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 220. Nr. 4. —

eignung überhaupt und vornämlich in seiner Anwendung auf Privatverhältnisse, immer eines bestimmten Rechtsfazes zu seiner Begründung, welcher in der gemeinen Meinung der Juristen für diesen Fall nicht so sicher ausgebildet erscheint, um als gemeines Gewohnheitsrecht gelten zu können; ohne allen Anhalt in dem particularen Rechte wird daher ein Anspruch auf einen Nothweg nicht für gerechtfertigt angesehen werden können.<sup>6)</sup>

b. Die Anwennde.

Es ist das Recht, auf dem Grundstücke des Nachbarn mit dem Pfluge umwenden zu dürfen.<sup>7)</sup>

c. Baupolizeiliche Beschränkungen.

Bestimmungen dieser Art, nach Orts- und Landesgebrauch vielfach modificirt, kommen in den meisten Particularrechten vor und haben in den Bauordnungen ihre genauere Ausführung erhalten. Hier sind nur die wichtigeren Einrichtungen, insofern sie im Interesse der Betheiligten getroffen sind, besonders hervorzuheben.

1) Das Hammerschlagsrecht. Darunter wird die Befugniß verstanden, für den Bau oder die Wiederherstellung eines Gebäudes das Grundstück des Nachbarn zu betreten; im engern Sinne kommt es als Leiterrecht (*tour d'échelle*) vor.<sup>8)</sup>

---

Buchta, Pandecten §. 145. Note h. — Seuffert, Archiv I. Nr. 177. 321. IV. Nr. 204.

6) Auch das Oberappellationsgericht zu Lübeck (s. Seuffert a. a. D. I. 321.) verlangt den Beweis der Gewohnheit, den es aber nicht mit der Strenge beurtheilt wissen will, wie wenn es sich um ein Herkommen handelt, welches mit klaren und ausdrücklichen Bestimmungen der Gesetze in directem Widerspruch steht. — Die neueren Gesetzbücher geben kein Recht auf den Nothweg, wenn auch das preussische Landrecht dem Eigenthümer beweglicher Sachen, die auf ein fremdes Grundstück gekommen sind, den Zutritt zu diesem gestattet: s. Koch, Lehrbuch I. §. 237. Nr. 7.

7) Moninger Gerichtsbuch im Sendenbergschen C. J. G. T. I. P. II. p. 55. 56. — Prosch, die Rechte der Nachbarn S. 77. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 167. Nr. VI. 2.

8) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 155. — Prosch a. a. D. S. 76. 77. — Mittermaier a. a. D. Nr. IV. 7. 8. — Maurenbrecher, Lehrbuch I. §. 263. Note 4. — Seuffert, Archiv V. Nr. 107.



2) **Unterfügung des Reibbaus.** Niemand darf einen Bau unternehmen, der erweislich nicht den eigenen Nutzen, sondern die Beschädigung oder Kränkung eines Anderen zum Zweck hat.<sup>9)</sup>

3) **Das Fenster- und Lichtrecht.**<sup>10)</sup> Das römische Recht giebt jedem Hauseigenthümer die Befugniß, Fenster, Lufen und Luftlöcher in seinem Gebäude zu machen, und läßt eine Beschränkung dieses Rechts so wie den Schutz bestehender Einrichtungen gegen das Verbauen von Seiten des Nachbarn nur in Folge einer bestellten Dienstbarkeit eintreten. Im deutschen Rechte ist von diesen Grundsätzen häufig abgewichen<sup>11)</sup>, und

9) Münchener Bauordnung v. 1489. Art. 27. „Item nehpau, die ainem schaden prächten, sollen verpotten sein, und sollen die pauleut dieselben nehpau abzuerkennen und darynne nach gelegenheit der Sachen allwegen zu entschaiden macht haben.“ — Auer, das Stadtrecht von München p. XCVIII. — Gries, Commentar zum Hamburg. Stadtrecht II. S. 95—96.

10) Die besten Bearbeitungen dieser Lehre finden sich in den Schriften der Praktiker; s. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen IV. Nr. 13. — v. Nettelbladt, Rechtsprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim V. Nr. 77. — Pfeiffer, prakt. Ausführungen IV. Nr. 1. — Rittermaier a. a. O. §. 167. Nr. IV. 10. — Ueber Fahne, das Fenster- und Lichtrecht, Berlin 1840. s. Pfeiffer a. a. O. VII. Nr. 10.

11) Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 12. Art. 13. „Es mögen auch keine neue Gänge, Wohnung oder Wohnkeller, Fenster, Thüren, Schure, da vormals keine gewesen, angerichtet werden, wie denn auch keine Schornsteine oder Feuerstätt, da hievor keine gestanden, ohne der Nachbarn Willen und Vergünstigung.“ — Frankf. Reformat. Th. VIII. Tit. 7. §. 2. „Wir ordnen, setzen und wollen, daß keiner gegen seines Nachbarn Haus oder Hoff zu, Fenster, darauß in desselbigen Nachbarn Haus oder Hof mag gesehen werden, von neuwen (wann dieselben zuvor nicht gewesen) machen: sonders es bei der vorigen Form und Gestalt, wie der alt Bau gestanden, so viel die Diecht belangt, bleiben lassen solle, damit sein Nachbar durch das verdrießlich Einsehen, durch etwan Außschütten und Außwerffen nicht beschwert werde. Dann auch nicht vermuthlich, wann die Vorfahren, so den alten Bau machen lassen, deß Lichtrechts auff ihren Nachbarn weren berechtigt gewesen, oder man ihnen dasselbig gestatten hatt wollen, daß sie es anfangs würden underlassen, und nicht auch so wol zu ihrem Vortheil, als der jetzig Nachbar, gesucht haben.“ Vgl. Bender, Lehrbuch §. 42. Note 2. §. 52. Note 1. — Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 20. Art. 8.

die Anlegung neuer Fenster und Oeffnungen ohne die Zustimmung des Nachbarn entweder ganz verboten, oder nur in einer bestimmten Höhe erlaubt und zugleich eine bestimmte Einrichtung der Fenster vorgeschrieben. Dem Recht, Fenster zu haben, steht dann aber auch regelmäßig der entsprechende Anspruch zur Seite, daß sie nicht eigenmächtig verbaut werden, wobei zuweilen wieder zwischen dem Recht auf Licht und auf Aussicht unterschieden wird.<sup>12)</sup> Im Einzelnen kommen manche Verschiedenheiten vor, und auch die neueren Gesetzbücher haben zum Theil sehr ausführliche Bestimmungen über diesen Gegenstand.<sup>13)</sup> Die statutarischen Bestimmungen müssen streng, aber doch in einer ihrem Sinn entsprechenden Weise ausgelegt werden; im Allgemeinen ist der Gesichtspunkt festzuhalten, daß der Schutz der Nachbarn gegen Zudringlichkeit und Beschädigung Zweck der Einrichtung ist.<sup>14)</sup>

---

„Hat jemandt auffschlagende Fenster an der Gassen oder an dem Wasser, die vor seines Nachbarn Haus oder Giebel schlügen, oder auch stehende Fenster in Höfen oder dergleichen Plätzen, die mag sein Nachbar ihm wohl zubauen, es were dann, daß jenig ander schein oder beweiß dagegen vorhanden. Es mügen aber die stehende Fenster, dem Nachbarn zu verdrieß, mit Brettern alleine nicht zugelleidet werden. Da auch jemandt auffschlagende Fenster in Hoffräumen oder andern Plätzen, in ruhigem Besiß hette, mügen dieselben ohne dessen willen, der sie hat, ihm nicht zugebauet oder die Luft verbauet werden. An dem Ort aber, da keine Fenster zuvor gewesen, mögen ohne Bewilligung des nachbarn keine gemacht werden.“ — Münchener Bauordnung Art. 32. — Sächf. Landr. B. II. Art. 49. §. 1. — Nassau-Kagenelnbogische Landesordnung Th. VI. Cap. 3. §. 1. (von der Rahmer I. S. 312—13.) — Churtrier. Landrecht Tit. 22. §. 2. (ebendas. II. S. 619.) — Mainzer Landesordnung Tit. 7. §. 34. (ebendas. S. 772.).

12) Die Unterscheidung findet sich schon in der (nicht glossirten) c. 12. C. de aedif. priv., welche überhaupt auf die Praxis nicht ohne Einfluß gewesen ist; s. Pfeiffer a. a. D. IV. S. 8 ff. — Oesterr. Gesetzb. §. 488. — Code civ. Art. 675—79.

13) Das österr. Gesetzbuch schließt sich im Wesentlichen dem römischen Recht an; über das Pr. A. L. N. Th. I. Tit. 8. §. 137—47. s. Bornemann, systemat. Darstellung II. S. 137—41.

14) v. Rettelbladt, Rechtsprüche I. Nr. 13. V. Nr. 77. — Unter

4) Das Recht des Zwischenraums nachbarlicher Gebäude. Auch hierüber kommen manche particularrechtliche Bestimmungen vor, die namentlich in Beziehung auf lästige Anlagen von Wichtigkeit sind.<sup>15)</sup> Davon verschieden ist wieder das Recht des Widerspruchs gegen die Betreibung unleidlicher Gewerbe, welches bei der Darstellung des Gewerberechts berücksichtigt werden wird.

## II. Insbesondere von den Regalien.

### §. 92.

#### a. Einleitung.

Die Lehre von den Regalien steht mit der Geschichte des öffentlichen Rechts in so unmittelbarer Verbindung und wird auch jetzt noch durch die Verfassung der einzelnen deutschen Staaten so wesentlich bedingt, daß die allgemeine Darstellung derselben in das Staatsrecht und nicht in das Privatrecht gehört. Der eigenthümliche Charakter des Instituts beruht aber gerade darauf, daß es nicht dem einen oder dem andern Rechtsgebiete ausschließlich zugewiesen werden kann, sondern von einer gemischten Natur ist; obgleich das publicistische Element in demselben überwiegt, so greift es doch auch in das Privatrecht hinüber, und die Schwierigkeit der Lehre besteht vorzugsweise darin, die rechte Grenzscheide zwischen den beiden Gebieten zu finden. Zu diesem Behuf bedarf es auch hier einiger einleitenden Bemerkungen, bevor die einzelnen Regalien,

---

den Nachbarn werden in der Regel nur die unmittelbar Anwohnenden (collaterales) verstanden; s. Mevius ad jus lub. III. 12. Art. 13. Nr. 30—32.

15) Sächf. Landr. B. II. Art. 51. §. 1. „Oven (Backöfen) und gang (Kloaken) und spinekoven solen dre vorte van me tune stan“. — Pr. N. L. R. Th. I. Tit. 8. §. 125. „Schweinställe, Kloake, Dünger- und Lohgruben, und andere den Gebäuden schädliche Anlagen müssen wenigstens drei Fuß rheinländisch von den benachbarten Gebäuden, Mauern und Scheunen entfernt bleiben.“

welche sich als Beschränkungen des Privateigenthums darstellen, erörtert werden können.

Dem ältesten deutschen Rechte sind Beschränkungen des Grundeigenthums von Staats wegen unbekannt, und wenn ein Regale, ein *regium jus* vorkommt, so ist darunter schlechthin ein nutzbares Recht des königlichen Fiscus zu verstehen.<sup>1)</sup> In dessen erweiterte sich der Begriff allmählich, indem nicht bloß gewisse Rechte des Königs, sondern auch die von demselben übertragene Gewalt, die Summe der auf der Verleihung ruhenden Rechte als Regalien bezeichnet wurden. In diesem Sinne ist namentlich seit dem Wormser Concordat der Ausdruck gleichbedeutend mit den Temporalien der Bischöfe<sup>2)</sup>, und in Italien wurden schon unter den Hohenstaufen die großen Staatslehen (*ducatus, marchia, comitatus*) darunter befaßt.<sup>3)</sup> Gleichzeitig zeigte sich aber das Bestreben, gewisse Rechte des römischen Fiscus und andere Gerechtsame, namentlich an Bergwerken, der königlichen Gewalt zu gewinnen, und wenn daraus auch Anfangs nur für die italienischen Reichslande bestimmte Folgen hervorgingen, so wirkte doch, bei dem späteren Ansehen der longobardischen Lehenrechtssammlung, dieß auf Deutschland zurück<sup>4)</sup>, freilich nach dem Entwicklungsgange der öffentlichen Angelegenheiten, weniger im Interesse des Kaiserthums als der landesherrlichen Gewalt. Die zum Theil sehr unbeholfenen Versuche, für diese letztere eine römische Analogie aufzufinden<sup>5)</sup>,

1) Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland (Frankfurt a/D. 1806.) S. 6 ff. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 58.

2) Hüllmann a. a. D. S. 12 ff. — Eichhorn a. a. D. II. §. 232. Note 6.

3) *Friderici I. constitutio ai 1158. de regalibus* bei Pertz. L. L. II. p. 111—12. — II. F. 56. Vgl. Eichhorn a. a. D. II. §. 246. 362. Anmerkung.

4) S. z. B. U. Tengler, Lehenspiegel Bl. XIX b. Von Regalien.

5) Daß *imperium merum und mixtum* und die *jurisdictio* der römischen Magistrate mußten dazu dienen; s. Bartolus ad L. *Imperium* (3.) D. de

wurden aufgegeben, indem man die durch den westphälischen Frieden befestigte Territorialgewalt auf die Regalien zurückführte, denen nur die spärlichen Attribute der Reichsgewalt und die einzelnen kaiserlichen Reservatrechte beschränkend gegenüber standen.<sup>6)</sup> Die Verschiedenartigkeit der in der Landeshoheit liegenden Rechte mußte aber nothwendig zu mannigfachen Eintheilungen der Regalien führen<sup>7)</sup>, bis am Ende die Unterscheidung der wesentlichen Rechte der Staatsgewalt (Hoheits- oder Majestätsrechte als *regalia majora* oder *essentialia*) und der bloß fiscalischen Rechte (*regalia minora* oder *accidentalia*), welche auch von Unterthanen ausgeübt werden konnten, allgemein angenommen ward.<sup>8)</sup> In diesem Sinne ward auch im preußischen Landrecht die Lehre festgestellt.<sup>9)</sup>

Ueber den Umfang und die Bedeutung der nutzbaren Regalien bestanden nun aber weitgreifende Streitfragen und Bedenken. Zunächst kam es darauf an, sie begriffsmäßig von den eigentlichen Hoheitsrechten zu unterscheiden; aber da zeigte es sich, daß sie zum Theil fast unauflösbar mit einander verwachsen waren. Diese nutzbaren Rechte, welche der Fiscus in Anspruch nahm, hatten zuweilen einen rein publicistischen Charakter, wie die Steuern, welche nur im uneigentlichen Sinn als *Accise*, *Brücken*, *Fähr*- und *Wegegelder* im Besitz der Corporationen und Privatpersonen sein konnten. Die meisten niederen

---

jurisdict. — Zasius ad l. c. — N. Betsius, de statutis fam. illustr. cap. 1—4.

6) Pütter, Beiträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte. I. Nr. 11.

7) Vgl. Klüber, öffentliches Recht §. 99. Note c.

8) So handelt z. B. Chr. G. Sargow, Einleitung zu der Lehre von den Regalien (2. Aufl. Rostock 1757.) im ersten Buch Cap. 1. von dem Begriff und dem Ursprung der Regalien, Cap. 2. von deren Eintheilung, Cap. 3—11. von den einzelnen Hoheitsrechten, im zweiten Buch aber von den *regalibus fisci* oder den kleinen Regalien.

9) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 13—16. Vgl. Duesberg bei Simon und v. Strampff, Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preussischen Rechtes II. S. 59—103.

Regalien aber waren erst allmählich mit der wachsenden Macht der Landesherren in Anspruch genommen worden, und führten zu Conflicten mit der Reichsgewalt, wie das Postregal, oder enthielten Beschränkungen des Privateigenthums an Grundstücken, welche den ursprünglichen Rechtszuständen direct widersprachen. Gerade das publicistische Element in diesen Regalien war für die thatsächliche Begründung derselben von überwiegender Bedeutung, und trotz aller Deductionen der Juristen über das Forst- und Jagdregal lag z. B. in der forstlichen Obrigkeit, welche sich die Landesherren kraft ihrer öffentlichen Gewalt beileigten, die wesentlichste Stütze für die Ausübung gewisser nutzbarer Rechte.<sup>10)</sup> Jene Scheidung der Regalien in wesentliche Hoheitsrechte und niedere Regalien genügte daher nicht, um die verschiedenen Rechtsgebiete von einander vollständig getrennt zu halten.

Für die Begründung der niederen Regalien war nun aber die Jurisprudenz besonders thätig. Die Vorschriften des römischen Rechts, des longobardischen Lehenrechts wurden oft mit sehr geringer Kritik herangezogen; vor Allem aber wurde die Lehre wichtig, daß herrenlose Sachen dem Fiscus gehörten, so daß man nur diesen Begriff nachzuweisen brauchte, um die Regalität darzuthun<sup>11)</sup>; und als die wissenschaftliche Kritik eine solche Beweisführung nicht mehr gelten ließ, wurde das domi-

---

10) Ch. G. Riccius, zuverlässiger Entwurf von der in Teutschland üblichen Jagt-Gerechtigkeit Cap. 1. §. 29. — Strube, rechtliche Bedenken IV. Nr. 48. — Stieglitz, geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd §. 31. 32.

11) Nach Heineccius, *elementa juris germ. privati* lib. II. tit. 1. §. 8. hat diese Ansicht, welche auch in das preuß. Landrecht Th. I. Tit. 16. §. 1—7. (vgl. auch Code civ. Art. 539.) übergegangen ist. Für Suarez war abgesehen von der früheren Theorie namentlich auch die Erwägung maßgebend, daß die Bedürfnisse des Staates mit herrenlosen Gütern am Bequemsten bestritten würden, s. Duesberg a. a. D. S. 91., — eine Bemerkung, die schon Hugo Grotius (*de jure belli et pacis* lib. II. cap. 8. §. 5.) gemacht hatte, aber freilich nicht als Motiv für eine neu zu gründende Gesetzgebung.

nium eminens oder gar das Landeseigenthum des Landesherren zur Begründung der älteren Regalitätslehre herangezogen.<sup>12)</sup> Vor der heutigen Jurisprudenz können solche Fiktionen nicht mehr bestehen<sup>13)</sup>; sie hat den geschichtlichen Entwicklungsproceß begriffen, aber indem sie das Irrthümliche der älteren Deductionen darlegt, darf sie nicht verkennen, daß auch hier auf dem Gebiete der Thatsachen, wo das Herkommen und die unvordentliche Verjährung ihre Macht zeigen, begründete Rechtsinstitute ihren Ursprung haben nehmen können.

Diese Bemerkungen führen zu folgenden Sätzen, welche für die Lehre von den Regalien, so weit sie hier in Betracht kommt, maßgebend sind.

I. Unabhängig von der Begründung gewisser fiskalischer Nutzungsrechte hat die Gesetzgebung die ihr angewiesene Aufgabe zu erfüllen; sie regelt das Besteuerungswesen und bestimmt, insoweit das Gewohnheitsrecht nicht schon die entsprechenden Normen festgestellt hat, die Grenzen der vom Staate geltend zu machenden Oberaufsichts- und Verwaltungsbefugnisse. Die Ausübung dieser Hoheitsrechte ist an das Recht auf bestimmte Regalien nicht gebunden, wenn mit denselben im Einzelnen auch gewisse gewohnheitsrechtliche Normen, z. B. über die Beaufsichtigung der Forstökonomie in Privatwäldungen hervorgetreten sein können.

II. Der Begriff der Regalien ist auf die hergebrachten oder gesetzlich festgestellten Arten zu beschränken, ohne daß eine Ausdehnung desselben auf verwandte Verhältnisse durch die wissenschaftliche Doctrin zulässig erscheint. Die Rechte der Staatsgewalt in Beziehung auf Eisenbahnen und Telegraphenanstalten z. B. sind, abgesehen von den besonderen gesetzlichen

---

12) Biener de natura et indole domini in territoriis Germaniae lib. I. §. 10. — lib. II. cap. 2. De dominio regalium fonte.

13) Seidensticker, de genuinis fundamentis juris supremae potestatis circa adespota. Gott. 1789. 4. — Posse, über das Staatseigenthum in den deutschen Reichslanden S. 1—157.

Bestimmungen, nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Staatseigenthum, Actienvereine u. s. w., nicht aber nach Analogie der Regalitätslehre zu beurtheilen.<sup>14)</sup> — Auch die allgemeinen Vorrechte des Fiscus auf erblose Güter u. s. w. sind von den eigentlichen Regalien auszuschließen<sup>15)</sup>, so daß zu denselben nur theils die gewerblichen Beschränkungen, wie das Postregal und Münzregal<sup>16)</sup>, theils die Beschränkungen des Grundeigenthums in dem Bergregal, Forst- und Jagdregal u. s. w. zu rechnen sind. Hier kommen nur die letzteren in Betracht, und zwar allein mit Rücksicht auf die besonderen Rechte der Staatsgewalt, indem der privatrechtliche Inhalt des Bergrechts, Wasserrechts, Jagdrechts in der besonderen Darstellung des Gewerbe- und namentlich des Landwirthschaftsrechts zu erörtern ist.

III. Die einzelnen Regalien haben eine verschiedene Geschichte, so daß ein Schluß von der einen Art auf die andere nicht gerechtfertigt erscheint. Aber auch die Begründung in den einzelnen Territorien ist durchaus nicht gleichartig gewesen; in dem einen findet sich das Regale, in dem andern nicht, und wo es vorkommt, bestehen oft große Verschiedenheiten in der weiteren Ausbildung desselben. Sogar das Bergregal, welches doch am Weitesten verbreitet und am Gleichartigsten gestaltet ist, kommt nicht in allen deutschen Staaten und nicht in demselben Umfang vor. Bei der Frage, ob und in welcher Weise ein Regale begründet ist, muß daher stets die besondere Art desselben und die Rechtsgeschichte und die Verfassung des einzelnen Staates den Ausschlag geben.

IV. Das Institut der Regalien gehört also zu dem bedingt

14) Ueber die Rechte des Staats an Eisenbahnen s. Reyscher in der Zeitschr. für deutsches Recht XIII. S. 243—302.

15) v. Bülow und Sagemann, pract. Erörterungen VI. Nr 91.

16) Das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 13. §. 12. zählt das Münzrecht zu den Majestätsrechten; es findet sich jedoch noch bei einzelnen Städten, z. B. Rostock; s. Sagemann, Versuch einer Einleitung in das Mecklenburgsche Staatsrecht §. 161. Note 4.

Beseler, System II.



gemeinen Rechte, so daß eine Vermuthung für die Geltung in den einzelnen Staaten nicht besteht.<sup>17)</sup> Die besonderen Arten können aber wieder in verschiedener Weise begründet sein, —

als gesetzliche Regel für den ganzen Staat oder für einzelne Gebietstheile oder für gewisse Landgüter, z. B. die bauerlichen,

oder in Folge besonderer Erwerbung für einzelne Rechtsverhältnisse, wenn z. B. der Landesherr wie in Mecklenburg das Recht der hohen Jagd auf gewissen Rittergütern erlangt hat.

Im ersten Fall kommt die Lehre von den Rechtsquellen, Gesetz oder Gewohnheit, zur Anwendung, und die Befreiung von dem Regale stellt sich wieder, wenn sie auf einer beschränkenden Regel beruht, als die Folge eines Rechtsfages dar, oder sie hat ihren Grund in der speciellen Verleihung, der die unwordenkliche Verjährung gleich steht, und dann liegt ein Privilegium vor. — Ist aber, wie im zweiten Fall angenommen wurde, nur ein einzelnes in dem Regale enthaltenes Recht erworben, so ändert dieses, weil der Staat oder der Landesherr der Inhaber ist, seine Natur nicht; die Befugniß wird nicht zum Rechtsfag, weder ihrem Entstehungsgrunde noch ihrer Wirkung nach.

V. Es ist daher eine unrichtige, schon durch die Rechtsgeschichte widerlegte Ansicht, daß ein Regale, wenn es einmal in einem Lande besteht, die Regel bilde; daß jede Ausnahme davon die Vermuthung gegen sich habe und bewiesen werden müsse; daß endlich nur durch ausdrückliche Verleihung oder unwordenkliche Verjährung die in den Regalien enthaltenen Rechte auf Privatpersonen haben übergehen können. Es hängt vielmehr Alles von der richtigen Würdigung der gerade vorliegenden Verhältnisse ab. Wenn es sich um Rechtsfäge handelt, so ist es die Aufgabe des Richters, sich ein selbständiges, auf eigene Einsicht und Forschung beruhendes Urtheil zu bilden,

17) S. oben Band I. S. 9—11.

welches nicht durch vage Vermuthungen und leichtfertige Beweisauflagen ersetzt werden darf; nur wenn es auf die Begründung eines individuellen Privilegiums ankommt, treten die allgemeinen dafür geltenden Regeln auch hier in Wirksamkeit.<sup>18)</sup>

VI. Bei der Uebertragung des Regals geht nur das nutzbare Recht, nicht aber das mit demselben verbundene Hoheitsrecht auf den Erwerber über. Diese Regel gilt allgemein, insofern sie nicht in besonderen Einrichtungen ihre Beschränkung findet; denn soweit z. B. die Autonomie und Selbstverwaltung einer Corporation überhaupt gewährt sind, können sie auch in Beziehung auf ein übertragenes Regale geltend gemacht werden.

### §. 93.

#### b. Einzelne Arten der Regalien.

##### 1) Das Bergregal.

Es ist eine allgemein anerkannte Thatsache, daß bis zum elften Jahrhunderte die Bergwerke in Deutschland als Zubehörungen des Grundeigenthums angesehen und für Rechnung der Grundeigenthümer bebaut wurden.<sup>1)</sup> Dagegen haben die ältesten uns bekannten Bergordnungen, welche aus dem dreizehnten Jahrhundert stammen, aber offenbar einer älteren Rechtsbildung

---

18) S. oben Band I. §. 50. Ein näheres Eingehen auf die vielen Streitfragen der älteren Jurisprudenz, welche sich um die im Text bezeichneten Punkte bewegten, und auf die zum Theil sehr einseitige Auffassung neuerer Rechtslehrer (s. z. B. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht II. §. 147.) erscheint nach der gegebenen Darlegung überflüssig; eine genauere Casuistik muß doch wieder auf die einzelnen Arten der Regalien und deren territoriale Ausbildung Rücksicht nehmen. Wo freilich, wie im Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 14. §. 26 ff. die Gesetzgebung schon Alles in einer bestimmten Richtung erledigt hat, bedarf es der weiteren rechtlichen Erwägung nicht.

1) Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland S. 64—68. — Karsten, über den Ursprung des Bergregals in Deutschland (Berlin 1844.) S. 21. Note \*.

angehören<sup>2)</sup>, ein ganz verschiedenes Princip durchgeführt: das Recht des freien Schürfens und des ersten Finders.<sup>3)</sup> Dieß Princip, „das Palladium der bergrechtlichen Verhältnisse“ (Karsten), hat seitdem den deutschen Bergbau beherrscht, so verschiedenartig sich im Uebrigen die Einrichtungen, namentlich mit Rücksicht auf den Umfang des in Anspruch genommenen Bergregals, gestalten haben mögen. Seit dem elften Jahrhunderte tritt nämlich der Plan der deutschen Kaiser hervor, das Recht auf Bergwerke zu einem Regale zu machen<sup>4)</sup>, und wenn auch das darauf gerichtete Bestreben im Ganzen nur den Erfolg hatte, die auch von den Landesherren geltend gemachten Ansprüche zu erweitern und zu bestärken<sup>5)</sup>, so liegt doch in diesem

2) Als Mutterrecht erscheint namentlich das Bergrecht von Schennis in Ungarn, von wo es nach Iglau in Mähren u. s. w. übergegangen ist; f. Karsten a. a. D. S. 10 ff.

3) Es ist das Verdienst der angef. Schrift von Karsten (s. auch dessen Grundriß der deutschen Bergrechtslehre [Berlin 1828] S. 18 ff.), dieß im Gegensatz zu der hergebrachten Theorie, welche alles Gewicht auf die Regalität legte, dargethan zu haben.

4) Hüllmann a. a. D. S. 72 ff. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgech. II. S. 297. 362. — Mittermaier, Grundsätze I. S. 241. — Weiske im Rechtslexikon s. v. Bergrecht I. S. 934—38. — Kraut, Grundriß S. 127. — Die sehr unklaren Bestimmungen des Sächf. Landrechts (B. I. Art. 35.) sind mit Vorsicht zu benutzen; vgl. Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 280. 370. und Eichhorn a. a. D. S. 297. Note k. — Weiske, Zeitschrift für deutsches Recht I. 1. S. 58—60. — Sachsse, ebendas. X. S. 70—72. — Steinbeck, ebendas. XII. S. 254—64. — Karsten, über den Ursprung des Bergregals S. 42—43. — Weiske, der Bergbau und das Bergregal (Eisleben 1845) S. 32—36.

5) Im 12. und 13. Jahrhundert war die Landeshoheit noch keine einheitliche Staatsgewalt, sondern bestand aus verschiedenen, neben einander geltenden Rechten; so daß die Ansprüche der Reichsfürsten auf die Bergwerke verschiedenen Ursprungs sein konnten, je nachdem sie auf Grundherrschaft, Grafschaft, Vogtei oder besondere kaiserliche Beilehnung, welche nicht immer bloß der Sicherheit wegen gesucht wurde, begründet waren. Dieß ist in der Ausführung von Weiske (der Bergbau und das Bergregal S. 46. 47. 55 ff.) nicht gehörig beachtet worden. — Bezeichnend für die Entwicklung des Bergregals, wenn auch zunächst nur für die Churfürsten erlassen, ist die Vorschrift der Aurea bulla cap. IX. S. 1. Presenti

Umstände ein wichtiges Moment für die Ausbildung der Regalität des Bergbaus. Dieselbe hat aber immer nur dazu gebient, das Princip der Freierklärung des Bergbaus näher zu bestimmen und zu beschränken, sich aber nicht an dessen Stelle setzen oder es verdrängen können.<sup>6)</sup>

I. Die Freierklärung des Bergbaus ist die Regel, so daß das wesentliche im Regal enthaltene Recht darin besteht, zum Auffuchen — Schürfen — der Fossilien Schurfzettel zu erteilen und sie dem ersten Finder nach gehörig beschaffter Muthung zum bergmännischen Eigenthum zu verleihen. Nur ausnahmsweise besteht ein Monopol des Staates zur ausschließlichen

---

constitutione in perpetuum valitura statuimus, ac de certa scientia declaramus, quod successores nostri Boëmie Reges nec non universi et singuli Principes Electores, ecclesiastici et seculares, qui perpetuo fuerint, universas auri et argenti fodinas atque mineras stanni, cupri, ferri, plumbi et alterius cujuscunque generis metallici etiam salis, tam inventas quam inveniendas imposterum, quibuscunque temporibus in Regno predicto, aut terris et pertinenciis eidem Regno subjectis, nec non supradicti Principes in Principatibus, terris, dominiis et pertinenciis suis tenere juste possint, et legitime possidere, cum omnibus juriis, nullo prorsus excepto, prout possunt seu consueverunt talia possideri (Cod. Wenc. possidere). — Ueber den Zusammenhang dieser Bestimmung mit den böhmischen Bergwerksverhältnissen s. Karsten, über den Ursprung des Bergregals S. 43 bis 45. — Weiske, Rechtslexikon I. S. 936.

6) Ueber die Quellen des Bergrechts, deren Geschichte in neuerer Zeit fleißig bearbeitet worden, s. Karsten, Grundriß der deutschen Bergrechtslehre §. 42—44. Eine Sammlung der seit dem 16. Jahrhunderte zahlreich entstandenen Bergordnungen enthält: Corpus juris metallici recentissimi et antiquioris. Herausgegeben von Thomas Wagnern. Leipzig 1791. fol. — Für Baiern s. Lori, Sammlung des Baierschen Bergrechts. München 1764. — Für Sachsen s. die Bergordnung v. 12. Juni 1589. (vgl. Haubold, Lehrbuch §. 239—41.); die sursächz. Bergordnung v. 31. Jun. 1781. ist abgedruckt bei von der Mähner, die Landrechte des Ober- und Mittelrheins II. S. 781—827. — Das Preussische Landrecht handelt vom Bergregal Th. II. Tit. 16. §. 69—480. Die Geltung desselben ist aber bei dem Vorhandensein zahlreicher Provinzialbergordnungen beschränkt, eine Revision auch schon seit Langem vorbereitet. Ueber das österreichische Bergrecht s. besonders Lausch, das Bergrecht des österr. Kaiserreichs. Klagenfurth 1822.

Betreibung eines besonders vorbehaltenen Bergbaus<sup>7)</sup>, und auch die Specialverleihung, welche entweder die Uebertragung des Regals oder ein Vorrecht zur Betreibung des Bergbaus in einem bestimmten Bezirke zur Folge hat, kommt gegenwärtig nur sehr selten vor.<sup>8)</sup> Jede Abweichung von der Regel des frei erklärten Bergbaus muß durch Gesetz oder Herkommen besonders begründet sein.<sup>9)</sup>

II. Der Inhaber des Regals (der Bergherr) hat einen Anspruch auf gewisse Abgaben. Die wichtigsten sind die Zehnten (Frohne, Uebar), welche in einer verhältnißmäßigen Steuer von dem Ertrage des Bergwerks bestehen; außerdem kommen fixirte Abgaben (Recessgelder, Quatembergelder) und gewisse Gebühren für den Schurfzettel u. s. w. vor.<sup>10)</sup> — Ein Vorkaufsrecht des Fiscus an den gewonnenen Mineralien ist nur ausnahmsweise begründet.<sup>11)</sup>

III. Ueber die Betreibung des Bergbaus üben die landesherrlichen Bergbehörden eine Oberaufsicht aus, welche, nach den Particularrechten in verschiedener Weise geordnet, zuweilen als ein eigentliches Verwaltungsrecht besteht und auch wohl über den Grubetrieb hinaus ausgeübt wird.<sup>12)</sup> Dieß Auf-

7) Namentlich auf Steinsalz. Nach Karsten, über den Ursprung des Bergregals S. 67. 68. kommen die ersten Beispiele einer solchen Monopolisirung in der Rudolphinischen Bergordnung für Schlesien v. 5. Febr. 1577 und für die Graffschaft Glatz v. 24. März 1578 vor.

8) Das Nähere bestimmt die Verleihungsurkunde: vgl. Karsten, Bergrechtslehre §. 25—31. — Haubold, Lehrbuch §. 245. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 16. §. 106—8.

9) Vgl. Weiske, Bergbau und Bergregal S. 72.

10) Karsten, Bergrechtslehre §. 204—16. — Weiske, Rechtslexikon I. S. 966—68. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 16. §. 98—105. Für Preußen sind die Bergwerksabgaben sehr vereinfacht und ermäßigt durch das Gesetz v. 12. Mai 1851.

11) Das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 95. giebt dem Staat nur für Gold und Silber ein Vorkaufsrecht.

12) Karsten, Bergrechtslehre §. 200—3. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 82. „Jeder Beliehene muß sein Bergwerkseigenthum den Grundsätzen

sichtsrecht ist eine Folge des Regals, während die Gesetzgebung und die Gerichtsbarkeit in Bergsachen, auch Berghoheit genannt<sup>13)</sup>, Ausflüsse der regelmäßigen Staatsgewalt sind.

IV. Das dem Staate kraft des Regals zustehende Recht an den Fossilien stellt sich also nicht als ein Eigenthum dar, welches bei der Unbestimmtheit des Gegenstandes in Betreff dieser an sich herrenlosen, nach Lage und Beschaffenheit meistens gar nicht gekannten Sachen sich begriffsmäßig gar nicht durchführen ließe.<sup>14)</sup> Das Recht des Staates beschränkt sich vielmehr auf die Befugniß, nach den durch Gesetz und Herkommen bestimmten Regeln über die bergmännische Gewinnung bestimmter, dem Regal unterworfenen Fossilien zu verfügen und dafür die gesetzlichen Abgaben zu erheben. Gewöhnlich wird jetzt, nachdem die ältere Theorie von der Fiscalität der herrenlosen Sachen aufgegeben ist, ein Eigenthum des Staates auch dann erst angenommen, wenn ein bestimmtes Grubensfeld zum Bau verliehen ist, indem man nach Analogie des Lehenrechts, dessen Geschäftsformen für diese Rechtsverhältnisse hergebracht sind, ein Ober- und Untereigenthum unterscheidet, und jenes dem Staate, dieses aber dem Beliehenen zuschreibt.<sup>15)</sup> Aber auch diese Bezeichnungen sind in ihrem gewöhnlichen Sinne hier nicht zutreffend, da der Staat durch die Verleihung kein Eigenthumsrecht gewinnt, auch die Grube, wenn das Recht des Beliehenen aufgegeben (auflässig) oder zur Strafe entzogen wird, nicht durch Consolidation an den Fiscus kommt, sondern ins „Bergfreie“ zurückfällt. Der Beliehene erlangt aber kein Eigenthum an der Grube, mag sie nun nach gestrecktem oder gewier-

---

der Bergwerkspolizei gemäß benutzen, und kann sich dabei der Aufsicht und Direction des Bergamtes nicht entziehen.“

13) Maurerbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts §. 211.

14) Weiske, Rechtslexikon a. a. D. S. 942. und besonders: Bergbau und Bergregal S. 62 ff. — Haubold, Lehrbuch §. 247.

15) Eichhorn, Einleitung §. 276.

tem Felde vermessen sein<sup>16)</sup>, sondern nur an dem in der Grube vorhandenen, zum Abbau verliehenen Mineral, an diesem aber ein vollständiges, frei veräußerliches Recht.<sup>17)</sup> Bei der Eigenthümlichkeit des Rechtsverhältnisses ist daher die analoge Anwendung verwandter Institute nur mit großer Vorsicht zu gebrauchen.

V. Die Frage, auf welche Gegenstände sich das Bergregal erstreckt, läßt sich nur nach der particularrechtlichen Ausbildung desselben beantworten; ein gemeinrechtliches Princip hat sich in dieser Beziehung nicht entwickelt.<sup>18)</sup> Im Allgemeinen ist freilich der Umfang des Regals nach seinem ursprünglichen Gegenstande, den Mineralien, zu bestimmen, und man hat dieß auch wohl durch den Rechtsatz: *regal ist, was vor dem Feuer besteht*, — genauer festzustellen gesucht<sup>19)</sup>; aber ein leitendes Princip, welches die particularrechtliche Begründung entbehrlich machte, ist darin nicht enthalten. Einzelne Gesetze fassen das Regale sehr weit<sup>20)</sup>, andere beschränken es mehr; doch ist die Regalität der

16) Je nach dem Verhalten der Lagerstätten, ob sie in Gängen oder Klüften bestehen. Ueber die verschiedenen Methoden der Vermessung und die dabei vorkommenden Maaße s. Karsten, Bergrechtslehre §. 121—63.— Weiske a. a. D. S. 949—52.

17) Karsten a. a. D. §. 71. — Weiske a. a. D. S. 948. Nur bei der Specialverleihung kann das Verhältniß ein anderes sein.

18) Karsten a. a. D. §. 65—69.

19) Weiske a. a. D. S. 942.

20) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 69. „Alle Fossilien, woraus Metalle und Halbmetalle gewonnen werden können, gehören in Ermangelung besonderer Provinzialgesetze, ausschließend zum Bergwerksregal. §. 70. Desgleichen alle Edelsteine und andere Steinarten, welche nicht §. 73. und 74. ausgenommen sind. §. 71. Ferner alle Salzarten mit den Salzquellen, vorzüglich Steinsalz, Salpeter, Vitriol und Alaun, sowie auch Inflammabilien, als Schwefel, Reißblei, Erdpech, Stein- und Braunkohlen. §. 72. Andere Fossilien hingegen, die in ihrer natürlichen Gestalt sogleich zum ökonomischen Gebrauche, bei Künsten, Handwerken oder zum Bauen genutzt zu werden pflegen, gehören dem Eigenthümer des Grundes und Bodens, oder dem Gutsherrn, wenn derselbe nach den Provinzialgesetzen das Vorkrecht darauf hat. §. 73. Besonders werden Marmor, Porphyr, Granit

Steinkohlen, wenn auch mit manchen Beschränkungen, sehr verbreitet<sup>21)</sup>, während die des Torfes nur eine seltene Ausnahme bildet.<sup>22)</sup> Auch für Salzquellen ist nach gemeinem Recht die Regalität nicht begründet.<sup>23)</sup>

VI. Wie überhaupt bei den meisten Regalien, so hat man auch für das Bergregal die Bedeutung eines schon nach dem gemeinen Recht gültigen Rechtsinstituts in Anspruch genommen, und in der That ist es in allen deutschen Staaten, in denen es einen gewerbmäßig betriebenen Bergbau giebt, seinen wesentlichen Zügen nach begründet. Indessen ist es keine mit der modernen Staatsordnung nothwendig verbundene Einrichtung, und hängt überhaupt in Deutschland mit der Freierklärung des Bergbaus so enge zusammen, daß man das Eine ohne das Andere nicht wohl zulassen kann. Das ganze Rechtsverhältniß ist in seinem Zusammenhange durch Gesetz oder Gewohnheit in den einzelnen deutschen Staaten begründet worden, und wo es nicht besteht, wie z. B. in Mecklenburg, müßte für den Fall des Bedürfnisses die Einführung auf dem Wege der Gesetzgebung vor sich gehen, bis dahin aber dem Grundeigentümer sein

---

und Basalt, Serpentinsteine, Kalk, Gips, Sandstein, Torf, Thon, Lehm, Mergel, Waller-, Umbra-, Ocker- und andere Farbenerden, insofern aus letzteren keine Metalle oder Halbmetalle gewonnen werden können, zu den Regalien nicht gerechnet. §. 74. Dies findet auch von den nach §. 70. zum Bergwerksregal gehörenden Steinarten Anwendung, wenn sie entweder auf den Aeckern liegen oder durch die Pflugschar ausgerissen, oder bei Gelegenheit anderer ökonomischen Arbeiten einzeln gefunden werden.“ — Andere Bergordnungen, z. B. die hurpälzische §. 14. begnügen sich zu bestimmen, was nicht zum Bergwerke gehört.

21) *Haubold*, Lehrbuch §. 244. — *Grefe*, Leitfaden des Hannov. Privatrechts II. §. 109 a. G. — *Steinacker*, Braunschweig. Privatrecht §. 168.

22) *Pfeiffer*, Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 223—42.

23) *Giechhorn*, Einleitung §. 249. — Einzelne kaiserliche Verleihungsurkunden, auf welche sich *Reyhser*, gemeines und Württemb. Privatrecht I. §. 249. Note 3. beruft, (vgl. auch *Kraut*, Grundriß §. 132.) können nichts entscheiden.



altes und natürliches Recht auf die unterhalb der Erdoberfläche vorhandenen Fossilien gewahrt werden.<sup>24)</sup>

VII. Wenn auch in Folge des frei erklärten Bergbaus der Grundbesitzer es gestatten muß, daß wer mit einem Schurfszettel versehen ist, auf seinem Grund und Boden nach Mineralien sucht und daß der Beliehene den ihm gewährten Bau treibt; so kann er doch natürlich Ersatz alles Schadens verlangen, welcher ihm durch das Schürfen und die Grubenanlage so wie den Betrieb des Bergwerks verursacht wird. Die Rechtsgrundsätze, welche für die Zwangsentziehung gelten, werden, insoweit nicht im particularen Bergrecht abweichende Bestimmungen vorkommen, hier maassgebend sein.<sup>25)</sup> Außer der Entschädigung kann aber der Grundeigenthümer meistens noch einen Antheil an dem angelegten Bergwerk in Anspruch nehmen, — eine Erblore, in welcher sich der nach den alten Bergordnungen bewilligte Ackertheil erhalten hat.<sup>26)</sup>

#### §. 94.

##### b. Einzelne Arten der Regalien (Fortsetzung).

##### 2) Das Forst- und Jagdregal.

Die erste Beschränkung der Grundbesitzer in der vollen Herrschaft über ihre Waldungen findet sich in der fränkischen Einrichtung des Einforstens, indem vornämlich zur Erlangung und zum Schutze des ausschließlichen Jagdrechts ein bestimmter Bezirk von dem Könige unter den Forstbann gestellt wurde.<sup>1)</sup> Doch mußte dieser immer besonders auferlegt werden, und war

24) v. Kampß, Handbuch des Mecklenburg. Civilrechts §. 54.

25) S. oben §. 91. und Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 53. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 109—16.

26) Karsten, über den Ursprung des Bergregals S. 18. 28. — Haubold, Lehrbuch §. 253. Note c. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 117—23.

1) Es war dieß eine besondere Anwendung des Königsbannes, dessen Uebertretung die Strafe von 60 solidis zur Folge hatte; s. die Urkunde bei Kraut, §. 120. Nr. 4.

auch nur dann gerechtfertigt, wenn keine Privatrechte dadurch verletzt wurden, also zunächst nur auf den königlichen Besitzungen und in nicht occupirten Wäldungen, an denen auch kein Jagdrecht der Grenznachbarn hergebracht war. Sollte der Forstbann sich auf Privatgüter erstrecken, welche sich im Besitz einzelner Grundeigenthümer oder Genossenschaften befanden, so bedurfte es der Zustimmung der Bethelligten<sup>2)</sup>; eine allgemeine Beschränkung des Eigenthums an Wäldungen wurde durch den Gebrauch des Einforstens nicht herbeigeführt.<sup>3)</sup> Wenn daher auch die königlichen Forsten später in den Besitz der Landesherren übergingen<sup>4)</sup>, so konnte dieser Erwerb ihnen kein Recht an den Privatwäldungen ertheilen, sondern höchstens eine Veranlassung zu weiteren Ansprüchen geben.<sup>5)</sup> In der That ist auch das Recht, welches man als Forstregal bezeichnet, erst seit der Befestigung der Landeshoheit aus dem Begriff der Territorialpolizei (der forstlichen Obrigkeit) hergeleitet und vornämlich zum Zweck der Beaufsichtigung und Förderung der Forstkultur ausgeübt worden.<sup>6)</sup> Wo ein solches Regale besteht, da unterwirft es, ähnlich wie bei Bergwerken, die Bewirthschaftung der Privatwäldungen der Aufsicht landesherrlicher Beamten, was selbst bis zum Anweisungsbrecht ausgebehnt worden ist.<sup>7)</sup> Ein nutzbares Recht ist

2) S. Kraut a. a. D. Nr. 4. 8. 10—12. Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Regalien in Deutschland S. 30—32. — Stieglitz, geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd §. 13. Einzelne Uebergriffe der königlichen Gewalt, namentlich unter Karl dem Großen, sind freilich unverkennbar.

3) Kennt doch der Sachsenspiegel (Landr. B. II. Art. 61. §. 2.) nur drei Forsten im Lande zu Sachsen.

4) Stieglitz a. a. D. §. 17. 18.

5) Eichhorn, St. u. R. G. IV. §. 548.

6) Jargow, Einleitung zu der Lehre von den Regalien II. 3. §. 15. — Riccius, zuverlässiger Entwurf von der in Teutschland üblichen Jagdgerechtigkeit I. §. 29. — Stieglitz a. a. D. §. 36. 38. Eine Sammlung älterer Forst- und Jagdordnungen s. bei Ahasv. Fritsch, corpus juris venatorio-forestalis (Jenae 1675. fol.) im Anhang.

7) Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 51. IV. Nr. 48. Ausges-

mit dieser polizeilichen Beaufsichtigung nicht verbunden, wenn man nicht die für die Anweisung an die landesherrlichen Beamten zu zahlenden Gebühren dahin rechnen will.<sup>8)</sup>

Anders verhält es sich mit dem Jagdregale, welches seit dem sechszehnten Jahrhundert von den Landesherren als ein ausschließliches Jagdrecht im ganzen Territorium in Anspruch genommen, und von den Juristen nach der fiscalischen Theorie von den herrenlosen Gütern vertheidigt ward.<sup>9)</sup> Dieß Recht ist in den meisten deutschen Staaten, freilich in sehr verschiedenem Umfange, zur Geltung gekommen.

I. In einigen Staaten bildet das Regale die Regel, so daß die Befreiung von demselben als eine besondere Ausnahme erscheint, die jedoch für eine ganze Klasse von Gütern begründet sein kann<sup>10)</sup>; in andern Staaten ist das ursprüngliche Recht des Grundeigenthums erhalten und nur ausnahmsweise beschränkt<sup>11)</sup>, oder später wieder eingeführt worden.<sup>12)</sup> Eine gemeinrechtliche Vermuthung besteht nicht für die Regalität der Jagd.<sup>13)</sup>

## II. Der Umfang des Regals bestimmt sich im Allgemeinen

---

geschlossen wird das Anweisungsrecht durch den freien Holz- und Arthieb; s. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen V. Nr. 18. —

8) Strube a. a. D. I. Nr. 176. — v. Bülow und Hagemann a. a. D. VII. Nr. 26.

9) Stiegliß a. a. D. §. 30. 40.

10) Namentlich für die Rittergüter; s. Paulsen, Lehrbuch des in den Herzogthümern Schleswig und Holstein geltenden Privatrechts §. 35. 47. Vgl. im Allgemeinen Stiegliß a. a. D. §. 42.

11) v. Kampe, Handbuch des Mecklenburg. Civilrechts §. 61–75. — v. Nettelbladt, Rechtsprüche III. Nr. 62.

12) Preuß. Gesetz, betreffend die Aufhebung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden und die Ausübung des Jagdrechts, v. 31. October 1848. — Jagdpolizei-Gesetz v. 7. März 1850.

13) Dieß ward schon im vorigen Jahrhundert in den Streitschriften, besonders gegen de Cramer, vindiciae regalis juris venandi (opusc. III. Nr. 1.) siegreich dargethan: s. (Ch. L. Wilderbeck) Gründliche Deduction gegen die vermeintliche Regalität der Jagden. 2. Aufl. 1741 fol. —

nach der Beschaffenheit des Gegenstandes. Dasselbe erstreckt sich nämlich nur auf die jagdbaren Thiere, in Beziehung auf diese aber wird zwischen der hohen und niederen Jagd unterschieden.<sup>14)</sup> Die genauere Bestimmung dieser Begriffe ist den Vorschriften des Particularrechts und dem Herkommen zu entnehmen.<sup>15)</sup>

III. Das in der Regalität begründete Jagdrecht stellt sich bald als ein ausschließliches dar, bald wird es in der Form der Vorjagd oder Mitjagd ausgeübt. Ein Schluß von dem Einen auf das Andere ist nicht zulässig.<sup>16)</sup>

IV. Die Jagddienste, so wie andere mit der Jagd in Verbindung stehende Lasten, z. B. die Verpflichtung Hunde zu unterhalten, sind keine Folge des Regals, sondern müssen besonders erworben sein; meistens beruhen sie ihrer Entstehung nach auf der Guts- oder Vogteiherrschaft.<sup>17)</sup>

### 3) Das Wasserregal.

Das römische Recht unterscheidet zwischen Flüssen, welche einen unausgesetzten Lauf haben (*flumina perennia*), und solchen, welche nur mit Unterbrechungen, zur Winterzeit fließen (*torrentia*). Die ersteren gehören zu den öffentlichen Sachen, bei denen der gemeine Nutzen geschützt wird, während die letzteren wie andere Privatsachen angesehen werden.<sup>18)</sup> Abweichend von dieser Auffassung betrachtet das ältere deutsche Recht nur die größeren Flüsse, welche stromweise fließen, als öffentliche in dem

D. G. Strube, *vindiciae juris venandi nobilitatis germanicae*. Hildesh. 1739. 4. und Nebenstunden I. Nr. 2. II. Nr. 11.

14) Particularrechte fügen noch eine mittlere Jagd hinzu: s. *Sau- u. Wolf*, Lehrbuch §. 236.

15) Die gesetzlichen Bestimmungen weichen zum Theil sehr von einander ab; nach dem Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 37. werden zur hohen Jagd gewöhnlich nur Schweine, Auerochsen, Elenuthiere, Phasanen, Auers- hähne und Hennen gerechnet.

16) Andere Ansichten bei Jargow a. a. O. II. 3. §. 10. — *Ric- cius* a. a. O. I. §. 6.

17) v. Bülow und Hagemann, *pract. Erörterungen* V. Nr. 35. 36.

18) L. 1. §. 4. D. de flum. — *nihil enim differt a caeteris locis privatis flumen privatum.*

Sinne, daß die Schifffahrt und Fischerei an denselben allen gemein ist.<sup>19)</sup> Denselben Begriff verbindet das longobardische Lehenrecht mit den schiffbaren Flüssen, nimmt für diese aber eine Regalität im weiten Umfange an, welche jedoch nicht als Eigenthum, sondern als Hoheitsrecht mit der Befugniß, Abgaben für die gestattete Benutzung zu erheben, aufgefaßt wurde.<sup>20)</sup> Später bildete sich auch in Deutschland ein s. g. Wasserregale aus, anfangs als das Recht des Zolls auf den Strömen (des Reiches Straßen), später in vielartiger, aber nicht gleichmäßiger Anwendung, so daß Landesrecht und Herkommen die entscheidenden Normen geben, während die internationalen Verhältnisse der Flüsse, welche benachbarte Staaten begrenzen oder durchströmen, nach den Grundsätzen des Völkerrechts zu beurtheilen sind.

I. Der Begriff des öffentlichen Flusses kann in zwiefacher Hinsicht aufgefaßt werden: um die Regalität festzustellen und um den gemeinen Nutzen im Gegensatz zu der ausschließlichen Verfügung der Eigenthümer zu begründen.<sup>21)</sup> Ueber die Verhältnisse der letzteren Art ist später in der Lehre vom Wasserrecht zu handeln; in Beziehung auf die Regalität kommen aber im Allgemeinen nur die größeren, schiffbaren Flüsse in Betracht<sup>22)</sup>, wenn auch einzelne dahin gehörige Rechte der Staats-

19) Sächs. Landr. B. II. Art. 28. §. 4. Svelk water frames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene. Die vischere mut of wol dat extrike nütten, also vern alse he enes gestriden mach ut deme scepe von deme rechten stade. Vgl. Schwäb. Landr. (Eaßberg) Cap. 197.

20) II. F. 56. — flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia, portus, ripatica, vectigalia, quae vulgo dicuntur telonia — piscationum redditus. — Bei Radewich lautet die Stelle: vectigalia, portus, pedatica, molendina, piscarias omnemque utilitatem ex decursu fluminum provenientes. Ueber die Bedeutung dieser Ausdrücke vgl. Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. II. §. 362. Anm.

21) v. Bülow und Hagemann a. a. O. I. Nr. 3. — Destrer. Gesetzb. §. 287.

22) Pr. N. L. R. Th. II. Tit. 15. §. 38. „Die Nutzungen solcher Ströme, die von Natur schiffbar sind, gehören zu den Regalien des Staa-

gewalt an anderen Gewässern particularrechtlich begründet sein können.<sup>23)</sup>

II. Zum Regal wird vornämlich die Befugniß der Staatsgewalt gerechnet, die Schifffahrt und die Flößerei<sup>24)</sup> zu reguliren und Abgaben dafür und für andere Arten der Benutzung zu erheben, so wie überhaupt die Flußpolizei zu üben und insbesondere zur Anlage von dauernden Werken im Flusse oder an den Ufern die Genehmigung zu ertheilen. Dadurch ist es aber nicht ausgeschlossen, daß an solchen Werken wohlervorbene Rechte bestehen, welche nur auf dem Wege der Zwangseignung entfernt werden können.

### III. Die Unterhaltung der Schiffbarkeit des Flusses und

tes.“ — Sollen Privatflüsse schiffbar gemacht werden, so kommen die Grundsätze über die Zwangseignung zur Anwendung; s. a. a. D. §. 34—43. In einigen Staaten sind die Flüsse, welche als öffentliche gelten sollen, durch das Gesetz bestimmt; s. Haubold, Lehrbuch § 229. — Sächse, Handbuch des großherzoglich Sächs. Privatrechts §. 354.

23) S. z. B. über Churheffen Strippelmann, neue Sammlung II. Nr. 48. — VII. Nr. 23. §. 1. — Die Regalität der Flüsse wird zuweilen viel zu weit ausgedehnt, wozu namentlich auch eine Aeußerung von Noë Meurer beigetragen hat. In dessen bekanntem Werke über das Wasserrecht, welches 1570 erschien (der erste Theil ist eigentlich eine Bearbeitung des tractatus Tyberiadis von Bartolus), heißt es nämlich P. II. Frage 1. nr. XVIII. „Die Lehenrechte aber machen einen andern unterschied, dann sie etliche (Flüsse) Regalia, etliche Bannalia nennen. Regalia seind die, da ein Römischer Kayser Zoll, die Fischungen zu erlauben, auch andere Ordnungen zu geben. Bannalia seind die, welche ein jede Oberkeit auß einer Freiheit, altem Herkommen, praescription oder einem andern rechtmessigen titel und ankunfft, an sich bracht und bekommen. Wie es dann heutigs tags fast mit allen fließenden wassern, welche anfangs und von natur menniglich frey und gemein gewesen, ein solche gestalt, daß sie eigenen und sonderen Oberkeiten zuftendig.“ — Das läßt sich aber weder für jene Zeit noch für die Gegenwart behaupten.

24) In manchen Staaten ist die Flößerei (jus rarium s. grutiae) ein Regal in dem Sinne, daß sie nur von Staats wegen oder gegen ausdrückliche Concession auf den öffentlichen Flüssen betrieben werden darf, entweder allgemein (s. Meysher, gemeines und Württembg. Privatrecht I. §. 248. Note 14.) oder mit unverbundenem Holze, s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 15. §. 49. Vgl. v. Cancrin, Abhandlungen von dem

die zu diesem Behuf nöthigen Anlagen und Uferbauten liegen dem Staate ob<sup>25)</sup>, der also auch den Leinpfad in brauchbarem Stande zu halten hat. Eine Verpflichtung der Grundeigenthümer, die zu demselben nöthigen Grundstücke unentgeltlich herzugeben, besteht nur da, wo sie durch Gesetz oder Herkommen besonders begründet ist.<sup>26)</sup>

IV. In dem Regale an sich ist kein Eigenthum des Staates an dem schiffbaren Flusse enthalten; die Ufer und das Bette des Flusses können daher den anliegenden Grundbesitzern gehören.<sup>27)</sup> Nach dem älteren deutschen Rechte erwarben diese namentlich die neu entstandene Insel und den Anwuchs<sup>28)</sup>, und auch jetzt noch läßt sich nicht behaupten, daß die entgegenstehende Regel gemeinen Rechtes sei.<sup>29)</sup>

Wasserrechte (Gießen 1789.) VI. §. 22 ff. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VI. Nr. 83. I.

25) Es werden dafür gerade die Schifffahrtsabgaben erhoben; über die Deiche zum Schutze der anliegenden Grundstücke s. unten Nr. VIII.

26) Zu weit geht Eichhorn, Einleitung §. 269. Note f., indem er sich auf C. G. Biener, de semita nautarum, Lipsiae 1797. 4. beruft. Vgl. Pr. A. L. N. a. a. D. §. 57. 58. — Mittermaier, Grundzüge I. §. 231. — Selbst der Code civ. Art. 650, der im Allgemeinen eine gesetzliche Servitut des Leinpfads (marche-pied) an schiffbaren oder flößbaren Flüssen anerkennt, verweist auf besondere Gesetze und Verordnungen.

27) Selbst das Meeresufer, auch in seinen nicht ausgeschiedenen Theilen, ist gegenwärtig nicht allgemein, wie nach römischem Rechte, eine öffentliche Sache, sondern gehört bald dem Staate, bald den anliegenden Grundbesitzern. S. Pr. A. L. N. a. a. D. §. 80. — v. Kamptz, Handbuch des Mecklenb. Civilrechts §. 51. Note 1. und über das Recht an dem Vorstrande und Vorlande Falck, Handbuch III. S. 424 ff. — Seuffert, Archiv V. Nr. 110.

28) Sächf. Landrecht B. II. Art. 56. §. 2. 3.

29) Für das Staatseigenthum an neu entstandenen Inseln beruft man sich hauptsächlich auf den Reichsbeschluß unter König Adolph v. 1294. cap. 1. (Pertz. L. L. II. p. 461.) Quod si insula nata est in Rheno vel alio flumine, in comitatu alicujus comitis, qui in ipso flumine recipit telonia et conductus, habetque comitatum eundem telonia et conductum ab imperio in flumine predicto, eadem insula potius spectat ad imperium et ad ipsum comitem, quam ad alium dominum cujus districtus protenditur ad ripam

Die Particularrechte enthalten sehr abweichende Bestimmungen.<sup>30)</sup>

V. Aus dem Regale wird die ausschließliche Berechtigung des Staates zur Anlegung und Haltung von Brücken und Fähren gefolgert; doch können daneben wohlervorbene Privat-gerechtfame bestehen, und zum eigenen Gebrauche dürfen die Anwohner des Flusses sich ihre Transportmittel halten.<sup>31)</sup>

VI. Den übrigen Ufer- und Flußbauten steht die Anlegung von Wasser- und Schiffmühlen gleich; es bedarf dazu einer besonderen Concession.<sup>32)</sup> Mit einem s. g. Mühlenregale hängt dieß aber nicht zusammen; was als ein solches bezeichnet wird, pflegt in der landespolizeilichen Beaufsichtigung des Mühlenbaus in Verbindung mit gewissen, dem Gewerbetwesen angehörigen Bannrechten zu bestehen.<sup>33)</sup>

fluminis prelibati. Aber man hat gegen diese Auslegung mit Recht angeführt, daß nur die Entscheidung eines einzelnen Falles vorliege (per communem principum sententiam est obtentum), und daß es sich eher um Hoheitsrechte, als um Eigenthum gehandelt zu haben scheine; s. Gerstlacher, Sammlung der Reichsgesetze X. S. 2219. — Posse, über das Staatseigenthum S. 71. Nach einem solchen vereinzeltten Zeugniß läßt sich jedenfalls das heutige gemeine Recht nicht bestimmen.

30) Das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 55. 56. spricht den Eigenthümern der unmittelbar anstoßenden Grundstücke die Ufer der öffentlichen Flüsse und die Vergrößerung derselben durch angelegtes Land zu, verweist aber a. a. D. §. 67. wegen der neu entstandenen Inseln auf die Provinzialrechte; das Oesterr. Gesetzb. §. 407. behält dagegen die Inseln auf schiffbaren Flüssen dem Staate vor. Vgl. v. Cancrin, Abhandlungen von dem Wasserrechte III. §. 32. — v. Kampß a. a. D. §. 52. — Haubold, Lehrbuch §. 231. — Paulsen, Lehrbuch §. 53. — Auer, Stadtrecht von München, Einleitung S. LXX. — Was von den Inseln gilt, muß auch allgemein auf das Flußbett seine Anwendung finden; s. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 68.

31) Darauf weist schon die Analogie der Bannrechte hin; vgl. v. Cancrin a. a. D. V. §. 30. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 50. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VI. Nr. 83. II. — Steinacker, Braunschw. Privatrecht §. 166.

32) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 229—32. — v. Kampß a. a. D. §. 52.

33) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 233 ff. — Haubold, Lehrbuch Beseler, System II.



VII. Was die Fischerei in öffentlichen Flüssen betrifft, so ist sie in einigen Staaten noch jetzt, wie nach altdeutscher Rechtsansicht, frei gelassen<sup>34)</sup>; in andern Staaten wird sie als Regale betrachtet<sup>35)</sup>, ist jedoch häufig in die Hände der anliegenden Grundbesitzer gekommen.<sup>36)</sup> Nur ausnahmsweise ist die Fischerei in den fließenden Gewässern nach Analogie der Jagd allgemein als ein Regal mit Erfolg in Anspruch genommen worden<sup>37)</sup>, wogegen die Gesetzgebung über die Ausübung der Fischerei, in Folge der s. g. Fischereihohheit, in manchen Staaten sich thätig erwiesen hat.<sup>38)</sup>

VIII. Einige nehmen auch noch ein besonderes Deichregal an.<sup>39)</sup> Dasselbe erscheint aber schon bedenklich, wenn man erwägt, daß das Deichwesen im größeren Style hauptsächlich von den Friesen betrieben ist, deren communale Freiheiten der Regalität durchaus widerstanden. In der That läßt sich Alles, was man als Deichregal bezeichnen könnte, im Wesentlichen auf die Gesetzgebung und auf die Oberaufsicht, welche Staatsbehörden über den Bau und die Erhaltung der Deiche haben, zurückführen, — also wieder gewisse Hoheitsrechte in

§. 366. — Meyser, gemeines und württemb. Privatrecht I. §. 248. Note 13. — Steinacker a. a. D. §. 86. — Strube, rechtliche Gedanken II. Nr. 48. — v. Bülow und Hagemann a. a. D. IV. Nr. 1. — v. Nettelbladt, Rechtsprüche V. Nr. 84.

34) Paulsen, Lehrbuch des Privatrechts des Herzogthums Schleswig und Holstein §. 47. — Sasse, Handbuch des großherz. Sächsischen Privatrechts §. 356.

35) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 73—78. — v. Cancrin a. a. D. XII. §. 29.

36) Haubold a. a. D. §. 230. — v. Kampß a. a. D. §. 52.

37) J. D. in Braunschweig, s. Steinacker a. a. D. §. 166. Zu bemerken ist, daß in der Bestellung des Forstbanns auch die Fischerei mit eingeschlossen sein konnte, s. Kraut, Grundriß §. 120. Nr. 4. — Hülmann, Geschichte des Ursprungs der Regalien S. 35—38.

38) Haubold a. a. D. §. 230. — Meyser a. a. D. Note 13.

39) J. D. Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts §. 214. und Lehrbuch des deutschen Privatrechts I. §. 299., der überhaupt die Regalitätslehre zum Uebermaße ausgedehnt hat.

Anwendung auf einen bestimmten Gegenstand. Einzelne nuzbare Rechte, welche hie und da vorkommen, namentlich das Eigenthum an dem Körper der Außendeiche, sind von untergeordneter Bedeutung und bei der Darstellung des Deichrechts näher zu erwähnen.<sup>40)</sup>

## Fünftes Capitel.

### Das Pfandrecht.

#### §. 95.

##### I. Das ältere deutsche Recht.

Schon in den ältesten Rechtsquellen kommt als Sicherungsmittel des Gläubigers neben der Pfändung (s. oben Band I. §. 55.) ein vertragsmäßiges Pfand an beweglichen Sachen (wadium) vor<sup>1)</sup>, welches sich auch in den Rechten des späteren Mittelalters wieder findet und durch Besitzübertragung als Faustpfand bestellt wurde.<sup>2)</sup> Die verpfändete Sache stand dabei auf Gefahr des Gläubigers<sup>3)</sup>, — ein Rechtsfaß, der mit den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechts über das Tragen der Gefahr in contractlichen Verhältnissen zusammen hing und

40) Das Deichrecht wird im folgenden Bande in Verbindung mit dem Siechrecht behandelt werden.

1) Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 61.

2) Albrecht, die Gewere S. 132 ff.

3) Sächf. Landr. B. III. Art. 5. §. 4. „Svat man aver deme manne liet oder sat, dat sal he unverderft weder bringen, oder gelden na sime werde. §. 5. Stirft aver en perb oder ve binnen sattunge ane jenes scult, de it under ime hevet, bewiset he dat unde darn he dar sin recht to dun, he ne gilt is nicht; he hevet aver verloren sin gelt, dar it ime vore stunt, ire gelovede ne stünde den anderes.“ In §. 4. ist die Regel, in §. 5. eine mildernde Ausnahme aufgestellt. Vgl. Schwäb. Landr. (Wacker nagel) Cap. 212.

die Annahme eines widerruflichen Eigenthums auf Seiten des Gläubigers nicht rechtfertigt.<sup>4)</sup>

Ein Pfandrecht an unbeweglichen Sachen kennen die älteren Rechtsquellen nicht<sup>5)</sup>; doch haben sich während des Mittelalters drei verschiedene Rechtsinstitute ausgebildet, welche ihrem Zwecke und ihrer Wirkung nach mit der römischen Hypothek verglichen werden können, und auch nach der Aufnahme der fremden Rechtsquellen einen bedeutenden Einfluß auf unsere Rechtsbildung ausgeübt haben. Das sind: das nuzbare Pfand, die Bestellung einer Rente und die neuere Saßung.

1) Der Gläubiger versetzt dem Schuldner ein Grundstück, damit er es bis zur Wiedereinlösung in Besitz und Nutzung behalte. Es ist dieß ein selbständiges Geschäft<sup>6)</sup>, welches nicht als ein Verkauf auf Wiedereinlösung aufgefaßt werden darf<sup>7)</sup>, sondern dem Gläubiger eine Pfandgewere giebt, neben welcher die Gewere des Eigenthümers fortbauert.<sup>8)</sup> Die näheren Be-

4) Albrecht a. a. D. S. 134—37. Ueber die gegen Albrecht's Ansicht von Madai (Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 284—325.) und Förster (ebendaf. IX. S. 101—43.) von verschiedenen Standpunkten aus erhobenen Einwendungen s. Budde a. a. D. IX. S. 411—39. A. M. ist wieder Trummer, Vorträge II. S. 130 ff.

5) Wenn die, Form. Marculfi, app. Nr. 50. beschriebene Verpfändung nicht auf die Einwirkung des römischen Rechts zurückzuführen und als Antichrese aufzufassen ist, so wäre dieß wohl das älteste Beispiel einer deutschrechtlichen Saßung.

6) Sächf. Lehenr. Art. 55. §. 8. „Svie seget gut to sattunge gelegen, die seget unrecht, wende sattunge ne mach nieman lien. Sal man gut setten als it helpende si, dat mut geschien vor des landes richtere, so dat man is die dingpflichten to getüge hebbe; sal aver lenunge geschien als it helpende si, die sal geschien vor des herren mannen an den man is getüg hebbe. Gelegen sattunge dat n'is weder len noch sattunge.“ Vgl. Homeyer, Sachsenf. II. 2. §. 18. S. 345 ff.

7) Dieß ist die Ansicht von Eichhorn a. a. D. II. §. 361 a. Vgl. Solmsf. Landr. Tit. 11. §. 8. Die Verschiedenheit der Saßung und des Verkaufs auf Wiederkauf (s. Kraut, Grundriß §. 139. Nr. 9.) ergibt sich namentlich aus solchen Urkunden, welche bestimmen, daß das eine Geschäft an die Stelle des anderen treten soll; s. Förster, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 103. Note 14.

8) Albrecht, Gewere S. 144—46. — Gries, Commentar zum

dingungen der Wiedereinlösung, welche auch nur für eine bestimmte Zeit vorbehalten werden konnte, hingen von dem Vertrage ab; konnte dieselbe überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden, so fand keine Veräußerung der Pfandsache statt, sondern sie ging in das Eigenthum des Gläubigers über.<sup>9)</sup>

2) Das Rentengeschäft. Während das ältere deutsche Recht für die obligatorischen Verhältnisse, namentlich in Beziehung auf den Geldverkehr, keiner feineren Ausbildung sich erfreute, hatte es dagegen bei der Elasticität, welche mit dem Begriff der Gewere verbunden war, eine große Mannichfaltigkeit der Rechtsinstitute auf dem Gebiete des Sachenrechts: Insofern diese mit den Verhältnissen der Guts- und Vogteiherrschaft zusammen hingen, und besondere Abgaben und Leistungen von dem abhängigen Grundbesitze mit sich führten, wird ihrer im folgenden Bande, in welchem die Lehre von den Reallasten abzuhandeln ist, Erwähnung geschehen. Aber auch dem Landrecht und insbesondere den städtischen Statuten war die Einrichtung bekannt, daß Jemand auf sein Grundstück bestimmte jährliche Abgaben übernahm, und zu diesem Behuf dem Berechtigten eine Gewere und somit einen dinglichen Anspruch an dasselbe einräumte. Der Zweck eines solchen Geschäftes konnte verschieden sein, und namentlich wurden dadurch auch Zuwendungen zu frommen Zwecken beschafft<sup>10)</sup>; gewöhnlich aber bediente man sich dieser Form, um Kapitalien in nutzbarer Weise auf Grundeigenthum anzulegen. Die Abgabe (Rente, Geld, Gülte, Zins, census, Wiskilbe) wurde dem, welcher die Geldsumme hergab, zu einem, dem jährlichen Werthe derselben entsprechenden Betrage<sup>11)</sup>

Hamb. Stadtr. I. S. 266. — Bude, Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 435—39.

9) Albrecht a. a. D. S. 146.

10) Souhay, Anmerkungen zur Frank. Reformation I. S. 127—28.

11) Der Zinsfuß, wenn diesen Ausdruck hier gebrauchen darf, wechselte sehr, von 14 bis 5 Procent (s. Kraut, Grundriß S. 146. Nr. 71—77.), bis die R. P. D. v. 1577. Tit. 17. §. 9. den letzteren Satz feststellte.

an dem Grundstücke eingeräumt, oder, wie man sagte, aus dem Grundstücke verkauft, so daß der Empfänger des Kapitals der Rentenverkäufer, derjenige, welcher es hergab, der Rentenkäufer genannt wurde. Es ist klar, daß dieses Geschäft im Mittelalter die Stelle des zinsbaren Darlehns vertrat, nur darf man es ebensowenig als eine Erfindung betrachten, um die Zinsverbote des kanonischen Rechts zu umgehen (*mutuum palliatum*)<sup>12)</sup>, als es der Natur desselben entsprechen würde, wenn man es als eine mit einer Hypothek versehene Schuldforderung auffassen wollte. Die dingliche Sicherheit freilich bestand, aber sie war nicht die Folge eines zu der Hauptverbindlichkeit hinzutretenden accessorischen Rechtsverhältnisses, sondern ging unmittelbar aus dem Wesen des Geschäftes selbst hervor. Der Rentenkäufer nämlich hatte neben dem dinglichen Recht keine selbständige persönliche Forderung gegen den Schuldner, sondern in seiner Gewere an der Sache lag der Anspruch auf die jährliche Abgabe von derselben, welchen er unmittelbar gegen das Grundstück und insofern auch gegen jeden dritten Besitzer desselben geltend machen konnte.<sup>13)</sup> Es ist daher eine eigene Zinsgewere anzunehmen, deren Umfang nach dem Wesen und Zweck des besonderen Rechtsverhältnisses zu bestimmen ist<sup>14)</sup>, ohne daß man die Analogie der gutherrlichen Reallast herbeizuziehen<sup>15)</sup> oder

12) Eichhorn, Einleitung §. 107.

13) Dies geschah ursprünglich durch Pfändung, statt deren aber auch die Enteignung des Grundstücks eintreten konnte; s. Albrecht a. a. D. S. 159. Note 370. Im Allg. vgl. Schöffennurth. bei Böhme, dipl. Beiträge II. 6. S. 114. „Vorkaufft ein man dem andern ein erbe und vorreicht im das vor gehegitter bank und vorschwiget dem kauffmanne — des jerslichen einfts, der uff demselben erbe — — stat, so sal der man sinen zins behalben, als er den in gewere hot.“

14) Phillips, Grundsätze II. S. 98. — Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts II. S. 321. — Auer, Stadtrecht v. München. Einleitung S. CXXXVI—XLI. — Souday a. a. D. S. 187.

15) So Albrecht a. a. D. S. 158 ff.; s. jedoch dessen Erklärung in den Kritischen Jahrbüchern Jahrg. III. S. 313. Note \*.

eine Gewere am Zins, die kein dingliches Recht an der Sache selbst besaß<sup>16)</sup>, aufzustellen braucht.

Im Einzelnen kommen für dieses Institut manche abweichende Bestimmungen vor, doch läßt sich als allgemeine Regel aufstellen, daß der Rentenkäufer, wenn nichts Anderes bedungen war, kein Recht der Kündigung hatte.<sup>17)</sup> Die Rente war ein bestimmter Vermögenstheil, dem Erbganze und der Veräußerung unterworfen.<sup>18)</sup>

3) Die neuere Sazung. Anstatt des nutzbaren Pfandrechts kommt in einigen Statuten eine Sazung vor, welche bloß ein dingliches Recht an der verpfändeten Sache, ohne daß Besitz und Nutzung übertragen wurden, gewährte<sup>19)</sup>, ja es finden sich schon einzelne Beispiele davon, daß ein solches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen bestellt werden konnte.<sup>20)</sup>

16) Duncker, die Lehre von den Reallasten S. 48 ff.

17) J. Röser, patriot. Phantasten II. Nr. 18. — Die R. P. D. Tit. 17. §. 9. verpagte dem Rentenkäufer sogar die Kündigung, „unangesehen, wie dieselbig Gültverschreibung gestellt ist.“

18) Im Allgemeinen ist über dieß Geschäft zu vergleichen Albrecht, die Gewere §. 18. — Duncker, die Lehre von den Reallasten S. 69—94. — Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts II. S. 309—40. — Auer, das Stadtrecht von München. Einleitung. Ewiggelbrechte nebst dem gerichtlichen Verfahren in Ewiggelbsachen S. CXXIX—CCXL. — Pauli, Abhandlungen aus dem Lübischem Rechte I. S. 30—40. — Souchay, Anmerkungen zu der Reformation der freien Stadt Frankfurt I. S. 126—36.

19) Baier. Landr. bei Heumann, opusc. p. 112. „Wer dem andern pfant antwort, daz aign oder lehn ist, und das pfant dennoch in seiner gewalt beleibt, und das er es enem, dem er es gesetzt hat, ze hant nicht untertänig macht, mit welchem geding das geschicht, da sol er ein brief über geben mit seinen Inffigel — —. ist es aber ein so gethan man, der Inffigels nicht hat, der sol es tun mit Gerichtes Inffigel.“ (Die Ausfertigung eines besonderen Briefes ist hier auf das Geding, nicht auf die Bestellung des Pfandes selbst zu beziehen, für diese war jedenfalls auch nach baierischem Rechte die Auflassung nothwendig; s. unten Note 29.) — Albrecht, Gewere §. 17.

20) Albrecht a. a. D. S. 155—57. Eine Analogie dieses Geschäftes bildet die Vergabung von Todes wegen an einem ganzen Vermögen;

Indessen blieb die ältere Sagung doch lange noch das gewöhnliche Geschäft und überdauerte selbst die Aufnahme des römischen Rechts<sup>21)</sup>, wenn auch die Grundsätze desselben über die Lex commissoria und die Berechnung des Ertrags bei der Antichrese in einzelnen Statuten ausdrücklich anerkannt wurden.<sup>22)</sup> Auch der Rentenkauf erhielt sich daneben in Geltung<sup>23)</sup>, obgleich eine Annäherung desselben an die Sagung statt fand<sup>24)</sup> und er zuweilen zur Vermittlung diente, um eine öffentliche Hypothek an Grundstücken einzuführen.<sup>25)</sup>

Betrachtet man diese Geschäfte, in denen sich der Realcredit des deutschen Rechts darstellt, ihrer rechtlichen Natur und ihrer Wirkung nach, so ergibt sich, daß trotz der vorher bezeichneten Verschiedenheiten eine Uebereinstimmung der wichtigsten Rechtsgrundsätze bei denselben statt fand.

I. Die Sagung wie der Rentenkauf konnten nur bei Grundstücken zur Anwendung kommen, und zwar der Regel nach nur bei einzelnen, bestimmten Grundstücken. Die Ver-

f. Lehre von den Erbvertr. I. §. 10. 11. — Auch von der Bestellung einer Rente an dem ganzen Vermögen kommen in späterer Zeit Beispiele vor; f. Eichhorn, St. und R. G. III. §. 450. Note k.

21) Frankf. Reformation Th. I. Tit. 18. §. 1. 9—14. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 7. §. 5. a. G. — Redl, das deutsche Credit- und Hypothekenwesen I. S. 24.

22) Solmsf. Landr. Tit. 15. §. 2. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 4. Art. 9. 10.

23) In Hamburg wurden noch bis gegen das Ende des 17. Jahrhunderts fast nur Renten in den Rentenbüchern verzeichnet, f. Gries, Commentar I. S. 267. Note \*. — Hamb. Stadtr. Th. I. Tit. 16. Art. 5. In Frankfurt (f. Reform. Th. II. Tit. 3. §. 20—24. — Tit. 7.) sind sie erst in neuerer Zeit außer Gebrauch gekommen, f. Souhay a. a. D. I. S. 131—32; in München findet sich noch gegenwärtig das Ewiggeld als ein selbständiges Recht an einem fremden Grundstück, f. Auer a. a. D. S. CLI.

24) Albrecht a. a. D. S. 177 ff.

25) In Bremen werden noch jetzt Handfesten auf den Inhaber über bestimmte Summen verlassen, durch deren weitere Begebung erst das öffentliche Pfandrecht bestellt wird; f. Erbes- und Handfesten-Ordnung v. 1833. §. 80 ff.

pfändung des ganzen Vermögens, auch in der Beschränkung auf die gegenwärtigen Güter, erscheint als ein anomalisches Rechtsinstitut im Kreise des sächsischen Schöffenrechts.<sup>26)</sup>

II. Wenn oben (§. 88.) nachgewiesen worden ist, daß nach deutschem Recht zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken die gerichtliche Auflassung erforderlich war, so ist dieser Grundsatz hier in der Ausdehnung zu wiederholen, daß überhaupt eine Gewere als dingliches Recht an unbeweglichen Sachen nur durch die Auflassung bestellt werden konnte. Ueber die allgemeine Geltung dieser Regel bestehen gegenwärtig keine Zweifel mehr<sup>27)</sup>, und namentlich für die Satzung sowohl in der älteren als der späteren Form, wie für den Rentenkauf (die Bestellung einer Zinsgewere) liegen darüber die unzweideutigsten Quellenzeugnisse vor.<sup>28)</sup> Auch in diesen Fällen setzte sich an die Auflassung, welche von dem gehörig legitimirten Eigenthümer der Sache vorgenommen ward, die weitere Form der Eintragung in die öffentlichen Bücher an<sup>29)</sup>, und indem Auszüge aus denselben und besondere Urkunden über die gekaufte Rente (Hand-

26) Die bei Kraut, Grundriß §. 139. Nr. 53. aus Urtisius mitgetheilte Stelle „sub omnium honorum suorum hypotheca“ ist wohl unbedenklich auf römisches Recht zurückzuführen.

27) Albrecht a. a. D. §. 8. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. II. §. 359. Note b. — Mittermaier, Grundsätze I. §. 160. — Phillips, Grundsätze I. §. 61. u. f. w.

28) Sächs. Lehenr. Art. 55. §. 8. s. oben Note 6. — Lüb. Recht v. 1240. Art. 18. „Set oc jeman sin erve dem andern vor schult, he schal it eme setten vor deme rade, de settinge blift stede. — Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 6. Art. 2. „Wann einer liegende Gründe, stehende Erbe, auch Rente verkauft, die sollen dem Käufer für dem sitzenden Rathe verlassen werden.“

29) Baier. Landr. bei Heumann, opusc. p. 150. „Wer erß und ahgen zu pfant wil seßn, der sol das tun vor gericht in offner schran in den vier wenden und das sol man schreiben in das gericht buch.“ — Rev. Lüb. Recht a. a. D. — Es entwickelten sich aus dieser Einrichtung die Stadt-Rentenbücher, die Grundlage der neueren Hypothekenbücher; s. Pauli, Abhandlungen I. S. 5 ff. — Gries, Commentar zum Hamb. Recht I. S. 267.



festen) ausgestellt wurden, wurde für den Beweis des erworbenen Rechts und andere processualische Vortheile in angemessener Weise gesorgt<sup>30)</sup> und auch die Uebertragung erleichtert, wenn gleich im Allgemeinen der Grundsatz bestehen blieb, daß für die weitere Uebertragung wie für die erste Bestellung des dinglichen Rechts die Auflassung erforderlich sei.<sup>31)</sup>

III. Es ist oben für das Rentengeschäft bereits die Ansicht geltend gemacht worden, daß der auf das Grundstück gelegte Zins ein selbständiges Recht an der Sache begründet habe, in Folge dessen sie für die Leistung verhaftet war, daß aber daneben keine besondere persönliche Forderung gegen den Schuldner auf Erfüllung einer Verbindlichkeit bestand. Auch bei der älteren Sazung war das Rechtsverhältniß im Wesentlichen dasselbe: die verpfändete Sache ging in die Gewere des Gläubigers über und diente schon in dieser Lage vorläufig zur Befriedigung seines Anspruches gegen den Schuldner, bis sie wieder eingelöst wurde oder an die Stelle der Pfandgewere das Eigenthum des Gläubigers trat.<sup>32)</sup> Selbst in den Fällen, wo eine Sazung ohne Uebertragung des Besizes vorkam, konnte nach einigen Rechten der Gläubiger die Uebereignung der Sache zu seiner Befriedigung verlangen<sup>33)</sup>, und wo statt dessen ein bestimmt geordnetes Distractionöverfahren vorgeschrieben war und der Ueberschuß an den Pfandschuldner herausgegeben werden mußte<sup>34)</sup>,

30) Hildesheim. Statuten (Pufendorf, obs. jur. IV. app. Nr. XV.) art. 131. — Gries a. a. D. — Heise und Cropp, jur. Abhandlungen I. S. 376. — Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts II. S. 309 ff.

31) Pauli, Abhandlungen aus dem Lüb. Recht I. S. 33. — Auer, das Stadtrecht v. München S. CXXX. Note 5. — Lehre von den Ervertr. II. 1. S. 236—37.

32) Albrecht a. a. D. S. 146.

33) Albrecht a. a. D. S. 152—53. — Reyscher, gem. und württemb. Privatrecht II. §. 208.

34) Hamb. Stadtr. v. 1270. I. Art. 14. — Stader Statuten (Pufendorf, obs. jur. I. app. Nr. VI.) Art. 10. — Albrecht a. a. D. S. 150—52.

war doch nicht nothwendig eine solche Veränderung des Rechtsverhältnisses eingetreten, daß das dingliche Recht als die bloß accessorische Sicherung der gegen den Schuldner gerichteten Hauptverbindlichkeit erschien; denn die Art der Hülfsvollstreckung bei Auflösung eines Rechtsverhältnisses bestimmt noch nicht die Natur desselben. Das ergiebt sich namentlich aus den Rechten, welche das Rentengeschäft im Sinne der neueren Sagung umgebildet haben, ohne die Selbständigkeit der Zinsgewere aufzugeben.<sup>35)</sup> Wenn man sich nur einmal von der im römischen Recht begründeten Ansicht über die Bedeutung der Hypothek losmacht, und diese nicht von vorne herein für die allein mögliche hält, so läßt es sich auch recht gut denken, daß ein Rechtsverhältnis mit Rücksicht auf ein anderes ins Leben gerufen wird, ohne deswegen unbedingt von demselben abhängig zu sein. Blieben beide im vorliegenden Falle auch in einer gewissen Beziehung zu einander, und wirkte namentlich die Kündigung der Rente, die Wiedereinlösung der Pfandsache, die Zahlung der Pfandschuld auf das bestellte dingliche Recht zurück, so geschah es doch nur in indirecter Weise, indem ein Anspruch auf die Aufhebung desselben für den Schuldner begründet ward. Dieß mußte besonders deutlich hervortreten, als die Eintragung in öffentliche Bücher ein wesentlicher Theil der Auflassung geworden war und dieselbe in formeller Hinsicht beherrschte; aber es beruhte in seinem letzten Grunde nicht auf dieser äußeren Form, sondern auf der ganzen Anschauung von der Selbständigkeit des bestellten dinglichen Rechts.

Es kann daher im Allgemeinen sowohl für die Sagung

---

35) A. N. ist Albrecht a. a. D. S. 177 ff.; s. aber Brakenhoeft in Weiske's Rechtslexikon V. S. 370. — Donandt a. a. D. II. S. 321. — Auer a. a. D. S. CXLI—XLII. — Souffay, Anmerkungen I. S. 187. — Auch in Hamburg, wo das Rentengeschäft verschwunden ist, hat sich doch die Selbständigkeit des Pfandrechts, auf welches schon früh das Distractionsverfahren angewandt wurde, in den wesentlichsten Beziehungen erhalten; s. unten §. 97. Note 33.

wie für das Rentengeschäft die Regel aufgestellt werden, daß das dadurch begründete dingliche Recht kein bloß accessorisches war, sondern auch unabhängig von einer daneben her gehenden persönlichen Forderung seine selbständige Bedeutung hatte.

## II. Das Recht der Hypotheken.

### §. 96.

#### a. Die Hypotheken unter dem Einflusse des römischen Rechts.

Wenn man erwägt, ein wie sicheres Fundament des Realcredits das deutsche Recht in der Auflassung zu Eigenthum wie zur Bestellung einer Saßung oder einer Zinsgewere, gewonnen hatte, so wird die Aufnahme des römischen Rechts namentlich für den Kreis der hieher gehörigen Rechtsverhältnisse als besonders verhängnißvoll erscheinen müssen. Läßt dasselbe doch das Eigenthum an Grundstücken durch eine formlose Besitzübertragung übergehen, und ein Pfandrecht nicht bloß an einzelnen Sachen, sondern auch an dem ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen durch bloßen Vertrag bestellen, erkennt aber daneben eine große Anzahl gesetzlicher Hypotheken an und durchbricht die Reihenfolge nach dem Alter der Bestellung durch zahlreiche Privilegien. Dieß neue Recht, welches von den Juristen auch in dieser Lehre unbefangen als das geltende angewandt wurde (nur wenige Städte, die Sige der Verlassung und einer geordneten Buchführung, erhielten sich im Wesentlichen den alten Zustand), mußte in den Creditverhältnissen die größte Revolution herbeiführen, und wenn dieß nicht ganz in dem Umfange, wie zu erwarten, der Fall war, so erklärt es sich wohl hauptsächlich aus dem Umstande, daß man sich in der Praxis vieler Gegenden noch längere Zeit nach der Aufnahme des römischen Rechts in den althergebrachten Geschäftsformen der Saßung und des Rentenkaufs bewegte. Dazu kam, daß auch das römische Recht in dem *pignus publicum* und *quasi publicum* ein freilich sehr unzureichendes Mittel gewährte, unter

den nicht privilegirten Pfandrechten eine gewisse Sicherung des im Alter begründeten Vorzugs herzustellen, und daß man theils in dieser Einrichtung theils in andern schon oben §. 88. bezeichneten Versuchen, die Wirkung der gerichtlichen Auflassung durch römischrechtliche Analogien wenigstens annäherungsweise zu erreichen, einen Anhalt gewann, um den Realcredit einigermaßen gegen die im römischen Recht durchgeführten Grundsätze zu bewahren. Bei diesem Bestreben fehlte aber nur zu oft die klare Anschauung von dem Wesen der in Frage stehenden Rechtsinstitute; man ließ sich, von dem Trieb nach deutschen Geschäftsformen beherrscht, oft verleiten, in dem öffentlichen Pfande des römischen Rechts und den ihm nachgebildeten Instituten größere Garantien zu erblicken, als sie gewähren konnten, und schuf, indem man Fremdartiges zusammentrug, eine unorganische Vermischung deutscher und römischer Einrichtungen, aus der ein Rechtszustand hervorging, so unklar und verworren, daß die Anwendung des reinen römischen Rechts demselben fast vorzuziehen gewesen wäre.<sup>1)</sup>

In diesem Entwicklungsproceß machten sich nun aber wieder die einzelnen auf denselben einwirkenden Momente in sehr verschiedener Weise geltend: bald überwog das deutschrechtliche bald das römischrechtliche Element, und auf die Feststellung des Particularrechts übte bald die Gesetzgebung bald die Praxis einen überwiegenden Einfluß aus, so daß in den einzelnen Staaten, ungeachtet einer gewissen Gleichförmigkeit in der Richtung der Rechtsbildung, diese selbst doch eine sehr verschiedene Gestalt annahm. Es kommt daher zunächst darauf an, die Einwirkung des römischen Rechts auf das deutsche Hypothekenwesen durch eine Sonderung der Particularrechte in verschiedene Gruppen näher zu bestimmen. Daraus wird sich ergeben, daß

---

1) In vortrefflicher Weise hat R. Reck, das deutsche Credit- und Hypothekenwesen Heft 2. (Göttingen 1832.) diesen Gedanken an einer Kritik des Begriffs der öffentlichen Hypothek nach hannoverschem Rechte ausgeführt.

ein auch nur in den wesentlichsten Zügen gleichartig ausgebildetes System, wie etwa das der f. g. Ingrossation dargestellt zu werden pflegt, hier so wenig wie bei den der Auflassung zu Eigenthum nachgebildeten Instituten anzutreffen ist, und daß die Doctrin in dieser Lehre viel zu sehr generalisirt hat.

a. Die Auflassung ist in Beziehung auf das Pfandrecht in ihrer vollen Wirksamkeit erhalten und der Realcredit des älteren Rechts dadurch in den wesentlichsten Punkten bewahrt worden. Ein solcher Zustand liegt nach den Rechten vor, welche, wie das Stadtrecht von München, das Rentengeschäft consequent fortgebildet haben<sup>2)</sup>; es findet sich aber auch da, wo man die auf der Auflassung beruhende Säzung des deutschen Rechts beibehalten hat, was namentlich in einzelnen norddeutschen Stadtrechten geschehen ist. Doch kommt unter diesen Statutarrechten eine Verschiedenheit vor. Einige, zu denen das Lübsche Recht gehört, kennen nur die Verpfändung von Grundstücken durch Auflassung, und gestatten die gesetzlichen und, abgesehen von dem Faustpfande an Mobilien, die Privatverpfändungen gar nicht.<sup>3)</sup> Andere Rechte beschränken sich darauf, der durch die Auflassung bestellten öffentlichen Hypothek ein unbedingtes Vorzugsrecht vor allen andern Verpfändungen einzuräumen, lassen die gesetzlichen und Privatpfänder aber daneben mit beschränkter Wirksamkeit bestehen. So verhält es sich z. B. nach dem Hamburgischen Stadtrechte.<sup>4)</sup>

2) Auer, Stadtrecht von München Einleitung S. CXXIX — CCXL. Ueber eine eigenthümliche Fortbildung dieses Geschäftes in Zürich s. Buntschli, Staats- und Rechtsgeschichte II. S. 224—57.

3) Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 4. Art. 1. „Wil jemand seine liegende Gründe und stehende Erbe versetzen oder verpfänden, der soll es thun vor dem Rathe, so ist es kräftig und beständig.“ — Die von Mevius (comment. ad h. l. Nu. 58—65.) aufgestellte Ansicht, daß die öffentliche Hypothek auch in Lübeck nur ein Vorzugsrecht habe, aber nicht allein gelte, hat sich gegen die klaren Worte des Statuts in der Praxis nicht behaupten können; s. Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen I. S. 389.

4) Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 4. Art. 4. s. oben S. 89. Note 24.

b. Man hat die Normirung des Hypothekenwesens an die deutsche Auflassung angeknüpft, dieses Institut aber nicht in seiner alten Reinheit zu bewahren gewußt, sondern dasselbe unter dem Einflusse der romanisirenden Theorie verändert. Ein Beispiel dieser Rechtsbildung bietet das chursächsische Recht. In den Constitutionen wurde namentlich die Auflassung als eine Insinuation vor dem Richter der belegenen Sache und beziehungsweise dem Lehenherrschaften aufgefaßt, und in dieser Form bei der Verpfändung des ganzen Vermögens wie einzelner Grundstücke in Anwendung gebracht, daneben aber auch das römische *pignus quasi publicum* anerkannt, und nur der gerichtlichen Hypothek nachgesetzt. Auch das einfache Conventionalpfand war nicht ohne alle Wirkung, und die gesetzliche Hypothek für bestimmte Fälle aufgenommen.<sup>5)</sup> Diese Bestimmungen

---

— Lit. 5. Art. 1. — Heise und Croy a. a. D. Nr. XIX. — Gries, Commentar zum Hamb. Stadtr. I. S. 276 ff. — Nach dem älteren Stadtrecht wurde auch in Hamburg eine Hypothek an Grundstücken nur durch die Auflassung erworben; neben der Sazung gab es weder ein gesetzliches Pfandrecht (s. Statuten v. 1270. V. Art. 2.) noch ein Privatpfandrecht. Es ist nicht richtig, wenn Heise und Croy a. a. D. S. 391. das Letztere auch schon in den älteren Statuten für begründet halten.

5) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 23. „Wiewol nach gemeinen Rechten ein jeder seine Güter ohne gerichtliche insinuation oppignoriren und verpfänden kan, so ist doch solches der Dexter, da Sächsisch Recht gehalten, durch langwirigen Gebrauch anders eingeführt, nemlich, daß die special Verpfändung unbeweglicher Güter, oder aber auch, wann sie gleich general und allgemein auff alle güter gerichtet, für der Obrigkeit, unter welcher sie gelegen, oder auch den Lehenherren muß insinuiert werden, sonst aber unkräftig sey. Unnd dieses hat vernünftige Ursachen, damit ein Gut nicht vielen versezt und also die Leuthe betrogen werden. Jedoch wann einer ein Gut absque insinuatione verpfändet, und es wollens seine Erben wieder haben, unnd den Pfandschilling nicht wieder erstaten, — so seynd sie nicht zu hören — —. Wann auch ein Gläubiger für zween oder drey Zeugen oder durch Auffrichtung eines Vertrags, so mit etlicher Händler Siegel bekräftiget, hypothecam generalem oder specialem constituiren würde, so soll es auch für eine hypotheca geachtet und allen chirographariis creditoribus vorgezogen werden. Es sollen aber die gerichtlichen Verpfändungen allen andern hypothecis, so nicht coram

wurden aber in der erläuterten Proceßordnung wesentlich verändert, indem die Generalhypotheken und die gesetzlichen Pfandrechte aufgehoben und bei Immobilien nur die Bestellung eines öffentlichen Pfandrechts vor dem Richter oder dem Lehenherrs zugelassen wurde; auch wurde bestimmt ausgesprochen, daß die bloße Insinuation oder die Bestätigung des Vertrags zur Bestellung der Hypothek nicht genügen, sondern dieselbe durch die ausdrücklich darauf gerichtete richterliche Confirmation, die eine Voruntersuchung und ein Dekret nothwendig voraussetzt, beschafft werden sollte.<sup>6)</sup> Die Confirmation trat also an die Stelle der

---

judice geschehen, fůrgehen, ungeachtet ob die andern der Zeit halber älter wáren.“ — Ueber die gesetzlichen Pfandrechte s. constit. 24 ff. — Vgl. Lüneburg. Stadtr. Th. II. Tit. 17. 19.

6) Ehrsáchs. Erláuterter Proceßordnung v. 1724. ad tit. XLIV. §. 1. „Es soll in Zukunft keine General-Hypothek, sie mag gerichtlich oder außergerichtlich, in Rebus immobilibus oder mobilibus, constituiret werden, weder in concursibus creditorum noch sonst contra tertium Possessorem, von einiger Kraft und Wirkung seyn, sondern es ist in Rebus immobilibus die Verpfändung jedesmahl auf gewisse Grundstücke zu richten, und von dem Richter, unter dessen Jurisdiction dieselben gelegen, oder bey Lehn-Gütern von dem Lehn-Herrn, der Consens darüber zu ertheilen.“ — ad tit. XLV. §. 1. „Die Hypothecas tacitas, weille dadurch öfters große Gefahrde, und besonders bey Concursibus Creditorum, vieler Aufenthalt verursacht worden, wollen Wir hiermit gánglich aufgehoben haben — —.“ — ad tit. XLVI. §. 1. „Diejenigen Creditores, so eine gerichtliche Special-Hypothek, als welche in Zukunft alleine vor beständig zu achten, erlanget, sind sofort nach denen, so in die erste Classe gehören, schlechterdings secundum Prioritatem temporis, jedoch ein jeglicher nur von demjenigen Guth, darauf er solche Hypothec erhalten, zu befriedigen. — — §. 2. Desgleichen wollen Wir auch, daß keine Hypothec — — ganz oder zum Theil anderer gestalt, als vermöge gerichtlicher Confirmation und Consensus — cediret werden möge — — §. 3. Es sollen aber — — und die bloße Confirmation eines Contractis, wenn gleich dieselbe auf alle Punkte und Clausuln gerichtet, vor keinen Consens gehalten werden.“ — Die näheren Bestimmungen über die Bestellung der Hypothek durch richterliche Confirmation waren übrigens schon vorbereitet worden. Während die oben angeführte Constitution in ihrem weiteren Verlauf nur bei der Verpfändung der Erbenzinsgüter die Günst oder Bewilligung des Herrn ausdrücklich verlangt, sagt die Proceßordnung v. 1622. schon allgemein: „insinuiret oder Günst darüber ausgebracht werden“, und B. Carp zov, jurispr. for. rom.

Auffassung, und zwar in abweichender Weise, wie es nach anderen Particularrechten bei der Eigenthumsübertragung der Fall war (s. oben §. 88. Note 16.), während die Eintragung in die öffentlichen Bücher, sei es des Contracts oder des bestellten Pfandrechts, nicht als eine wesentliche Förmlichkeit vorgeschrieben war.<sup>7)</sup>

c. Andere Particularrechte haben gerade auf die Eintragung in die öffentlichen Bücher, die aber noch keine besonderen Hypothekenbücher zu sein pflegten, das größte Gewicht gelegt; doch haben wenigstens einige derselben dem römischen Recht bei dieser Einrichtung insoweit nachgegeben, daß sie die Handlung nicht nothwendig von dem Gericht der belegenen Sache vornehmen ließen und auf die Sicherung des Beweises das Hauptaugenmerk richteten.<sup>8)</sup>

---

saxon. P. II. const. 23. def. 1. 26. 27. setzt die causae cognitio als mit der ganzen Einrichtung nothwendig verbunden voraus.

7) Daß auch in Sachsen „Consensbücher“ gehalten wurden, ergiebt sich aus der Erläuterten Proceßordnung ad tit. XLV. §. 1.

8) Solms. Landr. Tit. 15. „Welcher leygende Güter seiner schulden halben verpfanden oder verpfetzen wolt, der mag es thun, doch soll solches anders nit denn für Gericht geschehen, und in das Scheyfenbuch eygentlich eingeschrieben werden, mit außtrücklicher erklärung des geliebens werts, der gemachten frist und ziel, und darfür verlegten underpfand, und ohn das soll solche verpfetzung, unkräftig und nichtig sein.“ — Württemb. Landr. v. 1567. C. CCXXX. „Welcher ein ligendt Gut umb schulden einsetzt, der soll dasselb zum wenigsten in das gerichtsbuch einschreiben lassen. Will er aber ein Zins auff ein Gut slaben, so soll er es offentlich vor einem gericht fertigen, und des, vermög unser Landesordnung, zuvor Erlaubnuß und Vergöndung außbringen, Sonst wann anders gehandelt würdt, soll die verpfandung oder Zinsverschreibung kein krafft haben.“ (Diese Stelle ist mit geringen Abänderungen dem von Ulrich Zasius verfaßten Freiburger Stadtrecht von 1520 entnommen; s. Wächter, Handbuch I. §. 74. Note 23.) — Württemb. Landr. v. 1610. Th. II. Tit. 7. „Wann ein ligendt Gut unterpfandsweise verschriben oder verhafft würdt, soll dasselbig in das gerichtsbuch eingeschriben oder sonst, vermög gemeiner geschribnen Rechten, beweislich fürgenommen werden.“ — Churpfälz. Landr. Th. II. Tit. 16. §. 2. „Es mag aber nicht allein ein gewiß Gut mit Namen, es sey ligendt oder fahrend, verpfandt werden, Beseler, System II.



d. Hiervon verschieden ist wieder die, besonders im Interesse des Steuerwesens vorgeschriebene Form, welche in einer Anmeldung der Verpfändung vor dem Gericht der belegenen Sache besteht, aber nur zur Kenntnißnahme der Behörde, ohne daß mit derselben eine Voruntersuchung oder ein bestätigendes Dekret oder die Eintragung in öffentliche Bücher verbunden würde.<sup>9)</sup>

Wie wesentlich verschieden die hier bezeichneten Einrichtungen, welche noch in manchen andern Punkten von einander abweichen und in verwandten Particularrechten wieder besonders modificirt erscheinen, unter einander sind, bedarf keiner näheren Ausführung. Nichts desto weniger versuchte die juristische Doctrin, ein gemeinrechtliches System der öffentlichen deutschen Hypothek aus denselben zu abstrahiren, und kam zu gewissen Regeln über die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache, die Voruntersuchung, die Eintragung in öffentliche Bücher, welche aber in dieser Allgemeinheit der wissenschaftlichen Be-

---

sondern ist in gemein die Verpfändung und Versezung aller gegenwärtigen und zukünftigen Gütern, auch alles desjenigen, so man kauffen und verkauffen mag, zugelassen. Doch so jemand ein ligend Gut, gegenwärtig oder künfftig, vor eine Schuld zu Pfand einsetzen, oder ein Zins darauff schlagen wolt, soll solches nicht anders gelten noch kräftig seyn, es wäre dann solch Verpfändung oder Zinsverschreibung, wie oben vom Verkauf ligender Güter, sonderlich aber in Unserer Lands-Ordnung unter dem XIV. Titul hievon verordnet, insinuiert, und daß die Güter genugsamb erkandt worden. Zu welchem End dann, bey einem jeden Ampt, Rath oder Gericht ein besonder Buch gehalten werden soll.“ Vgl. oben §. 88. Note 17.

9) Braunschweig-Lüneburg. Verordnung v. 6. Oct. 1712. — „setzen ordnen und wollen, daß von nun an überall keine bürgerlichen Häuser, Aecker, Garten, Wiesen oder andere unbewegliche Bürger-Güter an jemanden anders — — ohne Vorwissen und vorhergegangener Anmeldung an die ordentliche Stadtoberkeit, unter deren jurisdiction oder in deren Feslomarck das zu veralienirende Stück belegen, veräußert, verkauffet, veräußert, vererbt, denen Töchtern in dotem mitgegeben oder sonst einig jus in re, unter was vor einen Vorwand auch solches geschehen mag, transferiret werden solle“ — — — Verordnung v. 17. Aug. 1739. Vgl. oben §. 88. Note 17. und Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum S. 5 ff.

gründung entbehrten<sup>10)</sup>, und daher auch in ihrer Anwendung auf einzelne Particularrechte, wenn sich in denselben nicht eine consequente Gesetzgebung bethätigt oder ein festes Gewohnheitsrecht ausgebildet hatte, nur zur Verwirrung und Rechtsunsicherheit führten.<sup>11)</sup> Das Hypothekenwesen setzt, wenn es die Grundlage eines gesunden Realcredits sein soll, bestimmte positive Einrichtungen voraus, welche, wenn sie nicht von Alters her bestanden haben, nicht durch die Jurisprudenz, sondern nur durch die Gesetzgebung eingeführt und in der rechten Art wirksam gemacht werden können.

§. 97.

b. Das Hypothekenrecht in seiner neuesten Entwicklung.

Die wichtige Reform, welche in der churfürstlichen erläuterten Proceßordnung für das Hypothekenwesen begründet wurde, beweist schon, daß man in jener Zeit ernstlich darauf bedacht war, den Einfluß des römischen Rechts von diesem Gebiete zu entfernen und zu den deutschrechtlichen Grundsätzen über den Realcredit wieder zurückzukehren. Fast gleichzeitig mit jenem Gesetze erschien die preussische Concurs- und Hypothekenordnung vom 4. Februar 1722, welche im Anschluß an ältere Einrichtungen<sup>1)</sup> bestimmte, daß ein öffentliches Pfandrecht an Immo-

---

10) Eine in dieser Richtung einflußreiche Schrift, welche mit besonderer Unbefangtheit die verschiedenartigsten Hypothekensysteme zur Begründung einer gemeinrechtlichen Theorie zusammenwirft, ist: Gabr. Schweder, de auctoritate publica ad pignoris s. hypothecae publicae constitutionem necessaria. 1716. (Disput. II. disp. XXXIII.)

11) Dieß Schicksal hat selbst die sonst so ausgezeichnete hannöversche Jurisprudenz in der Anwendung der oben Note 8. angeführten Verordnung gehabt; s. Pufendorf, observat. jur. I. 197. II. 159. 160. III. 53. 180. 206. IV. 176. 198. — Strube, rechtliche Bedenken I. 18. II. 45. 109. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. 43. IV. 59. VI. 71. — v. Ramdohr, jur. Erfahrungen II. S. 336 ff. und über diese Ausführungen die Kritik von R. Neß, über das deutsche Credit- und Hypothekenwesen II. S. 46—167.

1) S. Koch, Lehrbuch des Preussischen gemeinen Privatrechts I. §. 227.

bilien nur durch die Eintragung in besonders dazu bestimmte Hypothekenbücher vor dem Gerichte der belegenem Sache solle erworben werden können. Auch fehlte es nicht an Juristen, welche diesen Fortschritt in der Particulargesetzgebung für die deutsche Rechtswissenschaft fruchtbar machten, und vornämlich erwarb sich J. H. Böhm er das Verdienst, den Gegensatz der öffentlichen Hypothek des römischen Rechts von der deutschrechtlichen bestimmt hervorzuheben, indem er die letztere auf die gerichtliche Auflassung zurückführte und die Bedeutung des Instituts für den Realcredit nachwies.<sup>2)</sup> In der That war dieß der entscheidende Punkt, und das mit der Auflassung verbundene Buchwesen namentlich der Hansestädte zeigte den Weg, auf welchem man bei der veränderten Gerichtsverfassung die Vortheile der früheren Einrichtungen für die Gegenwart sich sichern konnte. Auch wurden jetzt in verschiedenen Ländern die Versuche, in dieser Weise das Hypothekenwesen zu reformiren, häufiger<sup>3)</sup>, bis endlich in der preussischen Hypothekenordnung vom 20. Dec. 1783 die moderne Rechtsentwicklung ihren bestimmten Ausdruck und ihre systematische Ausführung fand. Die späteren Hypothekengesetze, wenn auch im Einzelnen mannichfach verschieden, sind doch mehr oder weniger von dem Standpunkte der preussischen Gesetzgebung ausgegangen<sup>4)</sup>, und

---

Besonders zu beachten ist namentlich das ostpreussische Provinzialrecht von 1620.

2) J. H. Boehmer, *exercitationes ad pand.* III. exerc. 60. De praerogativa hypothecarum publicarum. cap. I. — secundum jus civile. cap. II. De praerogativa hypothecarum judicialium in rebus immobilibus constitutarum secundum jura Germaniae provincialia.

3) S. z. B. Mecklenburg. Landesgrundgesetzlicher Erbvergleich v. 1755. §. 371—72. (vgl. Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 110 ff.) — Churfürstlich Mainz. Landrecht v. 1755. Tit. 19. §. 5. Dagegen folgt das Baier. Landrecht v. 1756. Th. II. Cap. 6. noch dem römischen Rechte.

4) Auf Grund der Hypothekenordnung ist das preussische Pfandrecht im A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 1 — 535. bearbeitet. Außerdem kommen unter den neueren Gesetzen besonders in Betracht: Destr. Gesetzbuch

haben nur in neuester Zeit sich bestrebt, das Princip der Auflassung auch auf die Eigenthumsübertragung consequent zur Anwendung zu bringen<sup>5)</sup> und das Hypothekenwesen durch die größere Selbstständigkeit des eingetragenen Pfandrechts im Sinne der älteren Rechtsanschauung, für den Realcredit wirksamer zu machen.

### I. Die Hypothekenbücher. Das Wesen der Auf-

§. 447—71. — Für Mecklenburg=Schwerin: Hypothekenordnung für Büdner und Erbenzinsleute auf dem Domanium v. 12. März 1814. — Hypothekenordnung für die ritterschaftlichen Landgüter v. 12. Nov. 1819. (für Mecklenburg=Strelitz v. 22. Dec. 1819.), revidirt v. 18. Oct. 1848. — Stadtbuchordnung v. 22. Dec. 1829 (für Mecklenburg=Strelitz v. 6. Jan. 1830.) — Hypothekenordnung für die von den Landesklöstern in Erbpacht gegebenen Grundstücke v. 20. Febr. 1837. Vgl. meinen Aufsatz in der Zeitschrift für deutsches Recht X. Nr. IV. — G. Tschierpe, Erörterungen zur Mecklenburger revidirten Hypothekenordnung über Landgüter v. 18. Oct. 1848. Wismar und Ludwigslust 1852. — Für Baiern: Hypothekengesetz v. 1. Juni 1822. — Prioritätsordnung von dems. Datum; vgl. v. Gönner, Commentar über das Hypothekengesetz. 2 Bände. München 1823—24. — Für Württemberg: Pfandgesetz v. 15. Apr. 1825. — Prioritätsgesetz von dems. Datum. — Excutionsgesetz von dems. Datum; vgl. v. Volley, Bemerkungen zu dem Pfandgesetze. 3 Bände. Stuttgart 1827—29. — Für Sachsen=Weimar: Großherzoglich Sächs. Gesetz über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken v. 27. Mai 1839. — Gesetz über die Vorzugsrechte der Gläubiger von dems. Datum. Für das Königreich Sachsen: Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend v. 6. Nov. 1843. Dazu der Commentar von Heyne. 2 Bde. Leipzig 1845—46. — Die Bremer Erbes- und Handfesten=Ordnung v. 1833. hat für das Hypothekenwesen ein ganz eigenthümliches Rechtssystem, s. oben §. 95. Note 25. — In Frankreich ist die geschichtliche Entwicklung des Hypothekenrechts der unsrigen sehr ähnlich gewesen, s. Zacharia, Handbuch des französischen Civilrechts I. §. 257 ff. Das Gesetzbuch hat aber die Bedeutung der „Inscription“ sehr zurückgedrängt; eine Reform stellt sich jedoch immer mehr als ein dringendes Bedürfnis heraus; vgl. P. Fr. Reichensperger, Entwurf eines Hypothekengesetzes für den Bezirk des Rheinischen Appellations=Gerichts=Hofes. Im Auftrage des Königl. Justizministeriums ausgearbeitet. Köln 1851.

5) S. oben §. 88. 89.

lassung in ihrer modernen Gestaltung besteht darin, daß durch die Eintragung in besonders dazu bestimmte, von dem Gericht oder einer anderen öffentlichen Behörde der belegen Sache geführte Bücher das dingliche Recht an einer unbeweglichen Sache begründet wird. Die Hypothekenbücher sind daher die nothwendige Voraussetzung, wenn die Auflassung auch für das Pfandrecht durchgeführt werden soll; sie müssen, wie verschieden auch sonst ihre Einrichtung sein mag, eine Uebersicht von dem Schuldenverhältnisse des Grundstücks geben, und die Autorität des öffentlichen Glaubens für sich haben. Im Einzelnen kommen in Betreff der Anlegung und Buchführung freilich manche Verschiedenheiten vor. Abgesehen davon, ob das Hypothekenbuch zugleich als Grundbuch für die Auflassung zu Eigenthum dient oder nur die Berichtigung des Besitztittels behufs der buchmäßigen Verfügung über die Sache erforderlich ist, liegt ein wichtiger Unterschied für den ganzen Zweck der Einrichtung darin, ob nur Grundstücke oder auch selbständige nützliche Berechtigungen als verschuldbare Objecte ihre eigenen Folien haben<sup>6)</sup>; ob ferner alle dinglichen Rechte an der Sache, um wirksam zu sein, der Eintragung bedürfen<sup>7)</sup>, oder nur die Pfandrechte<sup>8)</sup>, oder neben diesen noch einige andere Belastungen.<sup>9)</sup> Es ist ferner darauf

6) Preuß. Hypothekenordnung Tit. I. §. 14. „Ebenso sind Gerechtigkeiten, welche nicht gewissen Grundstücken anleben, sondern für sich selbst bestehen; einen eignen bestimmten Werth haben; auch ohne den Besitz eines Grundstücks ausgeübt; folglich auch für sich allein veräußert und verpfändet werden können, unter besondern Nummern im Hypothekenbuch einzutragen.“ — Baier. Hypothekengesetz §. 120. — Großherz. Sächf. Pfandgesetz §. 2. — Königl. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 14.

7) Oesterr. Gesetzb. §. 445. — Mecklenburg. Stadtbuchordnung §. 3. — Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung v. 1848. §. 8.

8) Baier. Hypothekengesetz §. 130—35. — Württemb. Pfandgesetz Art. 158—62. — Großherz. Sächf. Pfandgesetz §. 200—6.

9) Preuß. Hypothekenordnung Tit. I. §. 47—54. — Königl. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 15. Nr. 5. §. 169.

zu achten, ob die Buchführung auf das Grundstück selbst als Gegenstand der Belastung unmittelbar gerichtet ist (Realfolien), oder auf den Namen des Eigenthümers geht, so daß die Grundstücke unter demselben eingetragen sind (Personal- oder Nominalfolien). Die letztere Einrichtung, dem Zwecke der Auflassung wenig entsprechend, ist auch in neuerer Zeit nur ausnahmsweise der Buchführung zum Grunde gelegt worden.<sup>10)</sup> — Von Wichtigkeit ist endlich noch die Anlegung besonderer Nebenbücher, namentlich des s. g. Ingrossationsbuchs, um Abschriften der betreffenden Contracte u. s. w. in dasselbe aufzunehmen.<sup>11)</sup> Doch dient dieß vorzugsweise nur zur Controle der Führung des Hauptbuchs, ohne die Wirksamkeit der Einträge in das letztere zu bedingen; auch begnügen neuere Geseze sich zu diesem Behuf mit der Anlegung von General- und Specialacten.<sup>12)</sup>

II. Die Specialität. Dieses Princip kommt in zweifacher Beziehung zur Anwendung.

a. Die Generalhypotheken sind aufgehoben, und die Ein-

10) Das Württemb. Pfandgef. Art. 159. bestimmt freilich allgemein: „Die Einträge in das Unterpfands-Buch bei den Gemeinderäthen (im Gegensatz zu den bei den Kreisgerichtshöfen s. Art. 158.) geschehen unter dem Namen der Person des Verpfänders, oder desjenigen, gegen welchen ein Pfandrechts-Anspruch geltend gemacht oder eine Verwahrung eingelegt wird.“ Das großh. Sächf. Pfandgef. §. 201. stellt dagegen die Anlegung von Personal-Hypothekenbüchern zwar frei, bestimmt aber §. 202. „An allen den Orten, wo und sobald die Verhältnisse es gestatten, sind Real-Hypothekenbücher — einzuführen.“ Außerdem finden sich noch aus früherer Zeit hie und da Personalfolien, z. B. in Frankfurt (s. Reformation Th. II. Tit. 18. §. 3.) und in einigen Gegenden Schleswig-Holsteins, s. Paulsen, Lehrbuch §. 80. — Uebrigens ist die Einrichtung besonderer Folien, mögen sie nun auf die Sache oder die Person lauten, allgemein und nur ausnahmsweise in Mecklenburg den Rittergütern für jedes Gut ein eigenes Hypothekenbuch gegeben.

11) Preuß. Hypothekenordnung Tit. I. §. 64 — 67. Das Gesez bezeichnet an andern Stellen übrigens mit Ingrossation auch die Eintragung des Pfandrechts; s. Tit. II. §. 28. in marg. 142. 147. 167.

12) Großh. Sächf. Pfandgef. §. 204. — Königl. Sächf. Gesez v. 6. Nov. 1843. §. 202—4.

träge geschehen nur auf einzelne bestimmte Sachen, jedoch so, daß mehrere als ein Gütercomplex Gegenstand derselben Buchführung sein können.<sup>13)</sup>

b. Nur solche Posten, die auf eine bestimmte Geldsumme gehen, können eingetragen werden; dieselben müssen also, wenn sie ursprünglich einen andern Gegenstand haben, oder zur Zeit der Eintragung ihrem Betrage nach noch nicht festgestellt sind, behufs der Eintragung auf eine bestimmte Geldsumme reducirt werden.<sup>14)</sup>

III. Publicität. Die Oeffentlichkeit des Besitztitels und der Hypothekenbestellung ist gerade der Zweck der Auflassung, und in sofern wird darauf mit Recht das größte Gewicht gelegt. Es kommt aber doch sehr darauf an, wie dieser Zweck erreicht wird, da nicht jede Art der Oeffentlichkeit dazu dienlich ist, und selbst, wie das Hamburger und Bremer Recht zeigen, auch da, wo das deutsche System gilt, nicht jede andere Hypothek nothwendig ausgeschlossen zu werden braucht, wenn der eingetragenen nur der Vorzug unbedingt gesichert ist, und der dritte Erwerber des Grundstücks durch die Privathypothek nicht in seinem Rechte gefährdet wird (s. unten Note 25.). Die Publicität, auf welche es hier ankommt, wird vielmehr durch die ganze Institution der Auflassung mit ihren weiteren Voraussetzungen und Hülfsmitteln begründet. Die neueren Gesetze pflegen aber den Begriff insbesondere an zwei allerdings wichtige Bestimmungen zu knüpfen, nämlich

13) Ueber solche Gütercomplexe kommen besondere gesetzliche Bestimmungen vor; s. Pr. Hypothekenordnung Tit. I. §. 39. — Baier. Hypothekenges. §. 120 u. f. w.

14) Rittersch. Hypothekenordnung für Mecklenburg §. 31. — Baier. Hypothekenges. §. 11. 19. — Württemb. Pfandges. Art. 11. — Großh. Sächf. Pfandges. §. 9. 92. — Königl. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 48. 49. Die preussische Hypothekengesetzgebung hat diese Beschränkung noch nicht. Die Mecklenburg. Stadt- und Buchordnung §. 23. nimmt die Personalservituten von der Vorschrift der Specialisirung aus.

a. daß das Recht, die Einsicht der Hypothekenbücher oder beglaubigte Auszüge aus denselben zu fordern, einem Jeden, der ein rechtliches Interesse daran nachweisen kann, zusteht, und

b. daß die Hypothekenbücher unbedingt öffentlichen Glauben haben und das Rechtsverhältniß der Hypothek nach dem, was in ihnen verzeichnet ist, bestimmen.<sup>15)</sup> Dieß letztere Princip, welches aber nicht immer mit aller Consequenz durchgeführt worden ist, bringt es nothwendig mit sich, daß ohne Rücksicht auf besondere Verhältnisse und selbst auf den Dolus eines Beteiligten, für den Dritten nur das, was das öffentliche Buch aufweist, maassgebend ist; es hat namentlich auch dazu geführt, gegen die eingetragenen Posten die Einrede der Verjährung und das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auszuschließen.<sup>16)</sup> Zur Geltendmachung der Einrede der nicht gezahlten Valuta ist dagegen dem Schuldner meistens eine Frist von dreißig Tagen nach der Eintragung gegeben, in der er seine Einwendung in der buchmäßigen Form (der Protestation) sicher zu stellen hat.<sup>17)</sup>

#### IV. Voruntersuchung; Verhaftung der Behör-

---

15) Preuß. Hypothekenordnung Tit. I. §. 72—74. — Ritterschaftliche Hypothekenordnung für Mecklenburg §. 40. — Rev. Hypothekenordnung v. 1848. §. 25—27. — Mecklenb. Stadtbuchordnung §. 47. 50. 52. 59. — Baier. Hypothekengesetz §. 24—26. 93. — Württemb. Pfandgesetz Art. 48. 61—64. — Großh. Sächs. Pfandges. §. 207—9. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 21—23. Vgl. oben §. 89. Note 24.

16) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 534. — Baier. Hypothekengesetz §. 31. 32. — Württemb. Pfandgesetz Art. 73. 89. — Mecklenb. Stadtbuchordnung §. 51. 54. — Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 29. Nr. 6. — Großherz. Sächs. Pfandges. §. 159. 338. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 26. 28.

17) Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 175—81. — A. L. R. Th. I. Tit. 29. §. 422—26. (wo die Regel auf alle Einreden ausgeht). — Baier. Hypothekengesetz §. 47. — Württemb. Pfandgesetz Art. 87. 88. — Mecklenb. Stadtbuchordnung §. 36. Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 77.



den. Für die ordnungsmäßige Führung der Bücher und die Richtigkeit der aus denselben gegebenen Auszüge und Atteste sind die mit diesem Geschäft betrauten Behörden den Betheiligten civilrechtlich, jedoch in der Regel nur in subsidium verhaftet. — Desgleichen sind sie unter derselben Verantwortlichkeit verpflichtet, darauf zu achten, daß nur der durch das Grund- oder Hypothekenbuch Legitimirte oder wer gesetzlich seine Stelle einnimmt, eine Belastung des Grundstücks bewirkt. Die Frage aber, ob die Behörden noch weiter verhaftet sind, namentlich für die Rechtsgültigkeit der Geschäfte, zu deren Sicherung eine Eintragung geschieht, und für die Auslänglichkeit der bestellten Hypothek, läßt sich nur nach dem in den einzelnen Gesetzgebungen befolgten Systeme beantworten, und hängt von dem Umfange und der Bedeutung ab, welche der obrigkeitlichen Voruntersuchung beigelegt worden ist. Es sind hier folgende Systeme zu unterscheiden.

a. Einige Rechte beschränken die Thätigkeit der Hypothekenbehörden auf die Prüfung der Legitimation des Verpfänders und auf die Buchführung, ohne eine weitere Voruntersuchung von ihnen zu verlangen.<sup>18)</sup> Es liegt dieser Auffassung die Ansicht zum Grunde, daß die Hypothek, ohne Rücksicht auf den sie begründenden Rechtstitel, eine selbständige Geltung hat, etwa wie die Wechselverbindlichkeit unabhängig von der *causa debendi* ist, — während die andern Gesetze nur mittelbar, wegen der Unanfechtbarkeit des Hypothekenbuchs dritten Personen gegenüber, zu einem ähnlichen Resultate gelangen.

b. Die Hypothekenbehörde hat auch zu untersuchen, ob das Rechtsgeschäft, dessen Eintragung verlangt wird, seiner Natur und der äußern Form nach rechtsbeständig ist (Princip der Legalität.) Diese Vorschrift, an sich schon bedenklich, weil

18) So in Hamburg, s. Bornemann, preuß. Justiz-Ministerial-Blatt v. 1846. Nr. 6. S. 54—55. — Mecklenb. Stadtbuchordnung §. 63. — Rev. ritterschaftl. Hypothekenordnung v. 1848. §. 38.

die Hypothekenbehörden nicht als Richter in streitigen Rechts- sachen fungiren, verliert dann an Bedeutung, wenn die civil- rechtliche Verantwortlichkeit nicht auch auf Versehen in dieser Voruntersuchung ausgedehnt ist<sup>19)</sup>, während da, wo dieß ge- schehen<sup>20)</sup>, den Behörden eine unbillige Last zum Nachtheile des Geschäftsverkehrs auferlegt wird.<sup>21)</sup>

c. Außer der Prüfung des Rechtstitels liegt der Hypo- thekenbehörde auch die Pflicht ob, über den zur Sicherung des einzutragenden Postens genügenden Werth der Pfandsache eine Untersuchung anzustellen und für den Ausfall zu haften.<sup>22)</sup>

V. Die Eintragung. Der Schwerpunkt des neueren Hypothekenrechts liegt in der Eintragung, indem durch diesen Act, wie bei der Auflassung zu Eigenthum, das dingliche Recht bestellt und außerdem unter mehreren Posten nach der Zeit (dem Datum) desselben die Priorität bestimmt wird. Eine davon getrennte Verlassung, an die sich die Eintragung als die letzte Spitze des ganzen Geschäftes ansetzt, haben die neueren Gesetz- gebungen nicht beibehalten.<sup>23)</sup>

19) Preuß. Hypothekenordnung Tit. I. §. 76—81. Tit. II. §. 11 ff. — A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 428—35. — Baier. Hypo- thekenges. §. 86. 98—100. 109—12. 146.

20) Großh. Sächf. Pfandges. §. 223. 231. 343—57. — Königl. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 127. 130. 136. 138—40.

21) Vgl. überhaupt Koch, Lehrbuch des preuß. gemeinen Privatrechts I. §. 228. Die Prüfung der Legitimation des Schuldners auf Grund der Auflassung zu Eigenthum oder des Besitztittels wird aber der Hypo- thekenbehörde in keinem Fall zu erlassen sein.

22) Württemb. Pfandgesetz Art. 164—72. 175—85. 223—38. Die preussische Hypothekenordnung Tit. I. §. 41—46. läßt auch in gewissen Fällen den Werth notiren, aber nur nach bestimmten, im Gesetz angegebenen Merkmalen (Kaufpreis, Brandcassenwerth, verlangte Taxe) und ohne Ver- haftung der Behörden. Vgl. auch großh. Sächf. Pfandges. §. 263 bis 70. — Königl. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 15. a. G. — Die Vorschriften des württembergischen Gesetzes sind übrigens allgemein und beziehen sich nicht bloß auf die unter dem Gemeinderath stehenden Communal-Pfandbücher.

23) Königl. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 3. „Ebenso

a. Die Eintragung setzt den Antrag oder doch die Zustimmung des zur pfandbuchmäßigen Verfügung legitimirten Eigenthümers der Sache voraus, sei es, daß er gegenwärtig oder gehörig vertreten ist oder in einer öffentlichen Urkunde seinen Willen darthut. Nach diesen Erfordernissen ist es auch zu ermesſen, inwiefern die einer Urkunde über das Hauptgeschäft eingeschaltete *clausula intabulandi* genügt, um einen Rechtstitel zur Bestellung einer Hypothek zu bewirken.<sup>24)</sup>

b. Die neueren Gesetzgebungen führen den Grundsatz consequent durch, daß nur durch die Eintragung eine Hypothek

---

werden Hypotheken und andere nach den in §§. 15. und 16. folgenden Bestimmungen zur Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch an sich geeignete dingliche Rechte an fremden Grundstücken als solche nur durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt. §. 4. So lange diese Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch nicht erfolgt ist, besteht nur erst ein Rechtstitel zur Erlangung des bürgerlichen Eigenthums, oder der Hypothek, oder der andern dinglichen Rechte. §. 7. Ebenso findet bei Bestellung von Hypotheken und Cessionen hypothekarischer Forderungen eine gerichtliche Confirmation und eine Consensertheilung des Richters oder des Gerichtsinhabers als solchen nicht weiter statt, sondern an deren Stelle tritt die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch des Richters der gelegenen Sache. §. 92. Der Vorzug unter mehreren auf das nämliche Grundstück eingetragenen Gläubigern — — wird ohne alle andere Rücksicht blos durch die Zeitfolge bestimmt, wie jede Forderung vor der anderen in das Grund- und Hypothekenbuch auf dem Folium des Grundstücks eingetragen ist.“ Aehnliche Bestimmungen wiederholen sich in allen hier in Betracht kommenden neueren Gesetzen; s. Pr. N. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 411. 500. — Oesterr. Gesetzbuch §. 451. — Baiern. Hypothekenges. §. 10. 59. — Württemb. Pfandges. Art. 2. 96. — Großh. Sächs. Pfandges. §. 57. 149. — Mecklenb. Stadtbuchordnung §. 3. 39. — Rev. rittersch. Hypothekenordnung §. 10. 11. 34.

24) Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 148 ff. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 143—44. Einige Gesetze bestimmen jedoch, daß vor jeder Eintragung der Schuldner zur Verhandlung vorzuladen ist; s. Württemb. Pfandgesetz Art. 173. — Baiern. Hypothekengesetz §. 109. 110., oder verlangen stets eine schriftliche Urkunde, welche das rechtliche Verhältniß des einzutragenden Postens angiebt; s. Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung für Mecklenburg §. 12. Vgl. oben §. 89. Nr. V.

erworben wird.<sup>25)</sup> Es kann also daneben weder eine Privathypothek noch eine in einer andern Form der Oeffentlichkeit bestellte vorkommen, und auch die gesetzlichen Pfandrechte haben als solche keine Wirksamkeit mehr, sondern geben nur einen Rechtstitel zur Eintragung her, welche durch die betheiligten Personen oder die sie vertretenden Behörden erwirkt werden muß.<sup>26)</sup> Wenn dabei im Allgemeinen der Grundsatz befolgt wird, daß die Hypothekenbehörde als solche nicht von Amts wegen verfährt, sondern die Anträge der Betheiligten abzuwarten hat, so ist sie doch für gewisse Fälle und namentlich wenn ein rechtskräftiges Urtheil vorliegt, angewiesen, auf erfolgte Requisition auch ohne die Zustimmung, wenn auch nicht ohne Vorwissen des Eigenthümers eine Eintragung vorzunehmen.<sup>27)</sup>

c. In welchem Umfange die Hypothekenbehörde eine Voruntersuchung eintreten zu lassen hat, bestimmt sich nach Maassgabe der verschiedenen darüber geltenden Systeme. Auch ist

---

25) In Hamburg dagegen bestehen neben den öffentlichen Hypotheken noch gesetzliche und Privatpfänder mit beschränkter Wirksamkeit, s. oben §. 96. Note 4.; in Bremen giebt es keine Privatpfänder an Immobilien, wohl aber gesetzliche, die jedoch den handfestarischen Gläubigern nachstehen und nur ein Vorzugsrecht bei der Execution und im Concurse begründen, s. Erbes- und Handfestenordnung §. 81. 136.

26) Pr. A. L. N. Th. I. Tit. 20. §. 411. „Nur durch die wirkliche Eintragung in die öffentlichen Grundbücher wird das Hypothekenrecht selbst erworben. §. 412. So lange daher ein gesetzliches oder auch ein durch rechtsgültige Willenserklärungen bestelltes Pfandrecht noch nicht eingetragen ist; so lange hat dasselbe noch nicht die Eigenschaft eines dinglichen Rechts.“ Vgl. Note 23. §. 4. Gewöhnlich bestimmen dann auch die neueren Hypothekengesetze, in welchen Fällen ein Anspruch auf die Bestellung einer Hypothek statt der früheren stillschweigenden bestehen soll. Vgl. Baier. Hypothekengesetz §. 12. — Württemb. Pfandgef. Art. 27—46. — Großherz. Sächs. Pfandgef. §. 27—55. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 38—43.

27) Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 182. 192. — Baier. Hypothekengesetz §. 96. 97. — Württemb. Pfandgef. Art. 98. — Mecklenburg. Stadtbuchordnung §. 55. 56. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 18—20.

die Organisation und die Geschäftsführung dieser Behörden verschieden geordnet; doch ist es jedenfalls da, wo die Voruntersuchung sich auch auf die Prüfung des Rechtstitels erstreckt, unerlässlich, daß der Eintragung ein besonderes darauf gerichtetes Decret vorhergeht.<sup>28)</sup>

d. Wenn die Hypothekenbehörde officielle Kenntniß davon erhält, daß über das Vermögen des Eigenthümers der Pfandsache der Concurß eröffnet worden, so ist dieß im Hypothekenbuch zu bemerken und mit weiteren Einträgen inne zu halten.<sup>29)</sup> Auch kommt in diesem Fall die Form der Schließung des Folioms vor.<sup>30)</sup>

---

28) Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 19. — Baier. Hypothekengesetz §. 112. a. G. — Württemb. Pfandgef. Art. 186. — Großherz. Sächs. Pfandgef. §. 253. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 136. Ueber das in Hamburg übliche Verfahren s. Bornemann, preuß. Justiz-Ministerial-Blatt v. 1846. Nr. 5. S. 39—42.

29) Baier. Hypothekengesetz §. 118. — Großherz. Sächs. Pfandgef. §. 303. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 150. Die Bestimmungen des Württemb. Pfandgesetzes Art. 19. stehen mit der Verhaftung der Hypothekenbehörde für die Auskömmlichkeit der Hypothek in Verbindung.

30) Mecklenburg. Stadtbuchordnung §. 42. 1., Wenn das zuständige Gericht bezeugt, daß ein rechtskräftig erkannter Concurß ein Grundstück ergreife, so sind die Folien desselben zu schließen und zu neuen Eintragungen zu eröffnen.“ — Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 31. „1. Das zuständige Gericht hat die Hypothekenbehörde von der rechtskräftigen Eröffnung eines General- oder Special-Koncurßes von Amts wegen in Kenntniß zu setzen. Auf eine solche Anzeige ist das Hypothekenbuch zu schließen und demnächst über das betreffende Gut ein neues Hypothekenbuch niedzulegen, indem die durch jene Schließung erloschenen intabulirten Schuldforderungen mittelst einer Agnition des Käufers ihr früheres Recht nicht wieder erlangen können. — — 3. Die in der Gutbeschreibung enthaltenen Belastungen sind in das neue Buch zu übertragen, insoweit keine konkursrichterliche Requisition auf eine Tilgung derselben erfolgt oder die anderweitigen gesetzlichen Erfordernisse zu letzterer (nicht) vorliegen.“ In einem andern Sinn wird in Schleswig-Holstein die Schließung des Folioms (Protokolls) durch richterliches Inhibitorium

VI. Protestation und Vormerkung. Damit einerseits der Anforderung Genüge geschieht, daß das dingliche Rechtsverhältniß der Pfandsache aus dem Hypothekenbuch ersichtlich ist, andererseits aber auch den Betheiligten Gelegenheit gegeben wird, ihre durch die absolute Beweisraft des Hypothekenbuchs gefährdeten Rechtsansprüche und Einwendungen bis zur definitiven Ausführung derselben zu wahren, ist die Einrichtung getroffen worden, daß durch Protestationen und Vormerkungen im Hypothekenbuch ein solcher Anspruch oder Einwand vorläufig gesichert werden kann. Das Nähere hängt von der Bestimmung der Particulargesetzgebung ab, und es ist nur im Allgemeinen anzuführen, daß, um die Rechtssicherheit nicht zu gefährden, regelmäßig eine gewisse Bescheinigung des zu sichernden Rechts verlangt wird und eine bestimmte Frist gesetzt ist, binnen welcher es ausgeführt sein muß, um definitiv anerkannt zu werden.<sup>31)</sup>

---

als ein Mittel gebraucht, die Eintragung einer Hypothek zu erzwingen, s. Paulsen, Lehrbuch §. 78.

31) Die preussische Hypothekenordnung Tit. II. §. 107. 289—300. kennt nur die Protestation zur Sicherung eines Realrechts, welches aber, wenn der Anspruch durchgeführt ist, ipso jure an die Stelle der eingetragenen Protestation tritt; das A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 417—26. unterscheidet eine solche Protestation, der aber die Eintragung des Rechts folgen muß, und Vormerke von Seiten des Schuldners. Das Oesterr. Gesetzbuch §. 453. läßt durch die Vormerkung der Forderung ein bedingtes Pfandrecht entstehen, erwähnt aber andere Fälle der Vormerkung oder Protestation nicht. Die neueren Gesetze schließen sich bald der einen, bald der andern Auffassung mehr an, combiniren sie aber auch in verschiedener Weise, s. Baier. Hypothekengesetz §. 27—30. 106 ff. — Württemb. Pfandges. Art. 79—81. 195—97. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 68—71. 278—300. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 24. 25. 51. 137. In Hamburg kennt man die Einrichtung gar nicht, sondern wendet an deren Stelle Clauseln und richterliche Inhibitorien an, s. Bornemann a. a. O. S. 43. Ähnlich in Mecklenburg: Stadtbuchordnung §. 46. — Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 25. Nr. 4. 35.; s. jedoch über Vormerkungen des Schuldners und der Cedenten Stadtbuchordnung §. 48. 49. — Rev. rittersch. Hypothekenordnung §. 20. Vgl. im Allgemeinen

VII. Rechtliche Natur der eingetragenen Hypothek. Die meisten neueren Gesetze lassen darüber keinen Zweifel, daß sie die Hypothek als ein accessorisches Recht ansehen<sup>32)</sup>, indem sie der römischen Auffassung folgen, im Gegensatz zu der des älteren deutschen Rechts, welches durch das Rentengeschäft wie durch die Satzung ein selbständiges dingliches Recht an der fremden Sache begründen ließ (s. oben §. 95. Nr. III.). Während aber einige Statute dieses deutschrechtliche Princip im Wesentlichen noch bewahrt haben<sup>33)</sup>, ist die entgegengesetzte Auffassung auch in jenen neueren Gesetzen nicht immer consequent zur Anwendung gebracht worden. Dieß tritt namentlich in den Bestimmungen hervor, welche die Hypothek ohne Rücksicht auf die Existenz und die Fortdauer des Hauptrechts bis zur Löschung bestehen lassen<sup>34)</sup>, oder es gestatten, daß der Eigenthümer der Pfandsache einen eingetragenen Posten selbst erwirbt und mit der alten Priorität weiter überträgt.<sup>35)</sup> Diese letztere Bestimmung setzt die Regel des römischen Rechts,

---

Heyne, Erörterungen aus dem Grundeigenthums- und Hypothekenrechte (Leipzig 1847) S. 48—94.

32) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 1. 12. 415. — Baier. Hypothekengesetz §. 1. 2. 49. — Württemb. Pfandgesetz Art. 1. 90. 92. — Großh. Sächs. Pfandgesetz §. 73. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 82.

33) So in München in Betreff der Ewigelder, s. Auer, Stadtrecht von München S. CLL, und in Hamburg nach der Darstellung von Bornemann, preuß. Justiz-Ministerial-Blatt von 1846. Nr. 5. S. 41. 42. 55. 56. Dem steht freilich ein von Gries, Commentar I. S. 272. Note \* angeführtes Präjudicat von 1836 in einzelnen Ausführungen entgegen, die jedoch im Wesentlichen auf einer Voraussetzung der Geltung römischrechtlicher Principien beruhen.

34) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 522. — Oesterr. Gesetzb. §. 469. — Großherz. Sächs. Pfandgef. §. 64. 197. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 124. S. unten Nr. XI.

35) Anhang zum Pr. A. L. R. §. 52. vgl. Declaration v. 3. Apr. 1824. — Baier. Hypothekengesetz §. 84. — Großherz. Sächs. Pfandgef. §. 78. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 117—19.

daß der spätere Gläubiger in die Stelle der ausgefallenen älteren Hypothek aufrückt, als geltend voraus, (sie findet sich auch in den meisten neueren Pfandgesetzen ausdrücklich anerkannt) und sucht dieselbe im Interesse des Realcredits durch eine singuläre Anordnung zu umgehen. Weit wirksamer und consequenter ist dagegen die in mehreren Rechten durchgeführte Einrichtung, welche auch nach der Löschung des erledigten Postens die Stelle desselben bis zum früheren Betrage zur weiteren Verfügung des Eigenthümers offen läßt, jene Regel des römischen Rechts also gar nicht anerkennt, und die einzelne Hypothek als eine für sich bestehende dingliche Belastung des Grundstückes auffaßt.<sup>36)</sup> Es ist dieß eine Folgerung aus der Selbständigkeit des Pfandrechts, welche man in dem neuesten deutschen Hypothekengesetze durch die Personification des belasteten Grundstücks principiell zu begründen gesucht hat.<sup>37)</sup>

---

36) Diese Einrichtung kommt in Schleswig-Holstein in der Form der Tilgung ante lineam vor, s. Paulsen, Lehrbuch §. 79. Vgl. Bremer Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 97. „Die Priorität der Handfesten richtet sich nicht nach der Zeit, wann sie gewilligt oder begeben sind, sondern allein nach der aus den Handfesten selbst sich ergebenden, in Summen ausgedrückten Reihenfolge.“ — Gries, Commentar I. S. 272 ff.

37) Mecklenburg. rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 16. „Das Hypothekenbuch gehört nicht der Person des zeitigen Eigenthümers, vielmehr dem Gute an, ohne alle Rücksicht auf die solcherhalber vorgehenden Veränderungen, und wird nur das Gut durch den Inhalt desselben ergriffen. Demnach werden 1) durch die Eintragung keine bloße Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, vielmehr selbständige dingliche Belastungen des Guts existent; und ist 2) der Antrag auf Eintragung durch eine solche persönliche Verhaftung nicht nothwendig bedingt, vielmehr solcherhalber Alles der Vereinbarung der Betheiligten überlassen. 3) Ein späterer Eigenthümer des Guts ist als solcher für seine Person nicht verhaftet (vgl. §. 29. Nr. 2. und §. 30. Nr. 4.) 4) Der zeitige Eigenthümer kann für sich selbst und auf seinen eigenen Namen eintragen lassen, auch dürfen bereits eingetragene Forderungen auf ihn cedirt und umgeschrieben werden. — Der Lauf der auf solche Posten eingetragenen Zinsen beginnt jedoch erst von dem Zeitpunkte, wenn entweder das Gut auf einen neuen Eigenthümer übergegangen, oder ein solcher Posten an einen Dritten übertragen ist. §. 30. Das Verfahren



VIII. Zweck der Hypothek. Wenn auch das Pfandrecht zur Sicherung des ganzen Rechtsverhältnisses, auf welches es sich bezieht, bestellt worden ist, so pflegen die Geseze doch für die Verhaftung der Sache wegen Zinsen und Kosten ein bestimmtes Maaf aufzustellen, indem dieselbe namentlich nur auf bestimmte Zinsrückstände (meistens zweijährige) beschränkt ist.<sup>38)</sup> In welcher Weise aber der Zweck der Hypothek im Fall der Ueberschuldung (durch Bildung einer Specialmasse, Veräußerung, Vorzug des Gläubigers vor allen nicht absolut privilegierten Forderungen u. s. w.) verwirklicht wird, — das zu entwickeln, gehört mehr dem Proceßrecht als dem Civilrecht an, und ist hier nicht näher zu erörtern.

IX. Hypothekenscheine. Auszüge aus öffentlichen Büchern, wenn auch nicht in der bestimmten Form der Handfesten ausgestellt, gaben nach älterem Recht wichtige processualische Vortheile<sup>39)</sup>; auch haben neuere Geseze diese Einrichtung nachgeahmt, und den Hypothekenscheinen vermittelst eines sehr begünstigten Proceßverfahrens eine für den Realcredit und den Geschäftsverkehr gleich große Bedeutung verschafft.<sup>40)</sup> Im Allgemeinen versteht man darunter eine öffentliche, von der Hypo-

---

wird bei Klagen aus Hypothekenscheinen nicht gehemmt, — — 4) nicht dadurch, daß im Laufe des Proceßes das belastete Gut von dem Beklagten auf einen anderen Eigenthümer übergegangen ist; es kann vielmehr wider den letzteren eine bereits angestellte Klage wegen der Hauptforderung und gesammter Nebenforderungen ohne Unterbrechung fortgesetzt werden.“ — Ob übrigens zur Erreichung des beabsichtigten Zwecks eine solche Personification des Grundbesizes als Surrogat für die Zins- und Pfandgewere des älteren Rechts nothwendig und überhaupt rätlich ist, möchte noch zu bezweifeln sein; s. Band I. §. 66. Note 9.

38) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 482—89. — Baier. Hypothekenges. §. 42. 52. — Württemb. Pfandges. Art. 54. — Großh. Sächf. Pfandges. §. 93. — Königl. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 67—70. — Mecklenburg. Stadtbuchordnung §. 40. —

39) S. oben §. 95. Note 30.

40) Mecklenburg. Stadtbuchordnung §. 32—36. — Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 28—30. Vgl. Trotsche,

thekenbehörde ausgestellte Urkunde, welche das Rechtsverhältniß des eingetragenen Postens, auf welchen sie lautet, mit Rücksicht auf die hypothekarische Sicherheit desselben nach Ausweis des Hypothekenbuchs darlegt. Zweck und Einrichtung sowie die Bezeichnung dieser Urkunden sind aber nach den einzelnen Gesetzgebungen verschieden.<sup>41)</sup>

X. Die Cession. Hier kommt namentlich die Frage in Betracht, ob zur Uebertragung eines eingetragenen Postens die Umschreibung desselben in dem Hypothekenbuche auf den Namen des Erwerbers erforderlich ist, oder auch ohne eine solche Auf-

Materialien zu einem Handbuche des Mecklenburg-Schwerinschen Particularprocesses (Güstrow 1837.) §. 116.

41) Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 301. „Hypothekenscheine sind beglaubte Abschriften von den ein gewisses Grundstück betreffende Folien eines Hypothekenbuchs. §. 302. Sie werden entweder bloß zum Behuf einer daraus zu nehmenden Information gesucht, oder statt der Recognition über eine erfolgte Eintragung auszufertiget.“ Es kommen also alle Einträge, Umschreibungen, Löschungen in den Schein, während in Hamburg der Auszug aus dem Hauptbuch nur eine Uebersicht des gegenwärtigen Zustandes eines Foliums giebt; s. Bornemann a. a. D. S. 46. — Mecklenburg. Stadtbuchordnung §. 23. „Die Eintragung muß jederzeit enthalten: a. die Art der Forderung, wofür Sicherheit bestellt werden soll, b. den Betrag derselben, c. den Namen des Gläubigers, d. den Zinsfuß, e. den Tag der Eintragung. — — §. 24. Ueber jede Eintragung ist ein Hypothekenschein unter dem Stadtiegel und der Unterschrift zweier Rathsmitglieder, oder eines Rathsmitgliedes und des Secretairs, auszufertigen, mit Angabe des nach §. 23. Eingetragenen und der vortretenden oder gleichstehenden Summen und Personal-Servituten. Ueber eine und dieselbe Forderung darf nur ein Schein ausgestellt werden, wenn die Eintragung auch auf mehrere Folien geschehen ist.“ — Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung §. 13. „Ueber jede Eintragung ist ein Hypothekenschein auszufertigen, welchem die betreffende Urkunde anzuhäften ist. Derselbe muß enthalten: die Benennung des Guts, die Angabe der Art der intabulirten Belastung und den Betrag derselben, den Namen des Berechtigten, den Zinsfuß bei zinsentragenden Forderungen, den Tag der Eintragung und die vorgehende und gleichstehende Summe.“ — Vgl. noch Baiern. Hypothekenges. §. 115. 116. 170—76. — Württemberg. Pfandges. Art. 174. 191. — Großherz. Sächs. Pfandges. §. 260. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 191. 195—96.

lassung die Cession vor sich gehen kann. Die neueren Gesetze haben diesen Punkt in der Weise erledigt, daß sie die Eintragung zur Rechtsbeständigkeit der Cession, der die Verpfändung der Hypothek als einer eventuellen Abtretung in der Regel gleichgesetzt ist, an und für sich nicht für nothwendig erklären, dieselbe aber, bis jener Act geschehen ist, als ein rein persönliches Verhältniß zwischen dem Cessionar und dem Cedenten behandeln, und sie erst nach der Umschreibung gegen den Schuldner wie gegen dritte Personen wirksam werden lassen.<sup>42)</sup> Was aber die Form des Verfahrens bei der Eintragung betrifft, so macht sich hier wieder der Gegensatz in der principiellen Auffassung geltend, ob nämlich die Hypothek als ein selbständiges oder nur als ein accessorisches Recht zu betrachten ist. Wo die letztere Ansicht gilt, da muß consequenter Weise der Eintragung der Cession auch eine obrigkeitliche Voruntersuchung über die Rechtsbeständigkeit des Geschäftes vorhergehen<sup>43)</sup>, während die Uebertragung eines selbständigen Anspruches schon durch die Erklärung des Gläubigers veranlaßt werden kann.<sup>44)</sup>

XI. Die Löschung. Die Löschung oder Tilgung im Hypothekenbuch entspricht der Eintragung: sie hebt das durch die letztere erworbene Recht auf. Einige Gesetze bringen diesen Grundsatz jedoch nur insoweit zur Anwendung, als die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs es nothwendig erheischt, indem sie durch Zahlung u. s. w. die Hypothek aufhören und nur in Be-

---

42) Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 199—240. — Baier. Hypothekenges. §. 53. 153—55. — Württemb. Pfandges. Art. 84—85. — Großherz. Sächs. Pfandges. §. 80. 271—77. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 84—85. Vgl. Seuffert, Archiv II. Nr. 146.

43) Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 215 ff.

44) So in Hamburg, s. Bornemann, Preuß. Justiz-Ministerial-Blatt v. 1846. S. 42. 55. In Mecklenburg ist die Cession in unmittelbare Beziehung zu dem Recht der Hypothekenscheine gesetzt worden; s. Stadtbuchordnung §. 26. — Rev. rittersch. Hypothekenordnung §. 17—20.

ziehung auf Dritte diese Thatsache erst nach erfolgter Löschung in Kraft treten lassen.<sup>45)</sup> Nach anderen Rechten dagegen behält die Eintragung bis zur Löschung ihre volle Wirksamkeit; Veränderungen, welche außerhalb des Hypothekenbuchs in dem Rechtsverhältnisse vorgegangen sind, berühren sie nicht unmittelbar, sondern begründen nur einen Anspruch auf die Löschung.<sup>46)</sup> Diese erfolgt auf den Antrag des Schuldners unter Zustimmung

45) Königl. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 100. „Die Hypothek erlöscht: 1) durch Ablauf der Zeit, auf welche sie bestellt war; 2) durch Untergang der Sache (über Brandentschädigungsgelder s. §. 102.). — Württemb. Pfandgef. Art. 125. — Großherz. Sächf. Pfandgef. §. 170—73. 319—23.); 3) durch die gerichtliche Zwangsversteigerung; 4) durch Eintritt einer Resolutivbedingung; 5) durch Entfugung des Gläubigers; 6) durch Tilgung der Schuld; 7) durch Ungültigkeitserklärung der Forderung. §. 124. In den in §. 100. unter 1, 2, 3 bemerkten Fällen erlöscht die Hypothek von selbst alsobald, wie die Ursache des Erlöschens eingetreten ist. In den unter 4, 5, 6, 7 angegebenen Fällen wird die Ursache des Erlöschens vermöge der Deffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs (§§. 22., 23.) in Bezug auf Dritte erst mit der wirklichen Löschung der Forderung im Grund- und Hypothekenbuch wirksam. Diese zuletzt erwähnten Ursachen des Erlöschens sind also nur (?) als Rechtstitel zur Löschung zu betrachten, auf deren Grund letztere auf Antrag eines Betheiligten erfolgen muß. §. 125. Auch ohne Nachweisung einer dieser Ursachen des Erlöschens der Hypotheken kann die Löschung einer — eingetragenen Forderung oder eine Minderung der eingetragenen Summe verlangt werden auf Grund eines rechtskräftigen Erkenntnisses.“ Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 520—31. — Baiern. Hypothekengesetz §. 71—84. — Württemb. Pfandgef. Art. 123—35. — Großherz. Sächf. Pfandgef. §. 157—89. 195—99. — Ueber die Wirkungen der Abschlagszahlung s. Preuß. Hypothekenordnung Tit. II. §. 243. — Baiern. Hypothekengesetz §. 80. — Mecklenb. rev. rittersch. Hypothekenordnung §. 21. Nr. 2.

46) Oesterr. Gesetzb. §. 469. — — „Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekengut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuld-Urkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.“ — Rev. ritterschaftliche Hypothekenordnung für Mecklenburg §. 21. „Mit Ausnahme der Fälle des Concurfes (vgl. §. 31., s. oben Note 30.) erlöscht die Wirkung der Eintragungen nur durch Tilgung. Alle Aufhebungs- oder Erlösungsgründe bewirken nur einen Anspruch auf Tilgung.“ Vgl. Stadtbuchordnung §. 28.

des Gläubigers, welche durch die Einlieferung des Schulddocuments und beziehungsweise des Hypothekenscheins sowie der Quittung dargethan wird.<sup>47)</sup> Ist ein für die Löschung wesentliches Document verloren gegangen und kann nicht wieder ersetzt werden, so wird mittelst der Edictalladung ein Mortificationsverfahren eingeleitet.<sup>48)</sup> — Wo im Fall des Concurfes die Schließung des Folliums (s. oben Note 30.) nicht stattfindet, hören in Folge der vorgenommenen Zwangsversteigerung die eingetragenen Hypotheken entweder von Rechtswegen auf oder werden auf gerichtliche Requisition gelöscht.<sup>49)</sup>

Außer der regelmäßigen Einrichtung der Hypothekenbücher hat man in einigen Staaten noch ein anderes Mittel, den Realcredit zu heben, in Anwendung gebracht, nämlich die Creditvereine. Dieß sind Genossenschaften von Grundbesitzern, meistens einer bestimmten Classe, welche für die auf die Güter der Mitglieder gelegten Schulden bis zu einem gewissen Betrage des Taxwerthes die gemeinschaftliche Garantie übernehmen. Diese Vereine, welche zuerst für den ritterschaftlichen Grundbesitz

47) Pr. Hypothekenordnung Tit. II. §. 244 ff. — Baier. Hypothekenges. §. 158—67. — Großherz. Sächs. Pfandgef. §. 324—28. — Mecklenb. rev. ritterschaftl. Hypothekenordnung §. 21. Wo übrigens die Umschreibung eines Postens auf die Erklärung des Gläubigers erfolgt, wird diese in der Regel auch für die Löschung genügen.

48) Dasselbe ist nicht mit der Amortisation eines eingetragenen Postens, dessen rechtmäßiger Inhaber unbekannt ist, zu verwechseln; letztere gestatten einige Geseze nach dem Ablauf von dreißig Jahren, s. Baier. Hypothekenges. §. 82. — Mecklenb. Stadtbuchordnung §. 29. Nach dem großherzogl. Sächs. Pfandgef. §. 185. 190. erlischt jede Eintragung, wenn sie nicht erneuert worden, nach dem Ablauf von fünfzig Jahren.

49) Ersteres bestimmen: Württemb. Pfandgesetz Art. 129. — Großherz. Sächs. Pfandgef. §. 164. — Königl. Sächs. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 104. (doch setzen die beiden ersteren Geseze Auszahlung des Kaufpreises voraus); — letzteres das Baier. Hypothekenges. §. 164.

in Preußen eingeführt sind<sup>50)</sup>, später aber auch in andern Staaten Nachahmung gefunden haben<sup>51)</sup>, stellen auf ihren Namen, aber unter specieller Verpfändung des Gutes, dessen Eigenthümer den Credit begehrt hat, verzinsliche Pfandbriefe aus, welche in das Hypothekenbuch des belasteten Grundstückes eingetragen werden. Diese Pfandbriefe bieten also die zwiefache Sicherheit der Specialhypothek und der genossenschaftlichen Garantie; sie lauten auf den Inhaber (au porteur) und nehmen an dem allgemeinen Rechtsverhältnisse der auf den Inhaber gestellten Papiere Theil.<sup>52)</sup> — Auch bei Staatspapieren ist diese Form der speciellen Verpfändung einzelner Staatsgüter hie und da zur Anwendung gebracht worden.

### §. 98.

#### III. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Die Grundsätze, welche das ältere deutsche Recht über das Pfandrecht an beweglichen Sachen ausgebildet hatte, wichen in zwei wesentlichen Punkten von denen des römischen Rechts ab, indem nur ein Faustpfand anerkannt wurde und die Pfandsache auf Gefahr des Schuldners stand.<sup>1)</sup> Die letztere Regel, welche aus den allgemeinen Grundsätzen über das Tragen der Gefahr

50) Die Einrichtung rührt von Friedrich dem Großen her, und ist zuerst auf Grund einer Cabinetsordre v. 29. Aug. 1769 für Schlesien zur Anwendung gebracht worden. Die Verfassung der ritterschaftlichen Creditvereine beruht in den einzelnen Provinzen auf besonderen Reglements; seit 1849 hat der ostpreussische und schlesische Creditverein auch bäuerliche Grundstücke in den Verband aufgenommen. Vgl. überhaupt Koch, Lehrbuch des gemeinen preussischen Privatrechts I. §. 388.

51) So in Mecklenburg, Hannover, Baiern, Württemberg, Sachsen; s. Rittermaier, Grundsätze I. §. 270. — Kraut, Grundriß §. 142.

52) Die Pfandbriefe sind ihrem geschichtlichen Ursprunge nach auf die über das Rentengeschäft ausgestellten Handfesten zurückzuführen, welche auch, wie einzelne Beispiele aus dem späteren Mittelalter zeigen, auf den Inhaber ausgestellt werden konnten. S. Koch a. a. D. über die „ledernen Briefe“ in Schlesien. — Duncker, Zeitschrift für deutsches Recht V. S. 32–40.

1) S. oben §. 95. Note 1–4.

in contractlichen Verhältnissen hervorging, hat sich gegen das römische Recht nicht in Geltung erhalten<sup>2)</sup>; ebenso sind die besonderen Vorschriften über den Pfandverkehr und namentlich die Bevorzugung der Juden für denselben neueren Einrichtungen gewichen<sup>3)</sup>, unter denen die öffentlichen Leihhäuser eine eigenthümliche Stellung einnehmen, welche jedoch nach den particularrechtlichen Bestimmungen und zum Theil nach besonderen Privilegien zu beurtheilen ist.<sup>4)</sup> Dagegen ist der Grundsatz des älteren Rechts, daß an beweglichen Sachen nur ein Faustpfand bestellt werden kann, nach vielen Particularrechten in Kraft geblieben oder wieder eingeführt worden<sup>5)</sup>, und wenn daneben ein stillschweigendes Pfandrecht ohne Besitz zugelassen ist, findet es sich meistens auf wenige Fälle beschränkt.<sup>6)</sup>

I. Im Allgemeinen ist zur Bestellung eines Faustpfandes die Uebertragung des körperlichen Besitzes der Sache erforderlich, wobei es genügt, daß dem Gläubiger die Möglichkeit der unmittelbaren Einwirkung auf die Sache gegeben ist. Bei der Verpfändung von Werthpapieren und Forderungen genügt die Uebergabe der betreffenden Urkunde.<sup>7)</sup>

2) Churfächf. Constitutionen P. II. const. 26. — Frankf. Reformation Th. II. Tit. 17. §. 4. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 121–22. — Oesterr. Gesetzb. §. 459–60. Vgl. Stryck, Usus mod. pandect. XX. 1. §. 5.

3) Sächf. Landr. B. III. Art. 7. §. 4. — R. P. D. v. 1577. Tit. 20. §. 2. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 263–70.

4) Vgl. oben §. 86. Note 20. — Strippelmann, neue Sammlung IV. Nr. 29.

5) Rev. Lüb. Recht B. III. Tit. 4. Art. 5. — Churfächf. erläut. Proceßordnung ad tit. XLIV. §. 2. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 71. 94. — Oesterr. Gesetzb. §. 451. — Baier. Hypothekengesetz §. 3. — Württemb. Pfandgesetz Art. 3. 245. — Bremer Erbes- und Handfesten-Ordnung §. 127. — Großherz. Sächf. Pfandgef. §. 3. 5. 57. 58. — Couchay, Anmerkungen zu der Frankfurter Reformation I. S. 384. 412.

6) Bremer Erbes- und Handfesten-Ordnung §. 134. — Koch, Lehrbuch des preussischen gemeinen Privatrechts I. §. 382. Nr. II.

7) Churfächf. erl. Proceßordnung a. a. D. „In rebus mobi-

II. In neueren Gesetzbüchern ist auch bei dem Faustpfande die symbolische Tradition zur Anwendung gebracht worden, und zwar im österreichischen Gesetzbuche genau nach Analogie der für die Eigenthumsübertragung aufgestellten Vorschriften.<sup>8)</sup> Das preussische Landrecht dagegen hat diese Einrichtung für das Pfandrecht besonders ausgebildet, und verlangt hier außer der symbolischen Tradition, welche regelmäßig in der Uebergabe

---

libus aber ist weder eine gerichtliche, noch außergerichtliche Verschreibung von einiger Wirkung, sondern es hat allein derjenige, dem ein Pfand zugleich übergeben worden, wann er es wirklich in Händen hat, gestalt ein *constitutum possessorium*, oder eine *Traditio ficta*, hiebey keinesweges zu attendiren, ein *jus reale* dergestalt daran erlanget, daß er vor allen andern, so nicht zur ersten Classe gehören, davon zu befriedigen. So wird auch an außenstehenden Capitalien und Forderungen weder durch eine *Inhibition* oder ein *Praeceptum de non solvendo*, noch durch eine bloße Verschreibung, wenn nicht das *Document loco pignoris* mit übergeben — ein *jus reale* erlanget.“ — Bremer Erbe- und Handfestenordnung §. 128. „a. Die Uebergabe muß so geschehen, daß die Sache in den körperlichen Besitz des Gläubigers gelangt, sei es nun, daß dieser solche wirklich ergreift, oder daß er zu einer unmittelbaren Einwirkung auf dieselbe in den Stand gesetzt wird. — — d. Die bloße Ueberlieferung der das Recht des Schuldners an dem zu verpfändenden Gegenstande nachweisenden Urkunden an den Gläubiger bewirkt den Uebergang des Besitzes nicht, ausgenommen in folgenden Fällen: 1) bei Verpfändungen von Conoffementen, von Actien in Affecuranz- und ähnlichen Compagnien, so wie von auf den Inhaber lautenden Urkunden; 2) bei der Verpfändung einer Forderung des Schuldners.“ — Großherz. Sächf. Pfandgesetz §. 58. — — „Gerichtliche Verwahrung der Pfandstücke für den Gläubiger ist dem eigenen Besitze des letzteren hinsichtlich des Pfandrechts gleich zu achten.“ — Württemb. Pfandges. Art. 248. — In Bremen giebt jedoch die Verpfändung beweglicher Sachen ohne Besitzübertragung unter gewissen Voraussetzungen ein Vorzugsrecht bei der Execution und im Concurs, insofern sie dann noch als Vermögenstheile des Schuldners vorhanden sind; s. Erbe- und Handfesten-Ordnung §. 130—32.

8) Oesterr. Gesetzb. §. 452. „Bei Verpfändung derjenigen beweglichen Sachen, welche keine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand zulassen, muß man sich, wie bei der Uebertragung des Eigenthumes (§. 427.), solcher Zeichen bedienen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann.“ Vgl. oben §. 87. Note 1.



bestimmter Urkunden besteht, noch andere Erfordernisse<sup>9)</sup>; auch kommen je nach dem Gegenstande einer solchen Verpfändung noch besondere Bestimmungen vor.<sup>10)</sup>

III. Ob und inwieweit die Regel: Hand wahre Hand bei der Pfandklage des Gläubigers gegenwärtig noch zur Anwendung kommt, ist nach der Stellung der Lehre in den Particularrechten zu entscheiden; im Allgemeinen gilt hier dasselbe Recht wie bei der Vindication beweglicher Sachen.<sup>11)</sup>

---

9) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 271. „Verpfändungen durch symbolische Uebergabe finden nur bei Sachen statt, wo entweder die Natur des Gegenstandes keine eigentliche körperliche Uebergabe zuläßt, oder wo die Gesetze die Parteien ausdrücklich davon dispensiren. §. 272. Aber auch bei solchen Sachen kann die Verpfändung ohne körperliche Uebergabe nur insofern mit rechtlicher Wirkung erfolgen, als ihr Besitz auf den Pfandgläubiger durch solche Zeichen übertragen werden kann, aus welchen diese mit dem Besitze vorgefallene Veränderung auch für andere, außer den contrahirenden Parteien, ersichtlich ist. §. 273. Es muß also in einem solchen Falle, nicht nur eine schriftliche Erklärung des Schuldners, den Besitz dem Gläubiger übertragen zu wollen, entweder im Pfandvertrage selbst, oder in einer eignen Urkunde vorhanden sein; sondern auch eine symbolische Uebergabe hinzukommen. §. 274. Es müssen aber auch noch außerdem zwischen dem Verpfänder und Pfandgläubiger solche Maßregeln genommen werden, daß kein dritter, ohne eigenes grobes Versehen, verleitet werden könne, zu glauben, als ob dem Verpfänder über die Sache und deren Besitz annoch die freie Disposition zustehe.“

10) Es wird gehandelt a. a. D. §. 281—98. von der Verpfändung ausstehender Forderungen, §. 299—328. von der Verpfändung von Frachtschiffen, §. 329—66. von der Verpfändung von Kaufmannswaaren, insbesondere §. 367—73. bei eingehenden, §. 374—79. bei ausgehenden Waaren, §. 380—89. bei Verpfändungen an die Bank. Vgl. im Allgemeinen Koch, Lehrbuch I. §. 381—86.

11) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 118. „So lange er (der Pfandinhaber) sich dieses Besitzes nicht freiwillig begeben hat, ist er befugt, das ihm entzogene Pfand von einem Jeden, auch von dem Schuldner selbst, zurückzufordern. §. 119. Doch findet diese Rückforderung gegen einen dritten reblichen Besitzer nur unter eben den Umständen und Bestimmungen statt, unter welchen der Eigenthümer seine Sache von einem solchen Besitzer vindiciren kann.“ Vgl. oben §. 86.

---

## Sechstes Kapitel.

### Das Lehenrecht.

#### §. 99.

##### Einleitung.

Die Frage, ob es zweckmäßiger sei, das Lehenrecht als eine besondere Lehre selbständig zu behandeln, oder es dem Systeme des deutschen Privatrechts als einen Bestandtheil desselben einzufügen<sup>1)</sup>, wird verschieden beantwortet werden müssen, je nachdem man die Aufgabe, welche durch die Darstellung dieses Rechtsinstituts gelöst werden soll, weiter oder enger faßt. Kommt es nämlich darauf an, das Lehenrecht in seinem geschichtlichen und dogmatischen Zusammenhange vollständig zu entwickeln, und es nach allen Richtungen, in denen es seine Wirksamkeit ausgebehnt hat, zu verfolgen, ohne Rücksicht auf den Umfang und die Bedeutung seiner gegenwärtigen Geltung; so wird eine so umfassende und selbständige Behandlung der Lehre nöthig werden, daß sie in das System einer andern Disciplin, und auch in das des Privatrechts nicht wohl aufgenommen werden kann. Denn es hat eine Zeit gegeben, wo fast alle Zweige des öffentlichen Rechts den Grundsätzen des Lehenrechts unterworfen waren, und die Bedeutung desselben sich weit über die Grenzen des Sachenrechts erstreckte. Nun läßt sich freilich nicht behaupten, daß diese weitgehende Einwirkung feudaler Institutionen spurlos aus dem heutigen Rechte verschwunden sei. Das Erbrecht der Familien des hohen Adels mit Einschluß der Thron-

---

1) Weitläufiger handelt über diese Streitfrage Dieck, Zeitschrift für deutsches Recht III. S. 160—92. Mit einem rührenden Eifer nimmt sich hier der jetzt verstorbene Verfasser, einer unserer letzten gelehrten Feudalisten, der von ihm mit besonderer Vorliebe gepflegten Wissenschaft des Lehenrechts an.

folge in den souveränen Häusern und selbst die besondere Succession in Familienfideicommissen wird sich ohne die Herbeiziehung lehenrechtlicher Grundsätze wissenschaftlich nicht entwickeln lassen, und auch sonst kommen noch hie und da Fragen vor, welche ein solches Zurückgehen auf das Lehenrecht nothwendig machen. Die Grundsätze, auf welche es hier ankommt, hängen aber durchweg gerade mit derjenigen Seite der Lehre zusammen, welche auch für das Privatrecht von überwiegendem Interesse ist, nämlich mit der beschränkten Veräußerlichkeit und der Vererbung der Lehengüter, und wenn diese daher ihre principielle Darstellung findet, so wird sich das auch für andere Rechtstheile fruchtbar erweisen.

Ueberhaupt aber darf nicht verkannt werden, daß die Bedeutung des Lehenwesens für das deutsche Staatsrecht schon seit längerer Zeit und vornämlich seit dem westphälischen Frieden nur gering war und mehr der Form als der Wirklichkeit nach bestand. Tritt dieß auch besonders deutlich in Betreff der Reichsverfassung hervor; so verhält es sich doch auch mit dem Territorialstaatsrecht im Wesentlichen nicht anders; die ganze Entwicklung der modernen Gesellschaft, welche im Staate nach den ihr gemäßen Formen rang, wandte sich vom Lehenrecht ab, welches nur noch im Herkommen eine schwache Stütze fand. Wie sollte auch eine Institution Kraft und Leben behalten haben, deren eigentliche Grundlage — der Ritterdienst und die Lehentreue — in die allgemeine Bürger- und Unterthanenpflicht aufgegangen war! Dieser Widerspruch zwischen der Form und dem Wesen der Sache macht das Studium des Lehenrechts, abgesehen von seinem geschichtlichen Interesse, für den an eine consequente Entwicklung gewöhnten Juristen im Allgemeinen so unerquicklich, indem er stets auf Folgerungen aus Principien, welche keine Wahrheit mehr haben, hingewiesen wird. Selbst das praktisch wichtigste Moment der ganzen Lehre, die Beschränkung der Veräußerung und der Vererbung, hat seine rechtliche Begründung nicht, wie bei anderen Instituten des Adelsrechts,

in einem nach Standesrückfichten bestimmten Familieninteresse, sondern dieses lehnt sich nur an die Norm der Verleihung an, welche dem Lehenherrn den dienstfähigen Mann zu sichern bestimmt war. Wenn man es daher auch für angemessen halten sollte, gewisse Familien durch besondere gesetzliche Anordnungen in dem Besitze ihrer Güter zu schützen, so bietet nicht das Lehenrecht die richtige Form für solche Einrichtungen dar; dasselbe hat sich in jeder Hinsicht überlebt, und wird auch in Deutschland nicht lange mehr zu den geltenden Rechtsinstituten gehören.

## §. 100.

## Quellen und Literatur.

Auf die Entwicklung des deutschen Lehenrechts ist es von entscheidendem Einfluß geworden, daß eine fremde Rechtsquelle für dasselbe Geltung erhalten hat, nämlich das longobardische Lehenrecht, *liber feudorum, usus s. consuetudines feudorum*. Diese Sammlung, deren Geschichte in neuerer Zeit gründlich untersucht worden<sup>1)</sup>, ist im 12. Jahrhundert in Oberitalien entstanden und aus mehreren Bestandtheilen: selbständigen Aufsätzen, Rechtsgewohnheiten, Kaisergesetzen zusammengesetzt. Um das Jahr 1166 in Bologna bekannt geworden, hat man sie hier zum Gegenstande wissenschaftlicher Bearbeitung gemacht und als *collatio decima* den Novellen angehängt. Die *litera vulgata* und die Glosse umfassen aber nur die beiden ersten Bücher bis II. F. 58; die übrigen Zusätze (*capitula extraordinaria*), von *Cujacius* der Sammlung angereicht<sup>2)</sup>, haben in

1) Paetz, *de vera librorum juris feudalis longobardici origine*. Goett. 1805. 4. — G. F. Dieck, *Literärsgeschichte des longobardischen Lehnrechts bis zum 14. Jahrhundert*. Halle 1828. — G. A. Lasparyes, *über die Entstehung und älteste Bearbeitung der libri feudorum*. Berlin 1830. — Eichhorn, *Staats- und Rechtsgesch.* II. §. 278. — Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 12. — Kraut, *Grundriß* §. 23.

2) Th. Hagemann, *Einleitung in das gemeine in Deutschland übliche Lehnrecht* §. 71. — Dertloff, *Grundzüge* §. 47. Note 87.

Deutschland keine gesetzliche Kraft erlangt. Diese beruht, insofern sie überhaupt besteht, auf der Reception des *corpus juris civilis*, welche sich auch auf den *Liber feudorum* als dessen Anhang erstreckte, und als ein Ergebniß des Gewohnheitsrechts betrachtet werden muß.<sup>3)</sup>

Die älteren deutschen Feudalisten entwickelten die Theorie des Lehenrechts fast ausschließlich nach den Grundsätzen dieser fremden Rechtsquelle, indem sie nur, wie im Civilrecht, auf die Glosse und die spätere italienische Jurisprudenz die gebührende Rücksicht nahmen. Als Vertreter dieser Richtung sind außer U. Zasius, H. Vultejus und den Commentatoren des longobardischen Lehenrechts F. Schenk von Tauffenberg, J. F. Rhetius und Casp. Bitsch<sup>4)</sup> zu nennen:

Ludolph. Schrader, *tractatus feudalis — opera Jo. Brandis*. 2 tom. Francof. ad M. 1594 fol.

H. a Rosenthal, *tractatus et synopsis totius juris feudalis*. Spirae 1597 fol. und öfter.

Doch zeigte sich auch in dieser Lehre bald das Bedürfniß, neben dem fremden Recht die einheimischen Quellen zu berücksichtigen und besonders auf die Bestimmungen der Rechtsbücher so wie auf das Reichslehenrecht und die einzelnen Particularrechte einzugehen. Den ersten Anstoß gaben auch hier die sächsischen Juristen, vornämlich Hartmann Pistoris (*opera omnia* 2 voll. Lipsiae 1621. 1679 fol.) in seinen ausgezeichneten Quaestionen, während Joh. Schilter dieser Richtung in seinem Commentar über das schwäbische Lehenrecht (Argentor. 1696. 4. edit. II. 1728 fol.), der freilich durch Homyer's

---

3) S. oben Band I. §. 9. — Die ursprüngliche Natur dieser Sammlung als einer Privatarbeit ist also für die rechtliche Wirkung der Reception ohne Einfluß, was nicht immer gehörig anerkannt wird; s. z. B. J. A. Kopp in den beiden Vorberichten zu den außerlesenen Proben des Teuttschen Lehenrechts. Vgl. J. E. de Westphalen, *de fatis atque usu studii juris feudalis in Germania bei Jenichen*, *thesaurus jur. feud.* I. p. 133—88.

4) Vgl. Weber, *Handbuch* I. S. 315.

Bearbeitung des sächsischen Lehenrechts weit übertroffen ist, — eine allgemeinere Anerkennung verschaffte. Gleichzeitig wurde auch auf die Sammlung der Quellen des einheimischen Lehenrechts ein größerer Fleiß verwandt.

### I. Quellenfassungen.

Die Ausgaben der deutschen Rechtsbücher sind oben Band I. S. 190 ff. angegeben; die longobardische Quelle findet sich in den Ausgaben des *corpus juris civilis* abgedruckt, von denen in der folgenden Darstellung die Kriegel'sche benutzt ist, während das schwäbische Lehenrecht nach der Ausgabe von Laßberg citirt wurde. Außerdem sind noch besonders zu nennen:

J. Ch. Lünich, *corpus juris feudalis germanici*. 3 tom. Francof. 1727 fol.

H. Ch. Senckenberg, *corpus juris feudalis germanici*. Gießen 1740. 2. Aufl. durch J. F. Eisenhart. Halle 1772.

### II. Selbständige Werke.

G. A. Struvius, *syntagma juris feudalis*. Jen. 1653. und öfter.

C. H. Hornius, *jurisprudencia feudalis*. Witteb. 1695. und öfter.

J. Schilter, *institutiones juris feudalis*. Argentor. 1695. und öfter.

Dazu als Commentar, aber nicht vollendet:

F. L. von Buri, ausführliche Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehenrechts. Gießen 1732 - 38. 4. Letzte Ausgabe mit Anmerkungen von J. F. Runde. Gießen 1788.

G. L. Boehmer, *principia juris feudalis*. Goett. 1765. edit. 8. cur. A. Bauer 1819.

Schnaubert, Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehenrechts in einem Commentar über die Böhmerschen *principia juris feudalis*. 2. Aufl. Braunschweig 1791. 4. (geht bis §. 158.)

J. h. Hagemann, Einleitung in das gemeine in Deutschland übliche Lehenrecht. 3. Aufl. Hannover 1801.

R. W. P ä ß, Lehrbuch des Lehnrechts, herausgegeben und vollendet von Chr. A. G. Goede. Göttingen 1808. und öfter (ausgezeichnet durch Gründlichkeit und Klarheit).

G. M. Weber, Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts nach den Grundsätzen Georg Ludwig Böhmers. 4 Thle. Leipzig 1807—11.

E. F. Dieck, das gemeine in Deutschland gültige Lehnrecht im Grundrisse mit beigefügten Quellen. 2. Aufl. Halle 1827.

Ph. J. Mayr, Handbuch des gemeinen und Bayerischen Lehnrechts. Landshut 1831.

Außerdem ist das Lehenrecht abgehandelt in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts von Eichhorn, Phillips, Gerber, Hillebrand und in den Grundrissen von Ortloff und Kraut.

### III. Sammlungen von Abhandlungen.

#### a. Von denselben Verfassern:

J. A. Kopp, auserlesene Proben des Teutschen Lehnrechts. 2 Thle. Marburg 1739—46. 4.

Ph. W. Gerken, vermischte Abhandlungen aus dem Lehn- und deutschen Rechte. 3 Thle. Leipzig 1771—81.

J. G. Bauer, opuscula academica, cur. H. G. Bauer. 2 tom. Lips. 1787. 4. (der zweite Theil handelt vom Lehenrecht).

J. L. E. Püttmann, observationes juris feudalis. Lips. 1783.

G. L. Boehmer, observationes juris feudalis. Goett. 1764. ed. II. 1784.

— — Electa juris feudalis. 2 tom. Lemgov. 1795.

J. Fr. Kunde, Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände. 2 Bde. Göttingen 1799. 1802.

B. W. Pfeiffer, Abhandlungen in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 386—651.

## b. Von verschiedenen Verfassern:

G. A. Jenichen, thesaurus juris feudalis. 3 tom. Francof. ad M. 1750—54. 4.

R. F. Zepernick, Sammlung auserlesener Abhandlungen aus dem Lehnrechte. 4 Theile. Halle 1781—83.

— — Analecta juris feudalis. 2 tom. Halae 1783. 84.

— — Miscellaneen zum Lehnrechte. 4 Bde. Halle 1791—94.

## IV. Reichslehenrecht.

Lünich, corpus jur. feud. tom. I. p. 1—1388.

J. W. Itter, de feudis imperii. Norimb. 1714 u. öfter.

S. S. Moser, Einleitung zu dem Reichshofrathsproceß. Th. 3 und 4. Frankf. und Leipzig 1734 ff.

— — von der deutschen Lehnsverfassung. Frankf. und Leipzig 1774. 4.

Die älteren Entscheidungen des Reichslehenhofs finden sich bei Pertz, Monumenta im zweiten Theile der Leges.

V. Particularrechte. <sup>5)</sup>

## 1) Oesterreich.

J. B. v. Heintze, Handbuch des niederösterreichischen Lehenrechts. 2 Theile. Wien 1812.

— — kurze Darstellung des in den österreichischen deutschen Erbstaaten üblichen Lehenrechts. Wien 1813.

## 2) Preußen.

Allg. Landrecht, Th. I. Tit. 18. §. 13—679.

R. F. Terlinden, Grundsätze des heutigen gemeinen preussischen Lehnrechts. Halle 1796.

Ch. H. von Schweder, Anmerkungen über die Hinter-Pommersche Lehns-Constitution. Rostock und Wismar 1755. 4.

5) Viel Material ist abgedruckt bei Lünich, corpus jur. feud. tom. I. p. 1389—2064. tom. II. und III. Vgl. Hagemann, Einleitung §. 103—71. — Weber, Handbuch I. S. 384—409.



Zettwach, das Pommerſche Lehnrecht nach ſeinen Abweichungen von den Grundſätzen des Preußiſchen Allgemeinen Landrechts. Leipzig 1832.

Wegen der übrigen Provinzialrechte ſ. v. Kämpf, die Provinzial- und ſtatutarischen Rechte in der Preußiſchen Monarchie. 3 Theile. Berlin 1826—28.

### 3) Königreich Sachſen.

Außer dem gemeinen Sachſenrechte, welches auch für das Lehenweſen eine ausgebreitete Geltung hatte<sup>6)</sup>, iſt hier zu bemerken:

Churfächſiſches Mandat, wie es mit Suchung und Renovation der Lehen und Mitbelehnſchaften, auch ſonſt in Lehnſachen gehalten werden ſoll, v. 30. Apr. 1764.

Abgedruckt als Anhang III. bei

K. S. Zachariä, Handbuch des Königlich Sächſiſchen Lehnrechts. 2. Ausgabe herausgegeben von Ch. E. Weiße und F. A. v. Langenn. Leipzig 1823.

### 4) Baiern.

Königlich Baieriſches Lehenedict v. 7. Juli 1808.

Das Geſetz iſt abgedruckt bei Weber, Handbuch Th. IV. S. 757—78, und in den beiden letzten Theilen dieſes Werkes, ſowie in dem Handbuche von Mayr, wo es ſich gleichfalls im Anhange abgedruckt findet, erörtert worden.

### 5) Hannover.

Geſetz über die Ablösbarkeit des Lehnverbandes, die Verhältnisse bleibender Lehen und die Errichtung von Familienfideicommiſſen v. 13. Apr. 1836. (Geſ. Sammlung v. 1836. Abth. I. S. 33—50.)

Fr. B. Greſe, Leitſaden zum Studium des Hannoverſchen Privatrechts II. §. 56—63.

6) S. oben Band I. §. 45. Note 13.

## 6) Württemberg.

A. L. Reyscher, das gemeine und württembergische Privatrecht. 2. Aufl. II. §. 348—94.

## 7) Baden.

Fünftes Constitutions=Edict die Lehenverfassung des Großherzogthums Baden betreffend, v. 12. Aug. 1807, abgedruckt bei B. F. v. Pfizer, die Lehenfolge (Ulm 1818) Beil. 3.

## 8) Mecklenburg.

Landesgrundgesetzlicher Erbvergleich von 1755. §. 434—73.

P. Tornovius, de feudis meclenburgicis eorumque jure. 2 tom. Gustavoviae et Lips. 1708—11. 4.

## 9) Sachsen=Gotha.

Lehnsmandat v. 6. Jan. 1800, in den R. Beifügen zur L. D. Zus. Nr. 73.

## 10) Sachsen=Altenburg.

Lehnsmandat v. 5. Juni 1795, in der dritten Sammlung verschiedener — — Gesetze S. 537 ff.

---

Die allgemeine Lehre von den Rechtsquellen gilt auch für die des Lehenrechts; besonders hervorgehoben pflegt nur das jus curiae feudalis zu werden, welches die an einem bestimmten Lehenhofe gültigen Rechtsnormen befaßt.<sup>7)</sup> Durch die Verschmelzung der Lehenherrschaft mit der Landeshoheit ist in den meisten Fällen dieses Lehenhofrecht in den allgemeinen Begriff des Particularrechts aufgegangen; wo das nicht geschehen, kommen die

---

7) Zu eng faßt Eichhorn, Einleitung §. 25. den Begriff, wenn er nur das durch Privatwillkühr festgestellte Recht unter dem jus curiae feudalis versteht.

gewöhnlichen Grundsätze über die Geltung specieller Rechtsquellen und die Zulässigkeit der Privatwillkühr in Rechtsgeschäften zur Anwendung. Selbst dann, wenn Staatslehen in einem fremden Gebiete liegen (*seuda extra curtem* im Gegensatz zu den *seudis in curte*), findet nur insofern ein abweichendes Verhältniß statt, als in einem solchen Fall eine Collision der Rechtsquellen eintreten kann, welche aber nach den allgemeinen Regeln zu beurtheilen ist.<sup>8)</sup> Ein besonderes Recht für diesen Collisionssfall und namentlich im Allgemeinen den Vorrang des *jus curiae feudalis* vor dem *jus feudi siti* anzunehmen, ist nicht richtig, zumal nach dem im heutigen Recht durchgeführten Princip der Territorialität.<sup>9)</sup> Uebrigens ist die ganze Streitfrage nur noch von geringer practischer Bedeutung, da eine solche Mischung der Hoheitsrechte in neuerer Zeit durch die Aufhebung der Lehensherrschaft im fremden Staatsgebiet durchweg beseitigt worden ist.<sup>10)</sup>

### §. 101.

#### Begriff und Eigenschaften der Lehen.

Die Hingabe eines Gutes gegen gewisse, von dem Empfänger zu entrichtende Leistungen ist ein so allgemeines Rechtsgeschäft, daß noch andere sehr bestimmte Merkmale hinzukommen müssen, wenn das Lehen als selbständiges Institut davon ausgeschieden werden soll.<sup>1)</sup> Betrachtet man nun das letztere in

8) Vgl. oben Band I. §. 38. 39. und Eichhorn, Einleitung §. 38. — Phillips, Grundsätze II. §. 199. Auch Schnaubert, Erläuterung S. 57—62. stimmt hiermit im Wesentlichen überein.

9) Abweichende Ansichten s. bei G. L. Boehmer, *electa juris feudalis* I. ex. 1. De decisione causarum feudalium secundum jus curiae. — Weber, Handbuch I. S. 285—303.

10) Preßburg. Frieden Art. 15. — Rheinbundsacte Art. 34. — Wiener Congreßacte Art. 18. 19. Vgl. Klüber, öffentliches Recht §. 541. — Ortloff, Grundzüge §. 53. 169.

1) Len, Lehen bedeutet das geliehene Gut, aber auch das dem Beliehenen daran zustehende Recht, s. Homeyer, Sachsensp. II. 2. S. 277.,

seiner geschichtlichen Ausbildung und thatsächlichen Bedeutung, so ist es klar, daß sich in demselben eine politisch-militairische Einrichtung darstellt, welche den Ritterdienst und die Treue an das sachliche Band der Lehengewere knüpfte.<sup>2)</sup> Dieß sind die entscheidenden Momente, welche das Wesen des Verhältnisses bestimmen, und welche man daher als dessen wesentliche Eigenschaften bezeichnen kann. Indessen wurde schon im Mittelalter durch die Ausdehnung der lehenbaren Gegenstände der Begriff des Lehen erweitert; auch konnten statt der Kriegs- und Hofdienste andere Pflichten einer amtlichen Beschäftigung, die früher regelmäßig von Ministerialen versehen wurden, übernommen werden, und selbst in den Kreisen des bäuerlichen Besitzes sind die Formen des Lehenrechts zur Anwendung gekommen.<sup>3)</sup> Doch hat man in letzterer Beziehung für das gemeine Recht eine

---

und steht mit dem Ackermaß Lehen, *lanuus* (s. a. a. D. S. 272.) in keiner Verbindung. Der Ausdruck *feudum*, der seit dem 12. Jahrhundert statt *beneficium* gebraucht ward, bezieht sich nur auf das Gut, und ist nicht mit dem Feudisten (II. F. 3. §. 3.) von *fides* oder *fidelitas*, sondern von *feo*, goth. *faihu* Vieh, Geld, Gut, Gabe, abzuleiten; s. a. a. D. S. 274—76.

2) II. F. 23. §. 1. — — *beneficium — ex benevolentia ita datur alicui, ut proprietas quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remaneat, ususfructus vero illius rei ita ad accipientem transeat, ut ad eum heredesque suos masculos sive foeminas, si de his nominatim dictum sit, in perpetuum pertineat ad hoc, ut ille et sui heredes fideliter domino serviant.* — Glosse zum Sächsl. Lehenr. Art. 1. (Sommer II. 1. S. 73.) „Merke was lenrecht ist und auch lengut anderes nicht dan die gülde (das Einkommen), die von des riches oder von der herren eigen gefellet, das dan gelegen wirt der ritterschaft durch ihrer manschaft (gelobten Treue) willen, davor er dienen mus.“ — Dagegen bestimmt das Pr. A. L. R. Th. I. Lit. 18. §. 13. „Eine Sache, deren nußbares Eigenthum Jemand unter der Bedingung einer dem Obereigenthümer zu beweisenden besonderen Treue, gegen den von diesem ihm zu leistenden Schutz besißt, wird ein Lehn genannt.“

3) Schon das Schwäb. Lehenrecht faßte den Begriff des Lehen sehr weit, obgleich es vom Zinslehen bestimmt: Cap. 28. „Ewa man jergeliches zins von git, daz ist niut reht lehen.“ Vgl. Meyser II. §. 356. 57.

gewisse Grenze festgehalten, und die Bauernlehen meistens nur als dem Lehen verwandte Güterarten (*seudastra*) gelten lassen.<sup>4)</sup> Dem Lehenrecht in der Regel fremd und als *Allodien* zu betrachten sind dagegen die mysteriösen *Sonnenlehen*.<sup>5)</sup>

Man hat sich indessen in der Theorie nicht begnügt, die wesentlichen Eigenschaften des Lehens, soweit die Natur der Sache es zuließ, genau zu bestimmen, sondern ihnen auch noch die natürlichen und zufälligen Eigenschaften gegenübergestellt.<sup>6)</sup> Unter den ersteren versteht man diejenigen Bestimmungen, welche der regelmäßigen Natur des Lehens entsprechen, so daß es eines besonderen Rechtsfahes oder einer gültigen Privatberebung bedarf, um sie auszuschließen; es gehören z. B. die Bevorzugung des Mannsstammes in der Erbfolge, die Veräußerungsbeschränkungen dahin. Zufällige Eigenschaften des Lehens sind dann solche, welche im Gegensatz zu den natürlichen, z. B. bei dem *Weiberlehen*, oder außerhalb der gesetzlichen Bestimmungen fest-

4) Buri, Erläuterung des Lehnrechts II. S. 3—647. — Ortloff, Grundzüge §. 168. Note 39. — Eichhorn, Einleitung §. 192. — Doch herrscht hier keine volle Uebereinstimmung; auch ist es unzweifelhaft, daß die allgemeinen Regeln des Lehnrechts, insbesondere über die Erbfolge bei den zu rechten Mannlehen verliehenen Bauerngütern Anwendung finden; s. Weber, Handbuch II. S. 15. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 414.

5) Schoppius bei Struv. *jus feud.* §. 13 a. G. „Das Stammshaus Werberg und Güter ist nebst andern Lehnstücken der Herrn von Werberg bei Helmstett uhralt Eigenthum gewesen. Es hat aber solches der Senior gegen der Sonnen Aufgang mit Harnisch und bloßen Schwert anreitend, und ein Kreuzstrich in der Sonnen Strahlen schlagend, *addita quadam devotione et pauperibus eleemosynis datis, a Deo recognosciret.*“ Vgl. J. Grimm, *R. A.* S. 278—80. — Kraut, *Grundriß* §. 233. — Sachsse, *historische Grundlagen* S. 425. und über eine besondere Art der Sonnenlehen in Sachsen Zacharia, *Handbuch*, Anhang II. §. 4. Note 1.

6) J. J. Helfferich, *de essentialibus, naturalibus et accidentalibus feudi* bei Zepernick, *analecta* I. obs. 1. p. 1—5. — Christ. L. B. a Wolff, *de notione substantialium, naturalium et accidentalium feudi* bei Zepernick, *Sammlung auserles. Abhandlungen* IV. Nr. 23. S. 352—76. — Päß, *Lehrbuch* §. 23—27. — Pfeiffer in Weiske's *Rechtslexikon* VI. S. 390—92.

gestellt sind.<sup>7)</sup> Ein Lehen, bei welchem eine solche Abänderung der natürlichen Eigenschaften (Impropriät) nicht stattgefunden hat, heißt eigentliches Lehen, *feudum regulare, rectum, proprium*, das Gegentheil uneigentliches Lehen, *feudum irregulare, improprium*.<sup>8)</sup> Eine Impropriät wird nicht vermuthet, und wenn sie in einer Beziehung nachgewiesen ist, berechtigt das noch nicht zu einem Schluß auf andere Abweichungen.<sup>9)</sup> Dies gilt auch vom Erblehen. Die älteren deutschen Rechtsquellen verstehen darunter das in den Erbgang gekommene Lehen<sup>10)</sup>, also das altväterliche (*feudum paternum, hereditarium*), von welchem sich das Neulehen (*feudum novum*) unterscheidet. Die spätere Theorie hat aber mit Rücksicht auf die Lehenfolge das Erblehen in einem ganz anderen Sinne ausgebildet und es dem Stammlehen (*feudum ex pacto et providentia majorum*) gegenübergestellt.<sup>11)</sup>

Den allgemeinen Gegensatz gegen das Lehen bildet nun

7) II. F. 2. §. 3. *Praeterea si aliquis tenor praeter communem feudi rationem in investitura a domino dicatur intervenisse — — omni facultate domino adempta, habeat vasallus potestatem defendendi se per sacramentum. Item si vasallus pactum speciale contra feudi consuetudinem allegat, veluti de filiarum successione, liceat ei tenorem, si potest, sicut investituram probare; quodsi in probatione defecerit vel cessaverit, concedatur domino hoc denegare juramento praestito.*

8) Weber, Handbuch II. S. 22–26. — Eichhorn, Einleitung §. 193. — Abweichend von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche wird jedoch das uneigentliche Lehen zuweilen in dem Sinne von Feudbater genommen; s. v. Braun, Gedanken über die Lehre von den uneigentlichen Lehen, bei Zepernick, Sammlung III. Nr. 9. S. 161–226. — Badisches Lehenedict §. 2.

9) Eichhorn a. a. O. Gilt jedoch im Particularrecht eine Impropriät als Regel, so kommt sie natürlich im Bereiche ihrer Herrschaft ohne weitere Beweisführung zur Anwendung.

10) Sächs. Lehenr. Art. 37. §. 1. „Let die vader sine sone gut up vor sine herren, ervelen ne hevet die sone dar an nicht, al was it fines vader, wende't up ine nicht geerst n'is. Swie sin ervelen uplet unde it anderwerve untweit, ervelene's ne hevet he dar nicht an.“

11) Hartm. Pistoris, quaestion. jur. II. qu. 1. 2. — Eichhorn, St. u. R. G. IV. §. 566. Das Nähere im Erbrecht.

das Allod.<sup>12)</sup> Wird unter den Betheiligten darüber gestritten, ob ein Gut Lehen oder Allod sei, so kommen die allgemeinen Regeln über die Beweislast zur Anwendung; die in der Eigenthümlichkeit des deutschen Processes begründeten Vorschriften des älteren Lehenrechts über die Beweisführung<sup>13)</sup> können gegenwärtig nicht mehr maassgebend sein. Eine Vermuthung für das Allodium und gegen die Lehenqualität ist jedenfalls nicht unbedingt anzunehmen, da die Parteistellung der Betheiligten und insbesondere der Besitz im einzelnen Fall ihren regelmäßigen Einfluß auf die Beweislast auch hier ausüben können, und es besonders darauf ankommt, ob die Leheneigenschaft dem reinen Allod oder einem andern beschränkten Rechte gegenüber behauptet wird.<sup>14)</sup>

### §. 102.

#### Von den Lehenpersonen.

Seiner ursprünglichen Bedeutung nach fand der Lehenverband nur zwischen solchen Personen statt, welche ritterliche Dienste fordern, und solchen, welche dieselben leisten konnten; das ganze Rechtsverhältniß war für edle, ritterbürtige Leute bestimmt. Unter den Lehenpersonen machte sich aber nach ihrem Stande und nach der Stellung, welche sie in der Kette der Belehnungen einnahmen, eine Abstufung geltend, welche mit Rücksicht auf den Reichsheerdienst als der Heerschild (clypeus

12) Nur im uneigentlichen Sinne wird im Bauernrecht das Vermögen, welches der Bauer außer dem abhängigen Gute hat, als Allodium bezeichnet; vgl. Runde, Grundsätze S. 515.

13) I. F. 4. §. 4. — II. F. 26. pr. §. 1. — II. F. 41. pr. §. 1. — Sächf. Landr. B. II. Art. 43. §. 1. — Nichtsteig Landr. Cap. 27. Vgl. Planck, Zeitschr. für deutsches Recht X. S. 288—90.

14) Die Ansichten der Feudisten gehen in dieser Frage zum Theil auseinander; s. Chr. Thomasius, selecta feud. II. p. 325—427. De praesumptione allodialitatis. — J. G. Lamm, an et quatenus qualitas rei feudalis ex conjecturis colligi possit, bei Zepernick, analecta I. Nr. 4. — Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 60. — Pätz, Lehrbuch S. 166. — Eichhorn, Einleitung S. 192.

militaris s. regalis) bezeichnet wurde.<sup>1)</sup> — Diese Einrichtungen haben gegenwärtig nur noch ein geschichtliches Interesse<sup>2)</sup>, wenn sie auch auf die Erörterung der Frage, wer lehenberechtigt sein kann (die s. g. subjective Lehenfähigkeit), noch jetzt nicht ohne Einfluß sind.

I. Der Lehenherr, Herr (dominus, senior). Wer ein neues Lehen errichten will (ein Fall, der nur selten noch vorkommen wird), der muß die freie Verfügung über sein Vermögen haben<sup>3)</sup>; unter allen Umständen aber ist es erforderlich, daß der Herr sich den Vasallen zum Ritterdienst und zur Treue gültig verpflichten kann.<sup>4)</sup> Ein solches Verhältniß unter Privatpersonen läßt sich aber mit den heutigen Staatsinstitutionen nicht wohl vereinen; es setzt, um staatsrechtlich möglich zu sein, eine Umänderung des ganzen Instituts voraus, und bekommt auch durch vermittelnde Bestimmungen, welche die Gesetzgebung versucht hat, kein rechtes Leben.<sup>5)</sup> Das Baierrische Lehenedict hat daher auch die Allodification aller Privatlehen angeordnet, und nur noch Staatslehen, bei denen der Souverain der Lehenherr ist, zugelassen.<sup>6)</sup>

1) Sächf. Landr. B. I. Art. 3. — Sächf. Lehenr. Art. 1. — Schwäb. Lehenr. Cap. 1. — Homeyer, Sachsenfv. II. 2. S. 289—313.

2) Sehr bezeichnend ist die Vorschrift des Pr. A. L. R.'s Th. I. Tit. 18. §. 43. „So wie eine Person höhern Standes einer niedern, so kann auch eine Person niedern Standes einer höhern Lehen verleihen oder auftragen.“

3) II. F. 3. pr. Investitura autem aut sit de veteri beneficio aut de novo. Quae de veteri sit, etiam a minore potest fieri. — — Novi vero investitura feudi non ab alio recte fit, nisi ab eo, qui legitime suorum honorum administrationem habet. Qui enim qualibet ratione aliquid de suis rebus impeditur alienare, is nec per feudum poterit investituram facere.

4) Daß auch der Herr selbst Ritterdienste leisten könne, war nicht wesentlich und daher die Befugniß geistlicher Stifter und überhaupt der juristischen Personen zur Lehenherrschaft nicht bezweifelt; s. Kraut, Grundriß §. 238. — Homeyer a. a. O. S. 290.

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 19. 20. 86. 87. Vgl. Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 142.

6) Baierr. Lehenedict §. 22. „Alle Lehen können in Zukunft nur



Bei dem Staatslehen fällt die Lehenherrschaft, das Recht des Lehenherrn aus dem Lehenverbande, und die Lehenhoheit, das Recht der Staatsgewalt über die im Staatsgebiete belegenen Lehen, zusammen; sie scheiden sich dagegen bei dem Privatlehen und bei denjenigen Staatslehen, welche in fremdem Gebiete belegen sind.<sup>7)</sup> Für letztere, die feuda extra curtem, kommt namentlich die oben (§. 100 a. G.) berührte Frage über das Verhältniß des Lehenhofrechts in Betracht.

II. Der Lehenmann, Mann (vasallus), und zwar der Hauptvasall (vasallus possessor) und jeder aus der Lehenerrichtung unmittelbar Berechtigte: der Agnat und nach deutschem Lehenrecht der Mitbelehnte. Bei der subjectiven Lehenfähigkeit wird regelmäßig an die des Vasallen gedacht, und dieselbe mit besonderer Rücksicht auf die Möglichkeit den Lehendienst zu leisten festgestellt.<sup>8)</sup> Demnach sind lehenunfähig:

- a. Weiber<sup>9)</sup>,
- b. Geistliche<sup>10)</sup>,

---

von dem Könige ausgehen. Außer dem König kann in Baiern kein Lehenherr bestehen. §. 23. Kein Lehenmann kann königliche Lehen weiter verleihen. §. 24. Alle Privatlehen und alle Asterlehen sollen daher erlöschen. §. 25. Alle Privatlehen und alle Asterlehen sollen allodifizirt, oder in andere Grundverträge umgeändert werden.“ — Vgl. das Badische Lehenedict §. 3. und im Allgemeinen Weber, Handbuch I. S. 19—31.

7) Weber a. a. O. S. 32. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 472.

8) II. F. 21. — nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium. Vgl. überhaupt Weber, Handbuch III. S. 18—65. — J. G. Bauer, opuscula acad. II. Nr. 58.

9) II. F. 36. Mutus et surdus, coecus, claudus, vel aliter imperfectus, etiam si sic natus fuerit, totum feudum paternum retinebit. Obertus et Gerardus et multi alii. Quidam tamen dicunt, eum qui talis natus est, feudum retinere non posse, quia ipsum servire non valet. Sic dicimus in clerico, et in foemina, et in similibus. — Sächf. Lehenr. Art. 2. §. 1. „Papen, wif, dorperre, koplüde und alle, die rechtes darvet oder unecht geboren sin unde alle die nicht ne sin von ridders art von vader unde von elder vader, die solen lenrechtes darven.“ Schwäb. Lehenr. Cap. 1.

10) Ueber die Ausnahmen s. J. Ph. Streit, an clerici feuda acquirere

- c. juristische Personen <sup>11)</sup>,
- d. Juden <sup>12)</sup>,
- e. körperlich oder geistig gebrechliche Personen <sup>13)</sup>,
- f. Ehrlose und Arzrückige <sup>14)</sup>,
- g. solche, die nicht ritterbürtig sind. <sup>15)</sup>

Doch bedarf es zum Verständniß dieser Vorschriften noch folgender Bemerkungen:

1) Insofern die Unfähigkeit, den Lehendienst zu leisten, Grund der Ausschließung ist, kann der Lehenherr den genannten Personen den Mangel nachsehen, und sie in den Lehenverband aufnehmen. <sup>16)</sup> Man unterscheidet daher die Fälle der absoluten und der relativen Lehenunfähigkeit. <sup>17)</sup>

in iisque succedere valeant, bei Zepernick, analecta I. obs. 18. — Particularrechte rechnen die Geistlichen überhaupt zu den lehenfähigen Personen, s. z. B. Zachariä, Handbuch §. 53.

11) C. A. Horn und J. J. Helfferich bei Zepernick l. c. obs. 15. 16. — Schnaubert, Erläuterung S. 307.

12) J. F. Kunde, Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände I. Nr. 5.

13) H. F. 36. — Sächf. Landr. B. I. Art. 4.

14) Bgl. Band I. S. 332. Ueber die Lehenunfähigkeit unehelicher Kinder s. Sächf. Lehenr. Art. 2. §. 1. — H. F. 26. §. 11.

15) Sächf. Lehenr. Art. 2. §. 1. Bgl. Homeyer, Sachsensp. II. 2. S. 298 ff.

16) Sächf. Lehenr. Art. 2. §. 2. „Evelk herre doch disser eneme (s. §. 1. in Note 9.) gut liet, von deme hebbet sie lenrecht in deme gude, unde ne ervent it nicht an ire kindere, unde darvet selve der volge an enen anderen herren. Von getüge mach man sie verlegen in lenrechte unde ordel to vindene alle die des herschildes darvet. Ire herre aver von deme sie lenrecht hebbet, die mut iren getüch liden unde ordel unde ne mach sie uppe newanne nütten.“ — Noch weiter geht das Schwäb. Lehenr. Cap. 1. „Lehent aber der herre dirren einem ein guot, der hat alse guot recht daran, also der den rechten herschildt fuoret, und erbenet diu lehen an iriu kint.“ —

17) Ueber die Feststellung im Einzelnen kommen freilich wieder verschiedene Ansichten vor: während z. B. nach Eichhorn, Einleitung §. 201. die unbedingte Unfähigkeit ein Lehen zu erwerben, nur durch den Mangel der Rechtsfähigkeit oder deren Beschränkung in Beziehung auf die Erwerb-

2) Die hier behandelte Lehre bezieht sich zunächst auf die Errichtung und Uebertragung eines Lehens und kommt bei der Lehensfolge nicht ganz in der gleichen Weise zur Anwendung. Denn theils kann für diese, vermöge einer rechtlich begründeten Improperität, z. B. beim Weiberlehen, ein bestimmter Grund der Unfähigkeit möglicher Weise gar nicht in Betracht kommen; theils steht es dem Herrn nicht unbedingt frei, einem Lehensfolger seine persönliche Unfähigkeit nachzusehen und ihn gegen das Interesse der übrigen Berechtigten ohne deren Zustimmung als Vasallen anzunehmen, z. B. wenn er eine Tochter gegen die Regel des Lehensrechts succediren lassen will. Indessen liegt die practische Bedeutung der Lehre doch vorzugsweise in ihrer Beziehung zur Lehensfolge, bei deren Erörterung die einzelnen Streitfragen, z. B. über die Erbfolgefähigkeit der unehelichen Kinder nach heutigem Rechte, wieder aufgenommen werden müssen.<sup>18)</sup>

3) Bei der heutigen Stellung des Lehensrechts fällt die Frage, wer lehenfähig ist, zum Theil mit der Frage zusammen, wer Rittergüter gültig erwerben kann.<sup>19)</sup> Man hat daher die Lehensfähigkeit für Ritterlehen (*seuda militaria, nobilia, clypearia*), von denen ursprünglich Ritterdienste zu leisten waren, noch besonders hervorgehoben, und das Erforderniß der Ritterbürtigkeit für den Vasallen particularrechtlich in verschiedener Weise beschränkt, indem allen Adlichen oder auch Personen des Bürgerstandes, oder schlechthin jedem Staatsbürger das Recht, Ritterlehen zu erwerben, eingeräumt ward.<sup>20)</sup>

---

bung des Gegenstandes des Lehens entsteht, zählt *Mayr*, Handbuch §. 59. auch die Ehrlosigkeit zu den Gründen der absoluten Lehensunfähigkeit.

18) S. unten im fünften Abschnitt.

19) *Zacharia*, Handbuch des R. Sächs. Lehensrechts §. 48—54.

20) *Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 66.* „Adliche Lehne heißen diejenigen, von welchen der Vasall, nach dem ursprünglichen Vertrage, Ritterdienste zu leisten verpflichtet ist. §. 67. Personen unadelichen Standes können also zu solchen dem Adel bestimmten Lehnen in der Regel nicht zugelassen werden.“ — *Baier. Lehenedict §. 35.* „Jeder baierischer

§. 103.

Von den Lehenpersonen (Fortsetzung). Die Vertretung.

Außer den im gemeinen Rechte begründeten Formen der Vertretung z. B. in Folge eines Vollmachtsvertrages, findet noch eine besondere Vertretung der Lehenpersonen statt, indem Einrichtungen bestehen, nach welchen dritten Personen die Ausübung gewisser Rechte und die Wahrnehmung der Pflichten, welche aus dem Lehenverbande hervorgehen, kraft eigenen Rechtes zukommen. Folgende Institute gehören hierher.

I. Das Prodominium.

Ein solches kann durch Gesetz, Herkommen und besondere Verträge bestellt werden, und findet namentlich statt, wenn juristischen Personen, wie geistlichen Stiftern und Stadtgemeinden, eine Lehenherrschaft zusteht, welche dann durch die Prälaten, Bürgermeister u. s. w. ausgeübt wird.<sup>1)</sup> Eine besondere Art des Prodominium (prodominium sublime) wird noch für die Landesherren in Betreff der Staatslehen angenommen, — eine Auffassung, welche der ursprünglichen Bedeutung der Lehenherrschaft und dem Begriff der Souverainität wenig entspricht, in dessen überhaupt mehr eine politische als eine rechtliche Bedeutung hat.<sup>2)</sup>

---

Staatsbürger kann Lehen empfangen.“ — R. Sächf. Gesetz v. 22. Februar 1834. §. 5. „Die Bestimmung in freisländischen Gesetzen, daß Personen vom Bauernstande weder Rittergüter erwerben, noch Mitbelehnschaften an solchen Gütern erlangen sollten, wird hiermit aufgehoben.“ — Vgl. G. L. Boehmer, principia jur. feud. §. 95—98. — Zacharia, Handbuch §. 54. — Kraut, Grundriß §. 240.

1) J. S. Stryck, de prodominio feudi directo, Halae 1711. 4. — Schnaubert, Erläuterung S. 291—93. — Urkunde Herzog Otto's von Pommern v. 1319 bei Schwarz, Pommersche Lehnsgeschichte S. 299. (Kraut, Grundriß §. 238. Nr. 4.). Si qui autem in praenominatis bonis (der Stadt Stettin) a nobis in pheodo quidquam tenent, hi bona talia in pheodo suscipiant a consulibus.

2) Ein freilich beschränktes Prodominium übten im Fall einer Thronvacanz die Reichsvikare über die Reichslehen aus, s. Aurea bulla cap. V. §. 1. 2. — Ueber die Frage, ob in Betreff der Staatslehen den Landesherren die Lehenherrschaft oder ein Prodominium zukomme, vgl. Weber,

## II. Das Provasfallagium.

Das Institut der Provasfallen oder Lehenträger hängt, wie Albrecht<sup>3)</sup> nachgewiesen hat, mit dem der getreuen Hand (manus fidelis) zusammen und begründete die selbständige Ausübung der Lehenspflicht im Namen des Belehenen, welchem die eigentliche Lehengewere, das nuzbare Eigenthum vollständig gewahrt blieb. Die Bestellung eines Lehenträgers fand besonders dann statt, wenn einer nicht lehensfähigen Person eine Belehnung ertheilt war, sowie bei der gesammten Hand am Lehen, wovon später (s. unten §. 107.). Abgesehen von diesem letzteren Falle schreiben neuere Geseze die Bestellung eines Lehenträgers, der selbst lehensfähig sein muß, in der Regel nur dann vor, wenn der Vasall eine juristische Person ist<sup>4)</sup>; die Einrichtung ist aber, wenn es sich nicht bloß um die Vertretung durch einen Bevollmächtigten handelt, überhaupt nur da für zulässig zu halten, wo sie durch Gesez oder Gewohnheit besonders begründet ist.<sup>5)</sup> — Der Umfang der Befugnisse des Lehenträgers richtet sich nach der Natur seiner rechtlichen Stellung,

---

Handbuch III. S. 14—17. — Zachariä, Handbuch (2. Ausg.) §. 46. — Eichhorn, Einleitung §. 212.

3) Gewere S. 231—45.

4) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 49. „Moralische Personen, welchen Lehne verliehen worden, sind in der Regel zur Leistung der damit verbundenen Pflichten, einen Lehnsträger zu bestellen, befugt und schuldig. §. 52. Die Fähigkeit eines Lehnsträgers muß nach eben den Grundsätzen, wie die Fähigkeit eines Vasallen selbst beurtheilt werden. §. 53. Für andere Vasallen, die nur auf eine Zeitlang oder nur bei einer gewissen Begebenheit, ihre Lehnspflichten selbst zu leisten unfähig sind, muß ein Bevollmächtigter zugelassen werden. §. 55. Der Lehnsherr ist in der Regel nicht schuldig, einen Vasallen, der durch fortdauernde Unfähigkeit an eigener Leistung der Lehnspflichten ganz verhindert wird, zum Besitze des Lehns zu lassen, und einen Lehnsträger für ihn anzunehmen. §. 57. Entsteht die Unfähigkeit des Vasallen erst nach schon erlangtem Besitze des Lehens; so kann der Lehnsherr sich in der Regel nicht entbrechen, einen tauglichen Lehnsträger für ihn anzunehmen.“ — Badisches Lehenedict §. 20. — Zachariä, Handbuch §. 48.

5) Eichhorn, Einleitung §. 222.

welche auf der Treue beruht; er hat das Interesse des Vasallen wahrzunehmen, nicht aber, am Wenigsten durch Veräußerung, dasselbe zu gefährden.<sup>6)</sup>

### III. Die Lehenvormundschaft.

Nach älterem Rechte konnte es geschehen, daß, wenn eine nicht lehenfähige Person, namentlich ein Frauenzimmer ein Lehen erhielt, ein Anderer als Vormund in den Lehenverband aufgenommen ward, um die Folge an einen neuen Herrn zu sichern, — ein Rechtsverhältniß, welches mit dem des Lehenträgers verwandt war.<sup>7)</sup> Davon verschieden war die besondere Lehenvormundschaft, welche dem Herrn zukam und diesem bis zur Mündigkeit des Vasallen die Nutzungen des Lehenguts (das Aneville, Angefälle) gewährte. Der Herr konnte die Vormundschaft dann selbst behalten, oder sie als Vormundschaftslehen mit dem Angefälle einem Anderen übertragen.<sup>8)</sup> Diese Vormundschaft des Lehenherra hat sich jedoch schon früh verloren<sup>9)</sup> und auf das heutige Recht nur insofern einen Einfluß ausgeübt, als die in einzelnen Particularrechten vorkommende Lehenvormundschaft daraus herzuleiten ist. Nach gemeinem Rechte nimmt nämlich der gewöhnliche Vormund, welcher nicht nothwendig lehenfähig zu sein braucht, das Interesse seines Mündels auch in Betreff der Lehengüter wahr<sup>10)</sup>; auch bei der Curatel eines

6) Strube, rechtliche Bedenken III. Nr. 123. Vgl. im Allgemeinen J. G. R. Schröter, Abhandlung über die Lehenträger und Lehenvormünder. Leipzig 1801. — Weber, Handbuch III. S. 65—95.

7) Homeyer, Sachsenspiegel II. 2. S. 351 ff.

8) Homeyer a. a. D. S. 478 ff. — Weber, Handbuch IV. S. 549—52. — Kraut, Grundriß §. 266.

9) Die letzten Spuren kommen im 16. Jahrhundert vor, s. Weber a. a. D. S. 552—54.

10) Gothaisches Lehensmandat §. 36. „Die den minderjährigen, blödsinnigen oder im rechtlichen Verstande abwesenden Vasallen von ihrer ordentlichen Obrigkeit zu ihren übrigen Angelegenheiten bestätigten Vormünder sind, ohne Rücksicht auf Stand und Geschlecht, in den Lehensangelegenheiten ihrer Pflegbefohlenen von unserm Lehenhofe ebenfalls zu admittiren, und es soll daher keinem dergleichen Vasallen — von dem

Abwesenden ist wegen des Lehens keine besondere Vorsorge zu treffen, und nur wenn es sich um das Vermögen eines Verschollenen handelt, ist bis zur Todeserklärung dem Lehensfolger ein Recht auf die Curatel über das Lehengut einzuräumen, insoweit ein solches Recht überhaupt den Erben des Verschollenen zukommt.<sup>11)</sup> — Abweichend von diesen Grundsätzen enthalten nun einzelne Particularrechte die Vorschrift, daß, wenn zu dem Vermögen eines Unmündigen Lehengüter gehören, ein besonderer Lehensvormund bestellt werden soll, welcher den Vasallen wie ein Lehenträger vertritt und außerdem bei allen Rechtsgeschäften, welche das Lehengut betreffen und nicht bloß auf die Verwaltung sich beziehen, als Mitvormund thätig ist.<sup>12)</sup> Die weitere Ausführung der Lehre gehört in die Darstellung der Particularrechte, in denen sie noch vorkommt.<sup>13)</sup>

---

Lehnshofe hinfüro noch ein besonderer Lehensvormund bestellt werden.“ — Bad. Lehenedict §. 20. — Dagegen bestimmt das Baier. Lehenedict §. 137. „Eine eigene Lehensvormundschaft findet nicht statt. — §. 138. Der Vormünder ist Lehenssträger; er muß daher lehensfähig sein. Wenn er es nicht ist, muß ihm von der Obrigkeit ein lehensfähiger Mitvormund beigegeben werden.“

11) Pfeiffer, practische Ausführungen II. Nr. 5. — Weiske's Rechtslexikon VI. S. 447—49.

12) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 996. „Wenn zu dem Vermögen des Pflegebefohlenen ein Lehen gehört; so muß demselben ein Lehenscurator bestellt werden. §. 997. Von dieser Curatel ist der nächste Agnat oder Mitbelehnte, wenn er selbige übernehmen will und dazu fähig ist, niemals auszuschließen. §. 998. Dieser Curator hat jedoch nur dasjenige zu besorgen, was zur Ausübung der Lehnrechte und Lehnspflichten des Pflegebefohlenen bei dem Lehnshofe und zur Erhaltung der Substanz des Lehns gehört. §. 999. Auch die Ausübung des Patronats, und anderer mit dem Lehne verbundener Ehrenrechte gehört zu dem Amte des Lehenscurators. §. 1000. Die gewöhnliche Verwaltung des Lehns und der davon fallenden Einkünfte gehört zu dem Amte des Lehenscurators. §. 1001. Angelegenheiten, welche weder die Administration allein, noch die Substanz allein betreffen, sondern auf beides zugleich Einfluß haben, müssen von dem Vormunde, und dem Lehenscurator gemeinschaftlich besorgt und betrieben werden.“ Vgl. Churfächf. Vormundschaftsordnung von 1782. Cap. XXI. XXV. §. 6.

13) Am Genauesten war die Lehre von der Lehensvormundschaft in

## §. 104.

## Von den lehenbaren Gegenständen.

Den Kreis der lehenbaren Gegenstände bezeichnet das longobardische Lehenrecht, indem es dieselben auf die Grundstücke und solche Sachen, welche zu den unbeweglichen gerechnet werden, beschränkt.<sup>1)</sup> Es lag auch in dem Zweck des ganzen Instituts, welches den Bestand des einzelnen Lehenverhältnisses an die verliehene Sache knüpfte, dem Vasallen einen dauernden und sicheren Nutzen zu gewähren, und ein solcher ließ sich durch die Einräumung von beweglichen Sachen und Forderungsrechten nicht verschaffen, während diejenigen Rechte, die auf Grund und Boden radicirt waren oder einen Ausfluß der öffentlichen Gewalt darstellten, sich zur Verleihung wohl eigneten, wenn die Ausübung derselben auch nicht immer als eine Gewere im technischen Sinne des Wortes erscheinen mochte.<sup>2)</sup> Der im longobardischen Lehenrecht aufgestellte Grundsatz findet sich daher auch seiner wesentlichen Bedeutung nach im deutschen Lehenrechte befolgt, wenigstens so lange dasselbe noch in seiner principiellen Reinheit bewahrt blieb, wie die Rechtsbücher es darstellen, und die scheinbar große Mannichfaltigkeit der lehenbaren Gegenstände, welche in den älteren Rechtsquellen vorkommen, läßt sich auf wenige Kategorien zurückführen. Später kommen freilich Beispiele von wunderlichen Verleihungen vor, an deren Auslegung die Feudisten viel überflüssigen Scharfsinn verwendet

---

Sachen ausgebildet, s. Zacharia, Handbuch §. 181—89.; das ganze Institut ist aber aufgehoben durch das R. Sächf. Gesetz v. 28. Januar 1835. B. §. 7. „Die Bestimmungen über die Lehnsvormundschaft — werden hiermit aufgehoben. Es findet auch in den Kreislanden künftig keine Lehnsvormundschaft mehr statt.“

1) H. F. 1. §. 1. Sciendum est autem, feudum sive beneficium non nisi in rebus soli aut solo cohaerentibus, aut in iis, quae inter immobilia connumerantur, veluti cum de camera aut de cavena feudum datur, posse consistere. — —

2) Duncker, Zeitschrift für deutsches Recht II. 2. S. 50 ff., will freilich keine Ausnahme zulassen.



haben. — Als lehenbare Gegenstände des deutschen Rechts sind nun folgende zu bemerken:

a. Die Grundstücke, und zwar zumeist ländliche, entweder vereinzelt oder, wie jetzt gewöhnlich, als abgeschlossene Güter. Allgemeine Voraussetzung ist, wie sich von selbst versteht, daß einer neuen Verleihung keine Beschränkungen der Veräußerungsbefugniß, wie bei Domainen, Kirchengütern, Familiensideicommissen, entgegenstehen, wodurch die Verleihung entweder unmöglich gemacht oder doch von der Zustimmung bestimmter Personen oder Behörden bedingt wird. Nur bei der Wiederverleihung solcher Sachen, welche früher rechtmäßig verliehen sind und an die Kirche zurückfallen (*res infeudari solitae*), kommen die strengen Bestimmungen des kanonischen Rechts über die Veräußerung nicht zur Anwendung.<sup>3)</sup>

Einer besonderen Erwähnung verdienen noch die Zugehörungen der Lehengüter. Insofern dieselben schon bei der Verleihung vorhanden waren oder später zu Lehen aufgetragen sind, finden die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch hier ihre Anwendung und die Lehenqualität solcher Sachen unterliegt keinem Zweifel.<sup>4)</sup> Anders verhält es sich jedoch, wenn die Verbindung der Nebensache mit dem Lehengut in einer Weise geschehen ist, daß erstere zwar im Allgemeinen als Zubehörang betrachtet werden muß, es aber nicht fest steht, ob sie fortan auch als eine Lehen Sache gelten soll. Denn da dieses aus der Thatsache der Verbindung nicht nothwendig folgt, so kann es geschehen, daß die Zugehörungen eines Lehenguts allodialer Natur

3) c. 2. X. de feudis. — I. F. 6. pr. — II. F. 35. — J. H. Boehmer, J. E. P. tom. II. lib. III. tit. 20. de feudis ecclesiasticis. — Weber, Handbuch II. S. 79 ff. — Eichhorn, Einleitung S. 199. — Eine Verpflichtung zur Wiederverleihung gewisser apert gewordener weltlicher Lehen galt nach der Reichsverfassung in Betreff der Fahnlehen und ist auch in Particularrechten vorgeschrieben; s. Sächf. Lehenr. Art. 71. S. 3. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. S. 40. 42. — G. L. Boehmer, de impedita feudi consolidatione in Elect. jur. feud. II. Nr. 10. cap. 2. S. 12—20.

4) S. oben S. 23 ff.

sind, — ein Verhältniß, welches zu der Unterscheidung zwischen Zubehörungen eines Lehens (pertinentiae feudi) und lehenbaren Zubehörungen (pertinentiae feudales) geführt hat.<sup>5)</sup> Ob die eine oder die andere Eigenschaft anzunehmen ist, muß, wenn nicht particularrechtliche Bestimmungen maasßgebend sind<sup>6)</sup>, nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweisführung festgestellt werden<sup>7)</sup>; doch ist für die vollständige Beurtheilung eines solchen Verhältnisses bei der Sonderung des Lehens vom Allod auch der Gesichtspunkt der Vermehrung und Verbesserung des Lehenguts von entscheidender Bedeutung.<sup>8)</sup>

b. Oeffentliche Rechte. Im späteren Mittelalter wurde fast die ganze öffentliche Gewalt in die Form des Lehenswesens gebracht, bis nach Ausbildung einer selbständigen Landeshoheit die Einrichtungen des modernen Staates sich Bahn brachen. Von den Grafschafts-, Amts- (Ambachts-), Vogteiz-, Gerichts-, Patronatslehen u. s. w. sind nur wenige Spuren particularrechtlich erhalten. So die Postlehen<sup>9)</sup>, die Lehen über

5) Weber, Handbuch II. S. 99 ff.

6) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 27—31. — Baier. Lehensedict §. 175—78. — Zacharia, Handbuch §. 212—14.; vgl. Sächf. Lehensr. Art. 65. §. 22.

7) Gabr. Schweder, de clausula investiturae feudalis cum pertinentiis ejusque effectu (disputt. I. Nr. 6.) §. 27. — Pätz, Lehrbuch §. 168. Ueber die hierbei geltend gemachten Vermuthungen s. unten §. 115. Note 4.

8) II. F. 8. §. 3. E contrario autem, si quid feudo a vasallo additum sit, siquidem tale adjectum sit, quod per se subsistere possit, id est ut per se censeatur, ut praedium, id non accrescit feudo. Si vero per se non possit subsistere, ut servitus, plerisque placet feudo accedere, et sicut partem feudi disponendam esse. — II. F. 28. §. 2. Si vasallus in feudo aliquod aedificium fecerit, vel ipsum sua pecunia melioraverit, et contigerit postea, ut vasallus sine filio masculino decedat, dominus aut patiatu aedificium auferri, aut solvat pretium meliorationis. Idem dico, si pretio servitutem feudo acquirat. Quidam alii dicunt, omnino ad dominum pertinere. Vgl. unten §. 107.

9) Weber, Handbuch II. S. 332—50. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 258.

einzelne Hofämter<sup>10)</sup>, die Schulzenlehen<sup>11)</sup>, Specialverleihung von Regalien.<sup>12)</sup>

c. Nugbare Rechte und Gefälle.<sup>13)</sup>

1) Das Rentenlehen. Jährliche Gefälle an Geld oder Naturalien, welche von bestimmten Grundstücken erhoben wurden, kamen häufig als Gegenstand der Verleihung vor. Außer den gewöhnlichen Geldlehen, von denen das Pfundlehen eine Unterart bildet<sup>14)</sup>, gehören die Zehentlehen (seudum decimarum) hierher, und auch das feudum annuae praestationis im longobardischen Lehenrechte fällt unter diesen Begriff, insofern es nicht als feudum de camera und de cavena (Kammer- und Kellerlehen) auf eine Kammer- oder Kellerverwaltung statt auf ein bestimmtes Grundstück fundirt war.<sup>15)</sup> Die Geschäftsformen, in denen sich gegenwärtig der Geldverkehr bewegt, haben diese Arten des Lehens außer Übung gebracht, und es ist eben keine glückliche Nachbildung des älteren Instituts, wenn neuere Gesetze auch bewegliche Sachen und Capitalien unter der Voraussetzung der dinglichen Sicherung als lehenbare Gegenstände behandeln.<sup>16)</sup>

10) Baier. Lehenedict §. 36. „Nichts kann zu Lehen gegeben werden, als die höheren Kronämter und liegende Güter.“ Vgl. §. 2—5.

11) Weber a. a. D. S. 320—31. — v. Kampff, über die Schulzenlehne im Mecklenburgischen, bei Zepernick, Miscellaneen IV. S. 1—92. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 7. §. 48—50.

12) S. oben §. 92.

13) Homeyer, Sachsenp. II. 2. S. 283—86. — Nugbare Rechte an Gebäuden konnten auch lehenbar sein; doch war das Burghutlehen (seudum castrense) seinem Gegenstande nach nicht darauf beschränkt, da demselben nur die besondere Art des Lehendienstes, die Burghut, eigenthümlich war; s. Sächf. Lehenr. Art. 72. §. 2—9. — Schwäb. Lehenr. Cap. 140—42. — Davon verschieden ist das Burglehen (seudum castri), wenn die Burg selbst Gegenstand der Verleihung ist, s. Sächf. Lehenr. a. a. D. §. 10. — Schwäb. Lehenr. Cap. 139. — Im longobardischen Lehenrecht kommt unter den capit. extraord. (II. F. 105.) ein feudum habitationis vor, welches aber wie eine Personalservitut beurtheilt wird.

14) v. Braun bei Zepernick, Sammlung III. S. 173 ff.

15) II. F. 1. §. 1.—20. — 58. pr. Vgl. Homeyer a. a. D. S. 285.

16) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 26. „Es können also nicht

2) Das Pfandlehen. Das nuzbare Pfand konnte nach älterem Rechte an Grundstücken in der Form der Belehnung eingeräumt werden, so daß der Pfandgläubiger eine Lehengewere bekam<sup>17)</sup>; aber eine Verleihung des Pfandrechts selbst als Pfandlehen (*feudum pignoratitium*) hat nie bestanden und beruht auf einem Mißverständniß der Feudisten.<sup>18)</sup>

d. Das Lehenrecht selbst kann Gegenstand der Verleihung sein, nämlich bei der Afterbelehnung, s. unten §. 109.

§. 105.

Errichtung des Lehens. I. Von der Investitur.

Ein wesentlicher Bestandtheil des Lehenverhältnisses war von jeher die Gewere, als das selbständige dingliche Recht, welches der Vasall an der Sache hatte, und da diese eine unbewegliche war, so konnte die Errichtung eines Lehens nur durch die gerichtliche Auflassung geschehen, welche im Lehenhofe vollzogen, *investitura*, *Lehnung* genannt wurde.<sup>1)</sup> Aber das Lehen war nicht allein ein Institut des Sachenrechts; es beruhte in seinen wechselseitigen Beziehungen auf der Treue, welche der

---

nur unbewegliche Sachen und Rechte, sondern auch bewegliche Sachen, insofern deren Substanz oder Werth auf eine dauerhafte Art sicher gestellt wird, die Eigenschaft eines Lehens erlangen. §. 73. Das Geldlehen setzt ein Kapital voraus, welches sicher gestellt, und wovon dem Vasallen das Nuzungsrecht zu Lehn gegeben worden.“ — Von einem Geldlehen verschieden ist der Lehenstamm, wenn er auch als ein solches bestellt werden kann; s. a. a. D. §. 605—13. — Zacharia, Handbuch §. 44. 175—76. Vgl. unten §. 114. Note 29.

17) Homeyer a. a. D. S. 345—51. — Kraut, Grundriß §. 236. s. jedoch oben §. 95. Note 6.

18) L. G. Madihn, Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit (Breslau 1814.) Nr. 47. S. 241—53. — Dennoch bestimmt auf Grund der älteren Theorie das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 75. „Wenn einem Gläubiger das Pfandrecht auf eine zur Sicherheit seiner Forderung übergebene Sache zu Lehn verliehen worden: so heißt es ein Pfandlehn.“

1) I. F. 25. pr. Sciendum est, feudum sine investitura nullo modo constitui posse, etiamsi domino iubente quis alicujus rei possessionem nomine feudi nanciscatur et teneat. Licet tamen possessionem taliter adeptam

Vasall feierlich und eidlich angelobte, und auch dieser Act wurde mit der Investitur in Zusammenhang gebracht und zu Einem Rechtsgeschäfte verbunden.<sup>2)</sup> Daher kamen bei der Auflassung zu Lehenrecht gleichzeitig mehrere Symbole vor, welche sich auf die zwiefache Bedeutung der Handlung bezogen.<sup>3)</sup> Je mehr aber die persönliche Seite des Lehenwesens an Wichtigkeit verlor, desto mehr trat in der Investitur die reine Auflassung hervor, welche durch die ausdrücklichen Vorschriften der Rechtsquellen auf dem Gebiete des Lehenrechts in gemeinrechtlicher Geltung erhalten blieb. Doch hat es auch hier an Mißverständnissen nicht gefehlt.

I. Die Verwechslung zwischen dem Acte der Auflassung und dem vorhergehenden Veräußerungsgeschäfte, welche auf die Entwicklung des Instituts im Landrechte so nachtheilig eingewirkt hat (s. oben S. 81—84.), ist auch von den Feudisten nicht ganz vermieden worden. Anstatt nämlich das Lehenverhältniß in seiner selbständigen Bedeutung aufzufassen, und die einzelnen

---

dum vixerit quasi feudi nomine retinere, herede ejus in hoc jure nullo modo succedente. — Sächf. Lehenr. Art. 26. §. 10. — Schwäb. Lehenr. Cap. 13.

2) II. F. 3. §. 3. Nulla autem investitura debet ei fieri, qui fidelitatem facere recusat, quum a fidelitate feudum dicatur vel a fide, nisi eo pacto acquisitum sit ei feudum, ut sine juramento fidelitatis habeatur. — Sächf. Lehenr. Cap. 3. „Die man sal sine herren bi plicht hulde dun, unde sveren dat he ime so trüwe unde also host si, alse durch recht die man sine herren sofe, de wile dat he sin man wesen wille unde sin gut hebben wille.“ — Der eidlichen Huldigung ging das Erbieten der Mannschaft vorher, zuletzt folgte die Verleihung; s. Sächf. Lehenr. Art. 22. — Schwäb. Lehenr. Art. 42. — Homeyer, Sachsensp. II. 2. S. 319—26. — Auf diese zwiefache Bedeutung der Investitur beruht die Unterscheidung der Feudisten zwischen dem actus inaugurationis und traditionis. — Wenn das longobardische Lehenrecht auch ungeschworene Lehen (seuda injurata, Handlehen) zuläßt, so bilden diese doch nur eine Ausnahme.

3) So war der Kuß ein Symbol der Mannschaft, die bei der Verleihung benutzten Wahrzeichen waren sehr verschiedenartig, für gewisse Fälle jedoch fest bestimmt, z. B. bei der Verleihung des deutschen weltlichen Fürstenthums die Fahne, woher die Benennung Fahnenlehen.

Rechtsgründe, welche zur Errichtung desselben führen können, für sich zu betrachten und in ihrer verschiedenen Einwirkung abzuwägen, suchte man einen eigenen Lehencontract aufzustellen, in den man, ähnlich wie bei dem Wechselcontract, den wesentlichen Inhalt des ganzen Rechtsverhältnisses aufnahm, so daß man sich genöthigt sah, die Investitur als Theil dieses Vertrages zu behandeln. Indessen hat diese Auffassung nie allgemeine Geltung erhalten und ist jetzt als beseitigt anzusehen<sup>4)</sup>; der Investitur ist die selbständige Bedeutung der Auflassung erhalten worden. Die vorbereitenden Geschäfte sind jedoch noch einer näheren Erwägung zu unterziehen.

a. Von dem eigentlichen Lehencontract, aus welchem auf Vollziehung der Investitur geklagt werden kann, hat man noch ein besonderes pactum de infeudando unterschieden, welches den Lehencontract selbst erst vorbereitet. Allein eine solche Geschäftsform ist hier nur insofern anzunehmen, als überhaupt zur Begründung eines Hauptvertrages einleitende Vorbereitungen rechtsgültig und mit dem Erfolge der Klagbarkeit abgeschlossen werden können; es finden die allgemeinen Regeln über die Vertragshandlung (pactum de contrahendo) ihre Anwendung.<sup>5)</sup>

b. Rechtsgründe der verschiedensten Art, Kauf, Tausch, Freigebigkeit u. s. w. können eine Lehenerrichtung hervorrufen. Besonders hervorzuheben ist die Lehenauftragung, welche dann stattfand, wenn Jemand sein freies Eigen einem Andern

---

4) Die Sache fand ihre Erledigung durch den von J. G. Bauer gegen G. L. Böhmmer siegreich durchgeführten Kampf für die selbständige Bedeutung der Investitur; s. besonders G. L. Boehmer, de investiturae simultaneae eventualis non desiderata renovatione (Göttingen 1741. und Elect. jur. feud. I. Nr. 4.) und de indole et natura expectativae feudalis (Göttingen 1747. und Elect. jur. feud. II. Nr. 5.) — J. G. Bauer, de indole et natura investiturae feudalis (Leipzig 1746. und opusc. academ. II. Nr. 54.) und die a. a. D. Nr. 55—59. gedruckten Abhandlungen desselben Verfassers. Vgl. Weber, Handbuch II. S. 47—62.

5) Schnaubert, Erläuterung S. 81—86.

aufließ, um es von ihm als Lehen zurückzuempfangen<sup>6)</sup>; es beruht darauf die Eintheilung der Lehen in aufgetragene und gegebene (leuda oblata und data). Doch gelten auch die ersteren als rechte Lehen, und abgesehen von der Pflicht zur Evictionsleistung auf Seiten des Lehenherrn hängt das verschiedene Recht dieser Lehen nur von den besonderen bei der Auftragung etwa festgestellten Verordnungen ab.<sup>7)</sup>

c. Von besonderer Wichtigkeit ist der Lehenvertrag für das Rechtsverhältniß des errichteten Lehens, welches durch denselben seine nähere Feststellung erhält, indem Bestimmungen über die in die Belehnung aufzunehmenden Personen, über eine etwa beliebte Improperität u. s. w. getroffen werden. In diesem Sinne bildet der Lehenvertrag die Lex investiturae, und wird möglichst in eine unmittelbare Beziehung zu der Investitur selbst gebracht, wozu der Lehenbrief die beste Veranlassung giebt.<sup>8)</sup>

II. Für die Entgegennahme der Verleihung ist die Vertretung des Vasallen durch den Lehenträger von Wichtigkeit; doch findet nach gemeinem Recht auch eine Vertretung durch Bevollmächtigte statt.<sup>9)</sup> Gewöhnlich ist aber überhaupt die

6) Nach älterem Rechte war die Auftragung jedoch nur dann von Wirkung, wenn der erste Empfänger das Gut Jahr und Tag in seiner Gewere hatte; s. Sächf. Landr. B. I. Art. 34. §. 2. — Homeyer a. a. D. S. 314—18.

7) II. F. 25. — Weber, Handbuch II. S. 68—77. — IV. S. 365—71. Dagegen bestimmt das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 23. „Bei Erklärung der die gegenseitigen Rechte und Pflichten zwischen dem Lehnsherrn und Vasallen bestimmenden Gesetze und Verträge ist darauf: ob das Lehn ursprünglich dem Vasallen von dem Lehnsherrn verliehen, oder von ersterem dem letzteren aufgetragen worden, Rücksicht zu nehmen. §. 24. Im ersteren Fall hat, bei zweifelhaften Bestimmungen, der Lehnsherr, sowie im letztern der Vasall die Vermuthung für sich.“

8) Schnaubert, Erläuterung S. 339—40.

9) II. F. 3. §. 1. — Sed utrum ipse an alius pro te investituram faciat vel suscipiat, nihil interesse putamus; potest enim hoc negotium et per procuratorem ab utraque parte expediri. — Das ältere deutsche Lehenrecht war strenger; s. Auctor vetus de benef. cap. III. §. 12. Homo non exequitur beneficium in bonis, quae suscepit per nuncium. Vgl.

Form der Investitur particularrechtlich durch Gesetz oder Herkommen näher bestimmt, und die Anwendung des Symbols nicht immer beibehalten worden<sup>10)</sup>; häufig wird sie jetzt durch die Uebergabe des Lehenbriefs ersetzt.<sup>11)</sup>

III. Die Wirkung der Investitur ist die der Auflassung: Uebertragung des dinglichen Rechts am Lehen. Der Besitz muß aber auch hier besonders erworben werden<sup>12)</sup>, und wo die Eintragung in öffentliche Bücher allgemein erfordert wird, um dingliche Rechte an Grundstücken zu erwerben, da muß sie auch zur Investitur hinzutreten, um alle rechtlichen Wirkungen derselben zu sichern.<sup>13)</sup>

G. L. Boehmer, observat. jur. feud. Nr. 9. De investitura per procuratorem. — Homeyer a. a. D. S. 325. Auch Particularrechte verlangen regelmäßig die Gegenwart des Vasallen; s. Zacharia, Handbuch §. 65. 66. — Baier. Lehenedict §. 44.

10) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 88. „Der Lehnvertrag wird durch die Belehnung oder Investitur vollzogen. §. 89. Diese geschieht durch die Uebergabe der zu Lehn verliehenen Sache von der einen, und das Angeldbniß der Lehnstreue von der andern Seite. §. 90. Besondere Leistungen oder Feierlichkeiten, so wie die Ausstellung eines Lehnreverses, können von dem Vasallen nur so weit gefordert werden, als es der Lehnvertrag, oder ein wohlhergebrachter Gebrauch des Lehnshofes mit sich bringen.“ — Baier. Lehenedict §. 2. „Diese (die Lehen) werden 1) entweder von dem König selbst verliehen, und heißen Thronlehen, oder 2) im Namen des Königs von dem obersten Lehenhofe, und heißen Kanzleilehen.“ §. 42. 43.

11) Weber, Handbuch III. S. 141—43.

12) II. F. 26. §. 15. Si facta de feudo investitura poeniteat dominum, antequam possessionem transferat, an praestando interesse vasallo liberetur, quaesitum fuit. Responsum est: praetermissa illa condemnatione, dominum possessionem feudi, de quo investituram fecit, tradere compellendum. cf. II. F. 4. §. 1. — II. F. 7. §. 1. — Die irrthümliche Erklärung von II. F. 2. pr. veranlaßte früher die Feudisten zu der Annahme einer s. g. investitura propria im Gegensatze zu der abusiva, wenn zugleich der Besitz übertragen wurde; s. oben §. 79. Note 3. und Schnaubert, Erläuterung S. 341. — Ueber das ältere deutsche Recht s. Homeyer a. a. D. S. 395 ff. — Sandhaas, germ. Abhandlungen S. 106 ff. vgl. Lehre von den Erbvertr. I. S. 90—91. Note 41.

13) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 84. „Sollen unbewegliche Güter



In der Natur des vasallitischen Rechts ist aber die Dauer desselben begründet, und es ist eine kaum mehr vorkommende Abweichung von der Regel, wenn ein Lehen auf Lebenszeit (Personallehen), auf Widerruf (Gnadenlehen) oder auf bestimmte Zeit (Zaglehen) gegeben wird.<sup>14)</sup>

IV. Schriftliche Urkunden über die erteilte Belehnung waren schon früh gebräuchlich und kommen auch im longobardischen Lehenrechte unter dem Namen: Breve testatum vor.<sup>15)</sup> Später ist diese Einrichtung weiter ausgebildet worden.

a. Der Lehenbrief (literae investiturae). Derselbe wird auf Grund des Lehenprotokolls über die Verleihung im Lehenhofe ausgestellt, und bezeugt das nach Inhalt des Lehenvertrags unter den Lehenpersonen bestehende Rechtsverhältnis in möglicher Vollständigkeit.<sup>16)</sup> Die allgemeinen Regeln über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden haben auch für den Lehenbrief ihre Geltung; er liefert einen vollen Beweis gegen den Aussteller und dessen Nachfolger, ebenso gegen den Beliehenen, der ihn ohne Widerspruch angenommen hat, und gegen diejenigen,

---

unter Privatpersonen als neue Lehne verliehen werden: so ist die gerichtliche Abschließung des Vertrages; und die Vermerkung der Lehnseigenschaft im Hypothekenbuche nothwendig. §. 85. Ist dieser Vermerk unterblieben, so kann aus der Lehnseigenschaft der Sache einem Dritten, welcher dem Glauben des Hypothekenbuches gefolgt ist, kein Nachtheil erwachsen.“ — R. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 13. „Auch findet bei Lehngütern die Leistung der Lehnspflicht von Seiten des Lehnmanns und nachherige Beleihung, wie solche in den Vorschriften des Lehnrechts begründet ist, noch ferner neben der Eintragung des neuen Besitzers in das Grund- und Hypothekenbuch statt und geht der Regel nach dieser letzteren vor.“

14) v. Preuschen bei Zepernick, Sammlung I. Nr. 1. — Th. Sagemann, vom Personallehn. Göttingen 1786. und in dessen kleinen jur. Auff. I. Nr. 3. — Homeyer a. a. D. S. 343—69.

15) I. F. 2. §. 1. — 4. pr. — II. F. 32. — Homeyer a. a. D. S. 326.

16) Mehrere Lehenbriefe und andere hierher gehörige Urkunden sind abgedruckt in der neuesten Ausgabe von G. L. Boehmer, principia jur. feud. app. No. 1—18.

welche ihr Recht von diesem ableiten.<sup>17)</sup> Inwiefern man sich aber auf eine solche Urkunde auch dritten Personen gegenüber berufen kann, hängt von der Beschaffenheit der vorliegenden Rechtsverhältnisse ab und ist darnach zur beurtheilen.<sup>18)</sup> — Vor der förmlichen Ausstellung des Lehenbriefes werden übrigens auch wohl vorläufige Lehen- oder Recognitionsscheine gegeben.<sup>19)</sup>

b. Lehendinumeramente oder Lehen-specificationen, Verzeichnisse der einzelnen Lehenstücke, namentlich der Zubehörungen des Gutes.<sup>20)</sup>

c. Gegenbriefe, Lehenreverse (literae reversales). Sie enthalten die Erklärung des Vasallen über die empfangene Belehnung und kommen wohl in Verbindung mit den Dinumeramenten vor.<sup>21)</sup>

Von diesen und anderen Lehenurkunden sind nur die Lehen-

17) Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 137. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 113. — Zacharia, Handbuch §. 74. 75. — Weber, Handbuch IV. S. 143—55. Besteht zwischen dem älteren Lehenbriefe und einem jüngeren eine Verschiedenheit, so kommt es darauf an, ob die Abänderung des Lehenvertrags gültig geschehen ist. Gegen den Vasallen wird dies durch die ohne Widerspruch erfolgte Annahme des Lehenbriefes nicht unbedingt festgestellt, da doch auch die Regel, daß Verzicht nicht vermuthet werden, zu berücksichtigen ist. Die Entscheidung wird daher im einzelnen Fall nach den Umständen zu treffen sein. Vgl. Strube a. a. O. — v. Berg, Beobachtungen und Rechtsfälle I. Nr. 24. — Eichhorn, Einleitung §. 216. Nr. III. — Baier, Lehenedict §. 75. 76.

18) Leyser, meditationes ad pand. IV. Sp. 274. 275. — Kind, quaestiones for. (edit. II.) I. cap. 32. — Eichhorn, Einleitung §. 206.

19) Hagemann, Einleitung in das Lehenrecht §. 31.

20) Gabr. Schweder (disputat. I. Nr. 15.) de dinumeramentis et reversalibus feudi.

21) Baier, Lehenedict §. 47. „Ueber den Belehnungsact wird ein Protokoll aufgenommen und in das Lehenbuch eingetragen, dann ein vom König unterzeichneter und von dem Minister der auswärtigen Angelegenheiten contrasignirter Lehenbrief ausgefertigt, und dagegen vom Lehensmann ein Revers erhold.“ — Nach dem Bad. Lehenedict §. 6. wird Alles in eine Urkunde zusammengefaßt.

briefe allgemein in Gebrauch<sup>22)</sup>; sie haben aber alle, insofern sie sich auf das Verhältniß unter den Lehenpersonen beziehen, die Natur gemeinschaftlicher Urkunden.<sup>23)</sup>

V. Für die ertheilte Belehnung hat der Vasall in der Regel gewisse Abgaben zu erlegen, und zwar die Lehenwaare (laudemium) an den Herrn und die Lehentaxe (laudemium minus) an die Kanzlei, das gemeine Recht kennt jedoch diese Abgaben nicht, deren Begründung und Verlauf daher nach den Vorschriften der Particularrechte zu ermessen sind.<sup>24)</sup> Sie kommen besonders bei der Lehenerneuerung in Betracht.

### §. 106.

#### Die Eventualbelehnung und Lehenanwartschaft.

Nach deutschem Rechte konnte der Herr ein Gut, welches zu Lehen ausstand, für den Fall, daß der Besitzer ohne Lehen-erben starb, an einen Anderen verleihen, und zwar in der Form der gewöhnlichen Investitur. Ward dann das bestimmte Gut eines benannten Mannes zum Gegenstande der Verleihung gemacht, so nannte man das eventuelle Recht ein Geding am Lehen, geliehenes oder benanntes Geding; wenn aber nur überhaupt ein Gut, welches zuerst ledig werden würde, verliehen ward, so war eine Anwartschaft oder ein unbenanntes Geding gegeben. In beiden Fällen lag also im Wesentlichen dasselbe Geschäft vor; die Wirkung desselben war aber, obgleich es durch die Auflassung vollzogen wurde, überhaupt nur eine beschränkte. Denn nach Lehenrecht galt der Grundsatz, daß die Auflassung

22) Pr. N. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 90. (s. oben Note 10.) — Hagemann a. a. O. §. 33. 34.

23) Pufendorf, observatt. jur. IV. Nr. 36. — Strube, rechtliche Bedenken IV. Nr. 193. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 113.

24) Das Baiेर'sche Lehenedict §. 48—54. unterscheidet Lehentaxe, Stempel- und Kanzleigebühren. S. noch Zachariä, Handbuch §. 76. — Weber, Handbuch IV. S. 230—48.

zur Uebertragung des vollen dinglichen Rechts an der Sache nicht genüge; es mußte vielmehr, damit das Lehen an einen andern Herrn folgte und auf die Erben des Beliehenen übergang, der Besitz des Gutes gewonnen sein.<sup>1)</sup> Da nun bei dem Gebinge, mochte es ein benanntes oder unbenanntes sein, der Besitz nicht übertragen ward, so fehlten demselben jene beiden Wirkungen, es hatte nur Erfolg, wenn der Herr und der Beliehene den unbeerbten Tod des Besitzers erlebten; unter dieser Voraussetzung zeigte die Investitur aber ihre gewöhnliche Wirkung, sie brauchte nicht wiederholt zu werden, und das bedingte Lehenrecht ward ein unbedingtes. Dabei galt aber für das Gebing die Regel, daß es den Aperturfall ausschloß, wie wenn der Besitzer einen Erben hinterlassen hätte, während die Anwartschaft erst dann, wenn das Gut ledig an den Herrn gekommen war, ihre volle Wirkung zeigte, — ein Unterschied, welcher den Vorzug des späteren Gebings vor der früheren Anwartschaft begründete.<sup>2)</sup>

1) Sächf. Lehenr. Art. 11. §. 1. „Evelk gut en man an sinen geweren nicht ne hevet unde ime nicht bewiset n'is, deme ne mach he nicht volgen an enen anderen herren, noch erven an sinen sonen. — 59. §. 3. — Al len ane gewere darvet der volge unde al gewere ane lenunge is unrecht.“ — Albrecht, Gewere S. 283 ff.

2) Sächf. Lehenr. Art. 5. §. 1. „Ewen mannen mach die herre en gut ljen, also dat en die gewere dar an hebbe unde die andere dat gebinge, of de ane len erven stervet, die dat gut in geweren hevet. An'me gebinge n'is nen volge. — Art. 7. §. 1. Evelk herre en gut liet sine manne svar't ime irst ledich wert, is si lüttik oder vese, unde dar na liet enen anderen en benomet gebinge, mit deme erren (al. irren, — die Quelle des s. g. Irrlehens) lene ne mach jene disseme sin benomebe gebinge nicht gebreken, svenne jene stirft, die it in geweren hevet, wend' it deme herren nicht ledich ne wart. — Art. 55. §. 9. Evat die herre manlike liet, dat is recht len oder erfen oder burchlen, oder gebinge an enes benümeden mannes gude, oder wardunge an enes unbenümeden mannes gude svar't deme herren ledich werde.“ — Schwäb. Lehenr. Cap. 12. 13. — Albrecht a. a. D. — Homeyer, Sachsensp. II. 2. S. 329–43. — Lehre von den Erbvertr. I. S. 90. 91. Note 41. — Sandhääs, germanist. Abhandlungen S. 107 ff.

Nach das longobardische Lehenrecht handelt an mehreren Stellen von dem Falle, wenn einem Dritten ein Gut, welches noch zu Lehen aussteht, in Erwartung eines späteren Heimfalls verliehen wird.<sup>3)</sup> Das durch eine solche Verleihung begründete Rechtsverhältniß geht auf die Erben des Lehenherrn und des Vasallen über, doch nur bei weltlichen Lehen, während bei geist-

---

3) II. F. 26. §. 3. *Moribus receptum est, dominum de feudo militis sui, quod post mortem ipsius ad dominum reverti sperabatur, in alium militem investituram facere posse. Quae investitura tunc demum capiet effectum, quum feudum domino aut heredi suo fuerit apertum. Secus est in ecclesiasticis personis; nam si ecclesiastica persona talem faciat investituram, non aliter valebit, nisi sibi, non etiam successori suo, feudum aperiat, et in tali investitura consensus ejus, de cujus feudo sit, exquiri non oportet.* — I. F. 3. *Si vero archiepiscopus, episcopus, vel abbas, abbatissa investituram ejus feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, ut post decessum ejus, qui possidet, habeat, et ante decesserit, quam ille, qui feudum possidet, successores eorum non coguntur eam investituram facere vel confirmare, etiamsi pares ejus curtis adsint testes, vel breve testatum inde sit, nisi ille qui investituram acceperit, nomine ejus feudi in possessionem missus sit eo consentiente, qui detinet. Sed si ille, qui feudum possidet, prius decesserit, quam ille, qui investituram fecit, jure cogitur eam ratam habere.* §. 1. *Laici vero iisdem modis omnibus, quibus supra diximus, si aliis investituram dederint, heredes eorum, si rationibus claruerit, omnimodo eam adimplere compelluntur.* — I. F. 9. *Si quis investitus fuerit de alieno feudo post mortem ejus, vel si quis fuerit investitus sub conditione aliqua, vel tempore, quo nullus erat investitus, sive praemoriatur tenens feudum, sive investitor, sive investitus, investitor et investitoris heredes tenentur investito vel heredi ejus veniente tempore vel conditione, licet alii dicant, si moriatur investitus ante, quam tenens feudum, vel ante conditionem existentem, vel ante tempus, quod heredes ejus non debeant investiri; nam si quis fuerit investitus pure de alieno feudo, non valet habita investitura. Hoc ita est, nisi fuerit facta ab aliqua ecclesiastica persona; tunc enim si praemoriatur investitor ante, quam feudum tenens, vel conditio vel tempus existat, non obligatur successor illius, et hoc probatur per legem Lotharii de precariis, et hoc intelligendum est in vasallis, qui feudi successionem non habent.* — I. F. 27. — — *Si quis investierit aliquem de feudo sui militis, viri Placentini prorsus asserunt, hanc investituram non aliter valere, nisi eo consentiente, cujus erat feudum. Mediolanenses et Cremonenses nihil distare asseverant, utrum eo sciente, an ignorante, dummodo eo vivente nullum detrimentum de feudo suo sibi contingat. Hoc autem dicendum est de eo milite, qui feudi successores non habet.*

lichen in dieser Beziehung sehr wesentliche Beschränkungen bestehen, die aber wieder mit denen des älteren deutschen Lehenrechts nicht ganz zusammenfallen. Beide Rechtssysteme weichen daher für diese Lehre in einer Weise von einander ab, welche aus der Einwirkung der Idee der Universalsuccession auf das longobardische Recht nicht allein erklärt werden kann<sup>4)</sup>; vielmehr scheint der Grundsatz des letzteren, daß die Investitur ohne Besitzübertragung zur Bestellung des vasallitischen Rechts genüge, dabei nicht weniger in Anschlag gebracht werden zu müssen. Jedenfalls hat im späteren deutschen Lehenrechte das eine wie das andere der bezeichneten Momente eingewirkt, um der Lehre eine ganz neue Gestalt zu geben, indem man unterschied, ob ein in seiner Wirksamkeit bedingtes Lehenrecht durch die Investitur eingeräumt oder nur das Versprechen einer künftigen Belehnung gegeben wird, — die Eventualbelehnung und die Lehenanwartschaft, welche trotz mancher Verwandtschaft doch als verschiedene Geschäfte zu betrachten sind. Die Frage, in wieweit auf diese Entwicklung, welche mehr durch die Praxis als durch die Theorie herbeigeführt worden ist, die Lehre des longobardischen Rechts von der Verleihung weltlicher Lehen eingewirkt hat, bedarf noch einer genaueren geschichtlichen Untersuchung, wie überhaupt die streng wissenschaftliche, von bestimmten Rechtsprincipien ausgehende Behandlung der genannten Institute durch die Verkennung des geschichtlichen Zusammenhangs mannichfach getrübt worden ist.<sup>5)</sup>

4) Wie Albrecht, *Gewere* S. 288. annimmt und deswegen nach longobardischem Recht aus der Eventualbelehnung nur ein obligatorisches Recht entstehen läßt.

5) Den älteren, besonders sächsischen Juristen war die beschränkte Wirkung der „Lehnung“, die manche in der f. g. investitura abusiva wieder zu finden glaubten, für eine consequente Rechtsentwicklung hinderlich. Die beste Darstellung der Lehre ist von J. G. Bauer, *de investitura Ernesti et Alberti, electoris et ducum Saxoniae, de jure succedendi in ducatus Juliae et Montium, feuda masculina* (opusc. acad. II. Nr. 53.) §. 17—25. Im Einzelnen nicht ohne Verdienst, aber im Ganzen wenig befriedigend find

### I. Die Eventualbelehnung.

Es ist das alte Gebing am Lehen, dessen Wirkung nur dadurch eine andere geworden, daß zur Begründung der rechten Lehen nicht mehr der Besitz gehört, da auch ohne diesen die Investitur das vasallitische Recht einräumt. Dieß Recht ist ein dingliches und hat die regelmäßigen Wirkungen eines solchen; aber der Natur des Geschäftes nach ist es bedingt durch den Eintritt des Ereignisses, mit welchem die Verleihung erst ihre volle Wirksamkeit erlangen kann.<sup>6)</sup>

a. Durch den Eintritt der Bedingung wird das vasallitische Recht ein unbedingtes, so daß die Investitur von nun an ihre gewöhnlichen Wirkungen vollständig äußert. Die Eventualbelehnung läßt daher keinen Heimfall zu, sondern schließt denselben wie das alte Gebing am Lehen aus.<sup>7)</sup>

b. Das Recht des Eventualbelehnten ist als ein dingliches selbständig am Lehengut begründet, und muß daher von jedem Nachfolger des Herrn, der die Belehnung erteilt hat, anerkannt werden. Der Letztere darf es am Wenigsten, unmittelbar

die Abhandlungen von G. L. Boehmer, *electa jur. feud.* I. Nr. 4. II. Nr. 5. 6.

6) Bauer l. c. §. 19—23. — G. L. Boehmer l. c. II. Nr. 5. cap. 2. §. 69. 70. — Päß, *Lehrbuch* §. 129—31. — Weber, *Handbuch* IV. S. 108—15. — Ortloff, *Grundzüge* §. 184. Note 60. — Mayr, *Handbuch* §. 73. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 445. Wenn dagegen Gerber, *System* §. 115. Note 2. nur die Investitur bedingt sein läßt und behauptet, es sei ganz undenkbar, daß ein dingliches Recht an einer Sache bestellt werden könne, welche sich in der Gewalt eines Andern befinde, so beruht dieß auf einer Verkennung der Natur der Auflassung; s. Lehre von den Erbvertr. I. S. 72. — Pauli, *Abhandlungen* II. S. 35—38. 63—64. — III. S. 187—88. — Dunder, *das Gesamteigenthum* S. 55. 56.

7) Damit ist jedoch nur für den Fall, wenn der zuerst Beliehene nicht den Anfall erlebt, die Lehenerneuerung als unnöthig bezeichnet. Von der Eventualbelehnung ist übrigens die s. g. Provisorialbelehnung verschieden, wenn im Fall eines streitigen Rechts dem Vasallen vorläufig, bis zur rechtskräftig entschiedenen Sache die Belehnung erteilt wird; s. Püttmann, *observatt. jur. feud.* cap. 15.

oder mittelbar, verletzen; er ist insbesondere nicht befugt, gegen den Willen der Beliehenen seine Zustimmung zu Handlungen des besitzenden Vasallen zu geben, welche die Eventualbelehnung durch Allodification, Veräußerung oder Verschuldung wirkungslos machen oder gefährden würden.<sup>8)</sup> Die rechtliche Lage des Beliehenen ist in diesem Falle ganz wie die des Mitbelehnten und des Agnaten zu beurtheilen. Die Einwilligung des besitzenden Vasallen in die Eventualbelehnung, welche rechtlich nicht nothwendig<sup>9)</sup>, ist daher auch als Sicherungsmaaßregel für den Beliehenen nicht von großer Erheblichkeit.<sup>10)</sup>

c. Das bedingte Recht geht auf die Erben des Beliehenen über, jedoch nach der Natur des Geschäftes nur auf die Lehenerben, insofern nichts Anderes verabredet worden ist.

d. Die Ertheilung einer Eventualbelehnung kommt wie die Errichtung eines neuen Lehens überhaupt nur noch selten vor,

---

8) Das Gegentheil ist besonders von Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 89. — III. Nr. 140. unter Berufung auf I. F. 27. (*dummodo eo vivente nullum detrimentum de feudo suo sibi contingat.* — f. Note 3.) vertheidigt worden; vgl. Eichhorn, Einleitung §. 220. Note c. — Mahr, Handbuch §. 73. Note 9. 10. Allein jene Worte beziehen sich auf das longobardische und nicht auf das heutige Institut, die Identität beider ist aber noch nicht festgestellt; es ist aber überhaupt doch mehr als gezwungen, unter dem *detrimentum* als *lucrum cessans* auch die rechtliche Behinderung des Herrn in Betreff der Genehmigung zu Veräußerungen u. s. w. zu verstehen. Vgl. Bauer l. c. §. 24. — H. A. Koch, *de expectativis et investitura eventuali* (Helmst. 1735.) cap. 3. §. 16. — de Cramer, *opusc.* III. Nr. 19. §. 34. — Das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 469 ff. ist dem aufgestellten Princip (f. Note 6.) nicht treu geblieben.

9) Die deutschen Lehenrechtsbücher stimmen hierin nicht überein, f. Sächf. Lehenr. Art. 10. §. 1. und Schwäb. Lehenr. Cap. 19. vgl. Homeyer a. a. D. S. 330. — I. F. 3. pr. (f. Note 3.) handelt nur vom geistlichen Lehen. Daß die Erwägungen der Placentiner in I. F. 27. sich auf die Analogie des Vertrags über die Erbschaft eines Dritten bezogen haben, wie Manche annehmen, scheint bei der Wiederholung der Streitfrage in den deutschen Quellen doch nicht wahrscheinlich; die entgegenstehende Ansicht hätte jene Analogie jedenfalls mit Recht verworfen.

10) Die Cautelarjurisprudenz ist hier freilich sehr geschäftig gewesen; f. Weber, Handbuch IV. S. 118—24.



und das baierische Lehenedict hat sie zugleich mit anderen verwandten Geschäften ganz untersagt.<sup>11)</sup>

## II. Die Lehenanwartschaft (expectativa feudalis).

Die Zusicherung eines Lehens für den Fall der künftigen Eröffnung, ohne daß sofort eine Belehnung ertheilt wird, findet sich weder in dem älteren deutschen noch in dem longobardischen Lehenrecht als ein gültiges Geschäft anerkannt; erst längere Zeit nach den deutschen Lehenrechtsbüchern ist die Anwartschaft in dieser Bedeutung neben der Eventualbelehnung aufgekommen, dann aber auch häufig gebraucht worden.

a. Daß Anwartschaften auch letztwillig eingeräumt werden können<sup>12)</sup>, ist an und für sich nicht zu bestreiten; doch ist diese Form der Bestellung nicht üblich geworden. Lehenanwartschaften pflegen vielmehr vertragsmäßig gegeben zu werden. Die Frage aber, ob ein solches Geschäft als eine Vertragsberebung über eine Lehenerichtung (pactum de infeudando) oder als ein bedingter Lehenvertrag aufzufassen ist, läßt sich nur nach den Umständen und der Absicht der Betheiligten beantworten. In der Regel wird, wenn die Anwartschaft auf ein bestimmtes Lehen gegeben ist, das Letztere anzunehmen sein, falls nicht zu der Gültigkeit des Lehenvertrags eine bestimmte Form erforderlich ist, welche bei der Ertheilung der Anwartschaft nicht gewahrt worden.

b. Der Vertrag kann seinem Gegenstande nach verschieden gefaßt werden, je nachdem ein Anspruch auf ein bestimmtes Lehen für den Fall der Eröffnung eingeräumt wird (expectativa specialis) oder allgemein auf das zuerst apert werdende Lehen (expectativa generalis, Irrlehen<sup>13)</sup>), wobei dann aber wieder

---

11) Baier. Lehenedict §. 41. „Ein Lehen kann nur durch die wirkliche Belehnung erworben werden. Zusagen, letzte Willensverordnungen und Anwartschaften sind ohne Wirkung. Mitbelehnungen und eventuelle Belehnungen finden in Zukunft nicht statt.“

12) Weber, Handbuch IV. S. 135.

13) Die Veranlassung zu dieser wunderlichen Bezeichnung hat ein

mit Rücksicht auf die Größe des Gutes u. s. w. Beschränkungen möglich sind. Ebenso kann die Anwartschaft auf jeden Aper-  
turfall ertheilt werden, was die Regel ist (*expectativa indeterminata*), oder nur auf einzelne, z. B. wenn die Familie des Vasallen ausstirbt. Kommt zu der Anwartschaft die Belehnung hinzu, so verwandelt sie sich in eine Eventualbelehnung; zwischen dieser und dem s. g. geliehenen Geding (*expectativa qualificata*) besteht kein Unterschied.

c. Die Anwartschaft giebt kein dingliches Recht, sondern begründet nur ein obligatorisches Verhältniß, welches nach den allgemeinen Regeln *activ* und *passiv* auf die Erben der ursprünglich Betheiligten übergeht. Doch ist hier zu bemerken:

1) Ist eine Anwartschaft auf ein Staatslehen von einem regierenden Herrn ertheilt worden, so ist sein Nachfolger, auch wenn er nicht dessen *Allodialerbe* geworden, zur Erfüllung des Vertrags verpflichtet, insofern er überhaupt an die Regierungshandlungen seines Vorgängers gebunden ist, was als die Regel betrachtet werden muß.<sup>14)</sup>

2) Wenn der Anwärter einer Familie des hohen Adels angehört, und das Recht zum Besten des Hauses ertheilt ist, so macht sich die juristische Persönlichkeit der Familiengenossenschaft geltend, und die Uebertragung des Anspruchs findet nicht nach den Grundsätzen der gewöhnlichen *Civilerbfolge*, sondern nach denen der *Succession* in das Familienvermögen, beziehungsweise der *Thronfolge* statt.

3) Das Recht aus der Anwartschaft geht nur auf die lehenfähigen Erben des Anwärters über; denn nur für diese besteht die Möglichkeit, dasselbe auszuüben und im Eröffnungsfall das Lehengut zu erwerben: sie allein können es daher auch

---

mißverstandenes Wort im Sächf. Lehenr. Art. 7. §. 1. gegeben; s. oben Note 2. und Homeyer in der Anmerkung zu dem Artikel.

14) Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 115. — v. Kamptz, über die Verbindlichkeit eines Reichsfürsten aus den Handlungen seiner Vorfahren S. 228.

nur auf ihre Erben weiter übertragen.<sup>15)</sup> Man muß sich überhaupt hüten, die Anwartschaft als ein von dem Leheninstitut losgebundenes Vermögensrecht zu denken; die einseitige Veräußerung z. B. würde hier so wenig wie bei dem errichteten Lehen selbst zu rechtfertigen sein. Besondere Verabredungen und particularrechtliche Bestimmungen, welche aber auch die Vererblichkeit beschränken können<sup>16)</sup>, behalten dabei natürlich ihre allgemeine Geltung.

d. Da die Eventualbelehnung ein dingliches Recht begründet, die Anwartschaft aber nur ein persönliches, so muß die erstere, auch wenn sie der Zeit nach jünger ist, vorgehen, und dem Anwärter bleibt es nur vorbehalten, seine Entschädigungsansprüche gegen den Herrn geltend zu machen. Unter mehreren Anwartschaften geht die ältere vor, ohne daß ein Unterschied zwischen der speciellen und der generellen in dieser Beziehung begründet wäre.<sup>17)</sup>

e. Wenn der Eröffnungsfall eingetreten ist, so kann der Anwärter die Belehnung bei dem Herrn suchen, welcher im Falle des Verzugs ihm sein Interesse und also auch von diesem Zeitpunkte an die Früchte des Lehens, insoweit sie dem Herrn zukommen, leisten muß.<sup>18)</sup>

15) Weber a. a. D. S. 158–62. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 436. — Pr. N. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 454. „Das Recht der Anwartschaft erstreckt sich in der Regel auf die Lehnsfähigen Nachkommen des Anwarters.“

16) z. B. in Hannover; s. Strube a. a. D. Nr. 116. — J. F. Runde, Beiträge II. Nr. 4. 5.

17) Weber a. a. D. S. 167–72. — cap. 38. de praebendis in VI. (III. 4.), auf welche Stelle Eichhorn, Einleitung §. 220. sich für die entgegenstehende Ansicht beruft, kann über den Kreis des kanonischen Rechts hinaus nicht maassgebend sein. Auch der Vorzug, welchen das ältere deutsche Recht dem Geding vor der Anwartschaft einräumt, beruhte auf einem Grunde, der jetzt nur für die Eventualbelehnung und nicht für die specielle Anwartschaft zutrifft; s. oben Note 2.

18) Vgl. Eichhorn a. a. D. (II. F. 7. §. 1. würde dieß freilich noch nicht beweisen). Die hier behandelten Fragen sind bei Gelegenheit

## §. 107.

## Die Mitbelehnung.

Es kann mehreren Personen an derselben Sache gleichzeitig eine Belehnung ertheilt werden, welche im Gegensatz zu der einfachen Belehnung (*investitura singularis s. simplex*) die Mitbelehnung (*coinvestitura s. investitura simultanea*) genannt wird. Die Wirkungen eines solchen Geschäftes sind aber verschieden, je nachdem es nach den Grundsätzen des longobardischen oder des deutschen Lehenrechts beurtheilt wird.

I. Wenn eine Mitbelehnung nach longobardischem Lehenrecht ertheilt wird, so liegt darin die Errichtung verschiedener Lehen, welche nur in einer äußeren Gemeinschaft zusammen gehalten sind. Das Recht der Vasallen am Lehengut besteht in ideellen Theilen, wie das römische Miteigenthum sie darstellt, und ein wechselseitiges Successionsrecht findet unter ihnen nur dann statt, wenn es durch den Lehenvertrag eingeräumt worden ist.<sup>1)</sup> Ein solches Verhältniß ist auch dem deutschen Lehenrecht nicht ganz unbekannt gewesen<sup>2)</sup>, und kann noch gegenwärtig

---

eines Rechtsstreites Gegenstand einer lebhaften Controverse unter den Göttinger Juristen geworden; s. J. F. Runde, Beiträge I. Nr. 4. — G. L. Böhm er, auserlesene Rechtsfälle I. Nr. 38. — Pütter, Erörterungen und Beispiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts III. 1. Nr. 19. — C. W. Hoppenstedt, de jure circa fructus feudi aperti ante ejus refectionem. Gotting. 1796. 4. — Weber, Handbuch a. a. D. S. 140—58.

1) II. F. 18. Duo fratres, Titius et Sejus, a quodam capitaneo de novo beneficio simul investiti sunt, eo videlicet tenore, ut quamdiu ipsi vel eorum heredes masculi viverent, et masculis deficientibus feminae, si superessent, feudum haberent. Ex fratribus his unus, una filia relicta, altero adhuc vivente, decessit. Quaeritur, cui portio defuncti deferatur, utrum filiae an fratri? Respondetur: filiae; unusquisque enim sibi suisque heredibus videtur prospexisse. Si tamen is, qui filiam reliquit, sine herede decessisset, propter tenorem investiturae insertum, ejus pars fratri, non domino acquisita foret.

2) Beispiele aus dem 14. und 15. Jahrhundert s. bei Homeyer, der Sachsenf. II. 2. S. 364—65.

vorkommen, wenn auch die Mitbelehnung bei uns gewöhnlich eine andere Bedeutung hat.

II. Im älteren deutschen Rechte galt nämlich der Grundsatz, daß das Lehen nur auf die lehenfähigen Nachkommen des letzten Besizers vererbe<sup>3)</sup>, und wenn deren mehrere vorhanden waren, so brauchte der Herr nur Einem die Belehnung zu ertheilen.<sup>4)</sup> Um nun die Brüder im Lehenverbande zu erhalten, und ihnen die oft lästige Auseinandersetzung zu erleichtern, ward es sehr gebräuchlich, daß der Herr sie alle durch Eine Belehnung zu Vasallen annahm, indem sie das Symbol mit gesammter Hand (*communicata, communi manu*) ergriffen.<sup>5)</sup> Daher wurde das so begründete Rechtsverhältniß selbst, welches übrigens auch unter Lehenpersonen, die nicht gerade Brüder waren, vorkam<sup>6)</sup>, die gesammte Hand (*manus communis*) genannt.<sup>7)</sup> Das Wesen derselben bestand in einer Gemeinschaft der Rechte und Pflichten, welche aber nicht, wie im longobardischen Recht, auf dem Princip der ideellen Theilrechte beruhte, sondern einen genossenschaftlichen Charakter an sich trug, und im Innern als ein Gesammt-eigenthum sich darstellte, nach außen aber, dem Herrn gegenüber durch den Lehenträger als eine Einheit vertreten ward.<sup>8)</sup>

Eine solche Gemeinschaft war aber Anfangs einer sehr wichtigen Beschränkung unterworfen: zu ihrer Begründung bedurfte es, den Grundsätzen des älteren deutschen Lehenrechts gemäß, außer der Belehnung noch der Gewere; wer an dieser nicht Theil nahm, konnte auch kein Gemeiner sein, und die

3) Sächf. Lehenr. Art. 6. 21. — Schwäb. Lehenr. Cap. 42.

4) Sächf. Lehenr. Art. 29. — Schwäb. Lehenr. Cap. 56.

5) Sächf. Lehenr. Art. 32. §. 1. „Man mach vele brüderen en gut lien, of sie't mit samender hant untvat unde gelife were daran hebbet.“  
Vgl. Duncker, das Gesammt-eigenthum §. 3.

6) Homeyer a. a. D. S. 461.

7) Richtkeig Lehenr. Cap. 28. §. 2.

8) Albrecht, Gewere S. 241—43. — Duncker a. a. D. §. 10—11. — Homeyer a. a. D. S. 457—64. Vgl. Band I. S. 379. und oben §. 83.

Theilung löste die gesammte Hand in allen ihren Wirkungen auf, so daß die früheren Genossen auch kein Recht der Nachfolge behielten, wenn ihnen nicht ein Geding am Lehen ertheilt ward. Indessen bildete sich allmählich eine mildere Praxis zum Vortheile der Vasallen: von der Theilung der Nutzungen schritt man zu der Realtheilung, ohne dadurch der Nachfolge, für den Fall, daß der Mitbelehnte keine lehenfähigen Nachkommen hinterließ, verlustig zu werden, so daß auch in dieser Anwendung die Investitur nunmehr unabhängig von dem Erwerb des Besitzes ihre volle Wirkung äußerte. Als endlich in manchen Particularrechten die Regel sich ausbildete, daß die Ertheilung der gesammten Hand mit der zuletzt bezeichneten Wirkung von dem Lehenherrn gefordert, und daß demselben von dem Vasallen bei der Erwerbung eines neuen Lehens Mitbelehnte präsentirt werden könnten, so nahm das Institut nun eine ganz neue Gestalt an.<sup>9)</sup> Es ersetzte nämlich die beschränkte Erbfolge des deutschen Lehenrechts, und wo sich die gesammte Hand in dieser späteren Ausbildung erhalten hat, da nimmt sie regelmäßig die Stelle der agnatischen Succession des longobardischen Lehenrechts ein.<sup>10)</sup>

9) J. G. Bauer, de origine et progressu communis Saxonum manus (opus. II. Nr. 55.). — Idem, de forma ac definitione communis Saxonum manus (l. c. Nr. 56.). — Duncker a. a. D. §. 12. — Someyer a. a. D. S. 464—67.

10) Der Hauptfß der Lehre ist im sächsischen Lehenrecht, wo auch die Befugniß, bei der Erwerbung eines neuen Lehens Mitbelehnte zu präsentiren, bestimmt geordnet ist; s. Chursächs. Lehnsmandat Tit. 7. — Sachsen-Gothaisches Lehnsmandat §. 173—75. Im Königreich Sachsen wird jedoch noch wieder zwischen der gesammten Hand und der Gesamtbelehnung unterschieden, indem unter letzterer eine Verbindung der longobardischen Mitbelehnung mit der gesammten Hand verstanden wird; s. Zacharia, Handbuch §. 58—60. — Ueber die gesammte Hand in Hannover s. Pufendorf, observatt. jur. IV. Nr. 220. und Grefe, Leitfaden II. §. 63.; in Churhessen Pfeiffer, pract. Ausführungen I. Nr. 13. und mit besonderer Rücksicht auf die Fuldaischen Lehen ebendas. V. Nr. 1. Ueber süddeutsche Lehen vgl. Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 369. Note 5. und überhaupt Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 288 ff. 411 ff.

Doch ist das ursprüngliche Princip noch in manchen Punkten wirksam geblieben; das Recht der Mitbelehnten geht unmittelbar aus der Belehnung hervor, was ihre rechtliche Lage von der der Agnaten unterscheidet, während die unter ihnen bestehende Gemeinschaft ihr Verhältniß anders als das durch die Con-  
tualbelehnung begründete erscheinen läßt. In ihrem letzten Zwecke stimmen freilich beide Institute überein.

## §. 108.

## Errichtung des Lehens durch Verjährung.

So sehr der Grundsatz des longobardischen Rechts, daß Lehen nur durch die Investitur gültig errichtet werden<sup>1)</sup>, dem Wesen des Instituts entspricht, so ist derselbe doch in jener Quelle nicht festgehalten worden, indem sie auch durch die Ver-  
jährung ein Lehenverhältniß begründen läßt.<sup>2)</sup> Wer nämlich dreißig Jahre lang eine Sache als Lehen besessen und dem Herrn Dienste davon geleistet hat, der soll, auch wenn ihm keine Belehnung ertheilt ist, durch die Verjährung geschützt sein. In dieser Vorschrift ist eine erwerbende Verjährung für das Lehen anerkannt<sup>3)</sup>, welche dem deutschen Rechte fremd war, wenn es auch hier die rechte Gewere durch den Ablauf von Jahr und Tag in regelmäßiger Weise begründen ließ<sup>4)</sup>; und es fragt sich nur, in welchem Umfange die Verjährungslehre für das Lehen bei uns geltend geworden ist. Eigentlich müßte hier der Grund-  
satz zur Anwendung kommen, daß die Verjährung als ein ano-

1) S. oben §. 105. Note 1.

2) II. F. 26. §. 5. (4.) Si quis per triginta annos rem aliquam ut feudum possedit, et servitium domino exhibuit, quamvis de ea re non sit investitus, praescriptione tamen triginta annorum se tueri potest. Ueber II. F. 33. pr. f. C. de Lancizolle, de praescriptione feudali (Berol. 1820. 4.) §. 5. vgl. Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre II. S. 268. Note 698.

3) Ueber die von Lancizolle a. a. D. §. 4. erhobenen Bedenken f. Unterholzner a. a. D. S. 264. Note 694.

4) Sächf. Lehenr. Art. 13. §. 1. 2.

malisches Rechtsinstitut keine analoge Anwendung auf Verhältnisse, für welche es ursprünglich nicht bestimmt war, finden kann, und daß eine gesetzliche Vorschrift, welche sie ausnahmsweise zuläßt, in strenger Auslegung auf ihren Inhalt beschränkt werden muß. Indessen hat eine ganz constante Praxis, welche sich als gemeines Gewohnheitsrecht darstellt, diese Grenzen nicht eingehalten, und sowohl für den Lehensherrn, als auch für den Vasallen der erwerbenden Verjährung eine gleiche Wirkung mit der Investitur beigelegt<sup>5)</sup>, wenn auch ein so begründetes Lehen wegen seiner unregelmäßigen Entstehung als *feudum informe* bezeichnet wird.<sup>6)</sup>

Auch die allgemeinen Erfordernisse der Verjährung werden nach dem gemeinen Civilrechte beurtheilt<sup>7)</sup>; doch haben sich in Betreff der nothwendigen Zeitdauer abweichende Ansichten geltend

5) Weber, Handbuch IV. S. 249—63. — Eichhorn, Einleitung §. 211. — Phillips, Grundsätze II. §. 211. — Mayr, Handbuch §. 75. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 606—21. u. f. w. — Die Particularrechte enthalten sehr abweichende Bestimmungen; s. Pr. A. L. R. Th. 1. Tit. 18. §. 79. „Die Lehenseigenschaft einer Sache wird nicht vermuthet, sondern muß durch Nachweisung eines sie begründenden rechtsgültigen Titels dargethan werden. §. 80. Dieser Titel beruht entweder auf Lehensverträgen, oder auf letztwilligen Verordnungen, oder auf der Verjährung.“ — Baiern. Lehenedict §. 77. „Durch die Verjährung kann kein Lehen konstituiert oder erlangt werden.“ — Badisches Lehenedict §. 35. — — „Entstehen kann dieser (Lehen-) Verband nie durch Verjährung; wohl aber mag sein ehemals richtig entstandenes Daseyn durch eine binnen dreißig Jahren Jahr und Tag mehrmalen erfolgte Anerkenntniß dieses Daseyns für voll bewiesen gelten, so wie nachmals auch dessen Ausdehnung auf ein oder anderes in der Belehnung etwa ursprünglich nicht begriffenes Stück mittelst einer durch jene Verjährungszeit fürgebauerte Anerkenntniß der Lehenbarkeit einer solchen Angehörde rechtmäßig begründet werden mag.“ — In der That ist die Lehenverjährung vorzugsweise für die Vermehrungen und Zubehörungen des Lehenguts gegenwärtig von practischer Bedeutung.

6) G. H. Brückner, de feudo informi bei Jenichen, thesaurus jur. feud. II. p. 799—821.

7) G. L. Böhmmer, Rechtsfälle III. 1. Nr. 178. — Kori, Theorie der Verjährung S. 212—17. — Unterholzner a. a. D. II. S. 266—69.



gemacht. Während nämlich die ältere Theorie mit Rücksicht auf den Text des longobardischen Lehenrechts nur eine dreißigjährige Lehenverjährung zuließ, hat man in neuerer Zeit unterschieden, ob der Besitzer einen gerechten Titel beweisen kann oder nicht, und im ersten Fall eine ordentliche Lehenverjährung von beziehungsweise zehn und zwanzig Jahren angenommen.<sup>8)</sup> Allein da der Grund, weswegen die Verjährungslehre auf die Errichtung des Lehens Anwendung findet, in dem Gewohnheitsrechte gesucht werden muß, dieses aber unter dem Einfluß der älteren Theorie festgestellt und durch jene abweichende Ansicht nicht geändert worden ist, so kann die letztere für das geltende Recht nicht als maassgebend angesehen werden.

### §. 109.

#### Rechte des Lehenherrn.

Die Lehenherrlichkeit, welche den Inbegriff der Rechte des Lehenherrn darstellt, betrifft entweder das Lehengut oder die persönlichen Verhältnisse des Herrn zu dem Vasallen. In ersterer Beziehung ist sie als ein Obereigenthum (s. §. 82. und 111.) aufzufassen und nach den allgemeinen für dieses Rechtsinstitut geltenden Regeln zu beurtheilen; das Verhältniß des Herrn zum Vasallen aber, dessen Mittelpunkt in der Treue zu suchen ist, hat dem Lehenwesen seinen besonderen Charakter gegeben und dessen nachhaltigen Einfluß auf die Rechtsordnung des Mittelalters begründet. Wenn daher auch die Lehenherrlichkeit an und für sich als ein allodiales Recht aufzufassen ist<sup>1)</sup>, so er-

8) Der eigentliche Begründer dieser Ansicht, wenn auch nicht ohne vereinzelte Vorgänger, ist B a ß, Lehrbuch §. 66. Ihm sind Manche beigetreten, s. Unterholzner a. a. O. S. 271. Note 700. — M a y r, Handbuch §. 75., während Andere der älteren Lehre folgen, s. W e b e r, Handbuch IV. S. 252—53. Schwankend äußert sich G i c h o r n, Einleitung §. 211.

1) Die Bezeichnung Lehengewere für das Recht des Herrn am Lehengute (s. oben §. 79. Note. 11.) steht dieser Auffassung nicht entgegen; s. H o m e y e r, Sachsensp. II. 2. S. 384—85.

scheint sie ihrer ursprünglichen Bedeutung nach doch nicht als ein reines Vermögensrecht, sondern von den persönlichsten Beziehungen verschiedener Art durchwachsen, welche es erklärlich machen würden, wenn die einseitige Veräußerung durch den Lehensherrn, ohne Zustimmung des Vasallen nicht zulässig erschienen wäre. Indessen hat das deutsche Lehensrecht dieß anders geordnet; die Veräußerung der Lehensherrlichkeit war nur in soweit beschränkt, daß die Lage des Vasallen dadurch nicht verschlechtert und namentlich sein Heerschild (s. §. 102. Note 1.) nicht erniedrigt werden durfte.<sup>2)</sup> Auch im longobardischen Lehensrechte, welches die Beschränkung im Allgemeinen weiter nahm, kommt doch dieselbe Auffassung vor<sup>3)</sup>; sie entspricht jedenfalls der späteren Entwicklung des Lehenswesens und ist in Deutschland die herrschende geblieben<sup>4)</sup>, auch in neueren Particularrechten ausdrücklich anerkannt.<sup>5)</sup>

Das persönliche Verhältniß zwischen dem Herrn und dem Vasallen beruht also auf der Treue, jener schönen Institution, welche das Band wechselseitiger Berechtigung und Verpflichtung um das ganze Rechtsverhältniß legte und nach der Anschauung der Germanen die Anforderungen des strengen Rechts mit denen

2) Sächf. Lehenr. Art. 25. §. 1. — „wen dat n'is nicht recht, dat man jemande nedere mit sine gude.“ — Art. 80. — Schwäb. Lehenr. Cap. 33. Vgl. Hommer a. a. O. S. 387—92.

3) II. F. 34. §. 2. Ex eadem lege (Conradi) descendit, quod dominus sine voluntate vasalli feudum alienare non potest. Quod Mediolani non obtinet. Ibi enim sine curia etiam beneficium totum recte alienatur, dum tamen aut aequali domino, aut majori vendatur. Inferiori vero sine vasalli voluntate non licet partem alienare. — cf. II. F. 51. pr.

4) Die Frage ist freilich stets eine bestrittene gewesen; s. Rosenthal, tractatus et synopsis totius juris feudalis cap. IX. concl. 62. und die Abhandlungen von Hackemann (Zepernick, analecta I. obs. 73.), Martini und Wulflef (Zepernick, Sammlung II. Nr. 20—23.). Vgl. im Allgemeinen Weber, Handbuch IV. S. 267—70. — Eichhorn, Einleitung §. 219.

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 178 86. — Badisches Lehenedict §. 24.

der Sitte und der Ehre vereinigte und versöhnte.<sup>6)</sup> Auch die Lehentreue war eine wechselseitige zwischen dem Herrn und dem Vasallen, aber dem ersteren mußte sie eidlich gelobt werden<sup>7)</sup>, und berechnete ihn bestimmte Leistungen zu fordern. Diese werden im folgenden §. erörtert werden; zu den allgemeinen Pflichten, welche dem Vasallen obliegen, gehört die Ehrerbietung (*reverentia specialis*, Lehenerverenz), welche er dem Herrn zu erweisen hat, ferner treue Hülfe mit Rath und That und die Unterlassung solcher Handlungen, durch welche er denselben an Leib, Freiheit, Ehre und Vermögen böswilliger Weise beschädigt.<sup>8)</sup>

6) Was die Treue bedeutet, ergibt sich am Besten aus der Darlegung der höheren Gebote des Rechts und der Sittlichkeit, welche einen Treubruch ausschließen; s. Sächf. Landr. B. III. Art. 78.

7) S. oben §. 105. Note 2. und über das Handlehen: Th. Hagemann, de feudo injurato vulgo Handlehen. Helmst. 1787. (Kleine juristische Aufsätze I. Nr. 4.). — In Sachsen sind die Kanzeilehene in der Regel ungeschworene, s. Zacharia, Handbuch Anhang II. §. 11.; nach dem bairischen Lehenedict wird der Leheneid überhaupt nicht geleistet, indem §. 24. bestimmt: — — „c. Der Lehensherr kann feyerliche Gelobung der Lehentreue fordern, nemlich auf Fürstenwort, Ritterwort, oder Biedermannstreue, aber gemäß Unserer Cidesordnung keine eidliche Verpflichtung.“ — In den Wirkungen steht übrigens das Handlehen dem geschworenen gleich, f. II. F. 47. — — non habita distinctione, qualis vasallus sit, utrum per sacramentum vel non.

8) II. F. 6. §. 1. Qui domino suo fidelitatem jurat, ista sex in memoria semper habere debet: incolume, tutum, honestum, utile, facile, possibile. Incolume, ne sit in damno domino suo de corpore suo; tutum, ne sit ei in damno de secreto suo, vel de munitionibus suis, per quas esse tutus potest; honestum, ne sit ei in damno de sua justitia, vel de aliis causis, quae ad honestatem ejus pertinere videntur; utile, ne sit ei in damno de suis possessionibus; facile vel possibile, ne id bonum, quod dominus suus facere leviter poterat, faciat ei difficile, neve id, quod possibile ei erat, faciat impossibile. Ut fidelis haec nocumenta caveat, justum est. Sed quia non sufficit, abstinere a malo, nisi fiat quod bonum est, restat, ut in sex praedictis consilium et auxilium domino praestet, si beneficio vult dignus videri, et de fidelitate esse salvus. — II. F. 23. pr. — — De illa tamen ingratitude loquor, per quam beneficium amittatur; non enim ad hoc sufficit omnis occasio, per quam fidelis accepti beneficii videtur ingratus, sed sunt quaedam ut ita dixerim egregiae ingritudinis causae, quibus beneficium secundum mores curiarum solet adimi. Quomodo enim vasallus,

Unter den verbotenen Handlungen wird aber nicht allein ein feindliches Benehmen verstanden, welches unmittelbar gegen den Herrn gerichtet ist, sondern auch die Schmähung desselben in Mitgliedern seiner Familie<sup>9)</sup> und die Vornahme processualischer Handlungen, welche mit der dem Herrn schuldigen Ehrerbietung und Dankbarkeit nicht vereinbar sind, wie Anklage und Denunciation in peinlichen Sachen, Anstellung einer beschimpfenden Klage, Zeugniß in peinlichen und wichtigen Civilsachen, Antrag auf die Ableistung des Calumnieneides.<sup>10)</sup> Vorschriften der letzteren Art können aber gegenwärtig, wenn sie überhaupt noch eine Bedeutung haben, jedenfalls nur insoweit zur Anwendung kommen, als sie nicht mit den allgemeinen Grundsätzen des heutigen Staatsrechts und Gerichtswesens in Widerspruch stehen.<sup>11)</sup>

Ein Bruch der Lehentreue heißt Untreue (Gefährde, Lehensfehler, culpa, feloniam); s. unten §. 116.

quam humiliter, quam devote, quam benigne, quam fideliter erga dominum suum debeat se habere, potius ex naturali ratione, et bonis curiarum consuetudinibus potest percipi, quam lege aut scripto aliquo possit comprehendere. — Sächf. Lehenr. Art. 76. §. 6. — „wende die herre sineme manne noch die man sine herren mit rade noch mit dat nicht scaden nesal, ir en untfesge deme anderen. Herren unde mannes vallsche rat gelifet wol ungetrüter dat.“ — Schwäb. Lehenr. Cap. 7. — Richtigsteig Lehenr. Cap. 8. 11. 15. — Pr. N. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 143–65. — Baier. Lehenedict §. 80. 183.

9) Hier kommt besonders die cucurbitatio in Betracht, wenn der Vasall mit Personen, welche dem Herrn nahe verwandt oder verschwägert sind, Unzucht treibt; s. I. F. 5. pr.

10) II. F. 24. §. 7. — 33. §. 3. 4. — Die Aufzählung der einzelnen Fälle, in denen der Vasall einer Treulosigkeit bezüchtigt wird, schließt jedoch die analoge Ausdehnung auf andere nicht vorgesehene Fälle nicht aus; s. II. F. 24. §. 8. Neuere Gesetze, welche die Zahl der Lehensfehler sehr beschränken, haben doch die Vorschrift hinzugefügt, daß der Vasall ohne Genehmigung des Lehensherrn nicht in fremde Staats- und Kriegsdienste treten darf; s. Baier. Lehenedict §. 80. — Zacharia, Handbuch §. 132.

11) Pr. N. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 149. „Handlungen des Vasallen, wodurch derselbe nur die durch Gesetze vorgeschriebenen bürgerlichen und Unterthanenpflichten befolgt, können, wenn sie auch zum Nachtheile des

## §. 110.

## Rechte des Lehensherrn (Fortsetzung).

Die bestimmten Verpflichtungen, zu denen der Vasall dem Herrn auf Grund der Lehentreue verbunden ist, sind folgende:

## I. Der Lehendienst.

Wenn auch die Verpflichtung des Vasallen zum Lehendienst nicht unmittelbar aus der Lehentreue fließt, so hängt sie doch insofern mit derselben zusammen, als die Weigerung der schuldigen Dienstpflicht als Untreue angesehen und bestraft wird.<sup>1)</sup> Der Lehendienst war aber dem ursprünglichen Zwecke des ganzen Instituts gemäß von ritterlicher Art, mochte er nun als Kriegs- oder Hofdienst erscheinen<sup>2)</sup>, und es war immer ein ungewöhnliches Verhältniß, wenn statt dessen eine andere Art des Dienstes oder gar überhaupt eine Befreiung von demselben stattfand.<sup>3)</sup> Daher hat man auch die Bauerlehen, welche auf einem ganz anderen Gebiete liegen und in dem Recht der Bauergüter ihre

Lehnsherrn ausschlagen, für Felonie niemals geachtet werden.“ Vgl. Sächf. Landr. B. III. Art. 78. — Ebenowenig kann die Behauptung eines Rechts gegen den Herrn als Lehensfehler betrachtet werden; s. v. Metzelsadt, Rechtsprüche II. Nr. 49. §. 5.

1) H. F. 24. §. 6. Sed non est alia justior causa beneficii auferendi, quam si id, propter quod beneficium datum fuerit, servitium facere recusaverit.

2) Die deutschen Quellen unterscheiden diese beiden Seiten des Lehensdienstes als Hervart und Hofvart, indem sie unter der letzteren nicht allein die Ehrendienste, sondern auch die Thätigkeit der Vasallen als Rathgeber und Urtheilsfinder am Hofe des Herrn verstehen; s. Homeyer, Sachsenspiegel II. 2. §. 377. 382.

3) Fälle dieser Art, welche man als Freilehen, feudum francum bezeichnet, werden in dem cap. extraord. 104. erwähnt, — cum feudum sic datum est, ut nullum pro eo servitium fiat, ut pleraque hodie feuda dantur. Vgl. die Abhandlungen von Hübner, Polimann und Pagenstecher bei Jenichen, thesaurus jur. feud. II. p. 377—449. Das Vorkommen von Freilehen berechtigt aber nicht dazu, auch für das gemeine Recht den Lehendienst nur zu den natürlichen Eigenschaften des Lehens zu rechnen. A. M. sind Eichhorn, Einleitung §. 214. (s. jedoch a. a. O. §. 192.). — Pfeiffer, im Rechtslexikon VI. §. 439.

Darstellung finden müssen, als Feudaster von dem rechten Lehen abgefondert; s. oben §. 101. Note 3 und 4. — Für die ganze Stellung des Lehenrechts ist es nun aber von großer Bedeutung, daß die Hof- und Ehrendienste der Vasallen nur noch ausnahmsweise nach Maaßgabe particularrechtlicher Vorschriften in Uebung sind<sup>4)</sup>, der Kriegsdienst dagegen seit der veränderten Militairverfassung gar nicht mehr gefordert wird.<sup>5)</sup> Eine Folge dieser Thatsache ist es, daß in einigen Ländern der Lehendienst ohne allen Ersatz weggefallen ist; in andern hat man, ähnlich wie schon im Mittelalter in gewissen Fällen statt des Dienstes eine Geldhülfe (adaha, hostenditium) geleistet werden konnte<sup>6)</sup>, eine Abgabe an die Stelle desselben gesetzt (Abäration), indem bald eine Rittersteuer eingeführt<sup>7)</sup>, bald der einzelne Dienst durch ein bestimmtes Surrogat an Geld ersetzt ward.<sup>8)</sup> Das Nähere gehört dem Particularrecht an; in Betreff der allgemeinen Frage aber, ob der Vasall gezwungen werden kann, sich eine Abäration gefallen zu lassen, muß unterschieden werden, ob ein solcher Zwang durch die Willkühr des Herrn oder auf dem Wege der Gesetzgebung auferlegt werden soll. Im ersteren Fall würde die Rechtmäßigkeit der Maaßregel nicht zu vertheidigen sein; einer

---

4) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 144. — Baier. Lehenedict §. 81. — Badisches Lehenedict §. 26 f.

5) Schon seit dem sechszehnten Jahrhundert wurde von den Lehenleuten der Kriegsdienst selten verlangt; die letzten Beispiele eines solchen Aufgebots sind aus dem vorigen Jahrhundert; s. Eichhorn, Einleitung §. 214. — Dieck, Zeitschrift für deutsches Recht III. S. 169. — Pfeiffer a. a. D. S. 439.

6) Von dem Römerzuge konnte sich der Vasall stets mit dem zehnten Theil von dem jährlichen Ertrage seines Lehens lösen; s. Sächf. Lehenr. Art. 4. §. 3. — Schwäb. Lehenr. Cap. 8.

7) Dahin gehören die sächsischen Ritterpferds gelder, s. Zacharia, Handbuch §. 135.

8) So ist es in der, der churmärkischen Ritterschaft am 30. Jun. 1717 ausgestellten Affecuration §. 6. bestimmt; s. Lünig, corpus jur. feud. II. p. 846.

gesetzlichen Ordnung des Verhältnisses steht kein begründetes Bedenken entgegen.<sup>9)</sup>

## II. Die Lehengerichtbarkeit.

Die Einrichtung früherer Zeiten, da der Herr mit seinen Mannen ( *pares curiae*) im Lehenhofe Recht sprach, ist schon lange verschwunden<sup>10)</sup>, und die Frage von der Lehengerichtbarkeit wird vorzugsweise durch die Organisation und Zuständigkeit der Staatsbehörden entschieden; denn daß Privatpersonen, selbst Standesherrn ein solches Recht noch im vollen Umfange ausüben, wird wohl kaum noch vorkommen.<sup>11)</sup> Es ist jedoch in dieser Hinsicht und überhaupt eine Unterscheidung, welche bei den der Lehengerichtbarkeit unterworfenen Sachen (Lehenssachen, *causae feudales*) gemacht wird, von Wichtigkeit: ob sie nämlich der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören. Die letzteren, die s. g. Eintrachtsachen, pflegen besonderen Verwaltungsbehörden zur Erledigung überwiesen zu sein, welche im Falle des Privatlehens von dem Herrn bestellt werden können; die streitigen Lehenssachen gehören dagegen gegenwärtig wohl ohne Ausnahme zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.<sup>12)</sup>

9) Vgl. die zum Theil abweichenden Ansichten bei Eichhorn, Einleitung §. 214. a. G. und Pfeiffer a. a. O. S. 440 - 43.

10) Schon in der Urkunde Friederich III. v. 1489. (Reyscher, Sammlung württemb. Gesetze IV. 29.) wird dem Grafen Eberhardt von Württemberg gestattet, „annder verstendig Personen, so nit Mann seind“ zu Lehenrichtern anzunehmen. Das letzte Beispiel eines regelmäßig besetzten Lehenhofs gab ein hohenlohisches Mannengericht zu Ungeltingen im Jahre 1788., s. Neuß, Staatskanzlei XXII. S. 239. — Ortkloff, Grundzüge S. 352.

11) Vgl. Klüber, öffentliches Recht §. 543.

12) Die Vorschriften des Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 166—77. sind durch die Umänderung der Gerichtsverfassung beseitigt; aber schon das Baier. Lehenedict verfügt: §. 214. „Es soll keine eigene Lehengerichtsbarkeit bestehen, sondern alle streitigen Lehen-sachen sollen vor den Gerichtshöfen verhandelt werden. §. 215. Die Lehenstreitigkeiten sind auf keine besondere Weise, sondern wie andere Rechts-sachen von den Gerichtsstellen zu verhandeln. §. 216. Zur Behandlung der nicht streitigen Lehen-

Was nun den Begriff und Umfang der Lehenfachen betrifft, so ist für deren Feststellung wieder die Unterscheidung in streitige und nicht streitige zu Grunde zu legen. Für die ersteren kann nach dem longobardischen Lehenrechte<sup>13)</sup>, welches in dieser Beziehung mit dem älteren deutschen im Wesentlichen übereinstimmt<sup>14)</sup>, der Grundsatz aufgestellt werden, daß alle Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Lehenherrn und den Vasallen oder zwischen den Vasallen unter einander dahin gehören, insofern sie auf ein schon begründetes Lehenverhältniß sich beziehen.<sup>15)</sup> Die Sonderung des Lehens vom Allod, Klagen aus Lehenschulden u. s. w. sind daher, wenn particularrechtlich der Begriff nicht erweitert ist, zu den Lehenfachen nicht zu rechnen. — Der Begriff der nicht streitigen Lehenfachen ist gemeinrechtlich kaum festzustellen, da die Voraussetzung der Zuständigkeit der Behörden, nämlich die Gerichtsbarkeit, hier nicht zutrifft und Alles zunächst auf die Durchführung der angeführten Unterscheidung und die weitere Ordnung der Kompetenzverhältnisse ankommt. Die Ertheilung der Belehnung, Ausfertigung des Lehenbriefs, und überhaupt die Ausübung der aus dem Obereigenthume und der Lehentreue entspringenden nicht streitigen Rechte des Herrn gehören jedenfalls hierher. Das Nähere ist dem particularen Rechte zu überweisen, nach welchem auch zu entscheiden ist, ob dem Lehenhofe die Bestellung einer Lehenvormundschaft obliegt.<sup>16)</sup>

---

sachen für sämtliche Lehen des Reiches wird ein oberster Lehenhof angeordnet. §. 217. Der erste Lehenhof des Reiches besteht bei dem Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten.“ Vgl. Reyscher, gemeines und württemb. Privatr. II. §. 383.

13) I. F. 18. — 22. §. 2. — 26. — II. F. 15. §. 1. — 20. — 22. — 34 pr. §. 1. — 46. — 55. §. 7. (5.)

14) Vgl. Homeyer, Sachsenspiegel II. 2. C. 563—67.

15) Pfeiffer, pract. Ausführungen II. Nr. 8. — Derselbe in Weiske's Rechtslexikon VI. C. 466—70. — Eichhorn, Einleitung §. 215.

16) Pätz, Lehrbuch §. 83. — Zacharia, Handbuch §. 232. — Eichhorn a. a. D. — Pfeiffer a. a. D. C. 470—72.



### III. Die Lehenerneuerung.

Die Lehenerneuerung (*renovatio investiturae*) ist die Wiederholung der Investitur, und setzt ein bereits wirksames Lehenverhältniß voraus, zu dessen Fortführung und Sicherung sie bestimmt ist.

a. Die Lehenerneuerung wird nothwendig, wenn ein Wechsel in der Person des Lehensherrn oder Prodominus stattfindet (Thronfall, Hauptfall), oder wenn an die Stelle des besitzenden Vasallen, beziehungsweise des Lehenträgers ein anderer tritt (Lehenfall, Nebenfall, Veränderung in der dienenden Hand).<sup>17)</sup>

b. Die Lehenerneuerung nachzusuchen, ist bei dem Thronfall nur der besitzende Vasall und bei dem Lehenfall nur derjenige verpflichtet, an welchen das Lehen wirklich gelangt; den anderen Agnaten, Mitbelehnten und Eventualbelehnten liegt diese Verpflichtung nicht ob.<sup>18)</sup> Doch kommen besonders in Betreff der Mitbelehnten particularrechtliche Abweichungen von dieser Regel vor<sup>19)</sup>, welche aber durch die Natur der gesammten Hand nicht

17) I. F. 22. pr. Sancimus, ut nemo miles ultra annum et mensem vadat, ut investituram beneficii sui a filio vel successore domini sui non petat, vel post mortem patris sui, vel alterius cui succedebat —. — II. F. 40. — Sächf. Lehenr. Art. 27. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 102—42. — Baiet. Lehenedict §. 62—76. — Badiſches Lehenedict §. 10—19. Ueber die Lehenerneuerung wegen Veränderung in der Person des Lehenträgers s. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 107. 108. 117. — G. L. Boehmer, principia jur. feud. §. 182. Note c. — Mayr, Handbuch §. 106. geht doch wohl zu weit, wenn er in der Regel nur bei den Lehen juristischer Personen aus diesem Grunde die Lehenerneuerung für nothwendig hält.

18) II. F. 26. §. 8. (7.) — G. L. Boehmer, electa jur. feud. I. Nr. 5. §. 44. — Weber, Handbuch IV. S. 193. — Eichhorn, Einleitung §. 216.

19) Thürsächf. Lehensmandat Tit. I. §. 1. „Es ist anfänglich die Lehn, vermöge der, in denen sächsischen Lehenrechten, und besonders in der 45sten Constitution P. II. enthaltenen Verordnung, auf alle in manu dominante oder serviente, sich begebende Fälle, von denen Besigern derer Lehen-güter zu suchen, nicht weniger auch bei solchen sich ereignenden Veränderungen, von deren Mitbelehnten, ob sie schon die Lehen-güter in wirk-

nothwendig geboten sind, da dieses Institut in seiner neueren Ausbildung auf der dauernden Wirksamkeit des durch die Belehnung begründeten dinglichen Rechts beruht.

c. Das Gesuch um die Belehnung heißt die Muthung<sup>20)</sup>, welche von dem Vasallen binnen Jahr und Tag, nachdem er Kenntniß von dem Fall erlangt hat, bei Strafe des Verlustes des Lehens anzubringen ist.<sup>21)</sup> Doch kann er sich, namentlich

lichen Besitz nicht haben, die Mitbelehnung zu erneuern, sowohl von des verstorbenen Mitbelehnten hinterlassenen Söhnen, weil nach denen sächsischen Lehenrechten, die Lehnsfolge allein auf der gesamten Hand steht, und dieselbe ein jeder Mitbelehnter vor sich selbst suchen, und also proprio facto erlangen muß, die gesamte Hand an denen Lehngüthern, woran ihr Vater selbige gehabt, nach dessen Ableben gehörig zu muthen, und von ihnen in Anfangs erwähnten Fällen, zu Erhaltung des erwähnten Mitbelehnungsrechts, ein gleiches zu beobachten. — Diejenigen aber, so eine bloße Anwartschaft auf ein Lehngut erhalten, sind die Lehen eher nicht als wenn sich der Fall zugetragen, und sie den wirklichen Besitz des Lehnguts erlangen, zu suchen schuldig, es wäre dann, daß ein dergleichen Expectativarius per investituram abusivam (s. oben §. 106. Note 5.) bereits beliehen worden, als in welchem Fall derselbe sothane Lehn, bei denen in manu dominante vorkommenden Fällen zu renoviren verbunden.“ — Ueber die braunschweig-lüneburgischen Lehen s. Weber a. a. D. S. 195. und über die hurbessischen Pfeiffer, pract. Ausführungen I. Nr. 14.

20) Im longobardischen Recht investituram petere, s. Note 17.; im deutschen Lehenrecht: lenes sinnen, muten, geren, s. Homeyer II. 1. Glossar s. v. sinnen.

21) I. F. 22. pr. wird die Frist der Muthung auf Ein Jahr und Einen Monat bestimmt, während andere Stellen (II. F. 24. pr. — 40. — 52. §. 3. — 55. §. 2. pr.) Jahr und Tag angeben, was man auf die deutsche Berechnung von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tage zurückführt. S. v. Braun bei Bepernick, Sammlung I. S. 123—28. — Mayr, Handbuch §. 107. Note 1. — Homeyer, Sachsenspiegel II. 2. S. 471. Die Particularrechte haben diese Frist beibehalten (Baier. Lehenedicte §. 66. — Zacharia, Handbuch §. 121.), oder Ein Jahr und dreißig Tage gesetzt, s. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 121. — Bad. Lehenedicte §. 10. — Daß die Frist erst vom Tage der Wissenschaft zu laufen anfängt, wird in Uebereinstimmung mit dem älteren deutschen Rechte (Sächf. Lehenr. Art. 48. §. 1. — 50. §. 4. — Schwäb. Lehenr. Cap. 15.) allgemein angenommen, obgleich die Stelle des longobardischen Rechts, auf welche man sich deswegen beruft (II. F. 9. §. 3. — annali silentio, ex quo sciverit, computando), sich auf ein anderes Verhältniß bezieht.

zur Beibringung nothwendiger Beweismittel, eine Verlängerung der Frist (Lehenindult) verschaffen<sup>22)</sup>, und wird überhaupt entschuldigt, wenn er durch einen triftigen Grund (justa causa) verhindert worden ist<sup>23)</sup>; ja nach deutschem Gewohnheitsrecht, mit welchem die neueren Particularrechte übereinstimmen<sup>24)</sup>, wird die unterlassene Muthung nur dann als Lehenfehler mit der Entziehung des Lehens bestraft, wenn absichtlich und nicht bloß aus Fahrlässigkeit gehandelt worden ist.<sup>25)</sup>

d. Für Unmündige läuft nach longobardischem Lehenrecht die Frist zur Muthung gar nicht<sup>26)</sup>; nach deutschem Lehenrecht pflegt der Vormund verpflichtet zu sein, das Lehen zu muthen, indem er bald den Eid für den Vasallen leistet, der aber nach einigen Lehenrechten denselben später wiederholen muß, bald bis zur Eidesmündigkeit oder Großjährigkeit des Vasallen einen Indult auszubringen hat.<sup>27)</sup>

e. Nach gehörig beschaffter Muthung, worüber ein eigener Muthschein ausgestellt zu werden pflegt<sup>28)</sup>, hat der Herr die Investitur zu ertheilen<sup>29)</sup>, für welche im Allgemeinen die für

22) Weber, Handbuch IV. S. 203—6.

23) I. F. 22. pr. — II. F. 40. pr. — 52. §. 3. — 55. §. 2. (pr.)

24) Mecklenburg. Landesgrundgesetlicher Erbvergleich §. 447. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 146. 151. 157. — Goth. Lehensmandat §. 48. — Bad. Lehenedict §. 34. — Baier. Lehenedict §. 183. d.

25) G. L. Boehmer, electa jur. feud. I. Nr. 4. §. 66. — Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 91. — Kind, quaestiones for. (edit. II.) I. cap. 16. — Weber, Handbuch IV. S. 218. — Pfeiffer, pract. Ausführungen V. Nr. 2. — Eichhorn, Einleitung §. 216. — Particularrechtlich kann natürlich die strengere Ansicht festgehalten sein, welche auch für das gemeine Recht nicht ohne Vertheidiger geblieben ist, s. Ortloff, Grundzüge S. 385.

26) II. F. 26. §. 12. 13. (11. 12.)

27) Vgl. Weber a. a. D. S. 563—65. — Eichhorn a. a. D. §. 217.

28) Weber a. a. D. S. 206.

29) Ueber die Folgen der widerrechtlich verweigerten Belehnung nach älterem deutschen Rechte s. Homeyer, Sachsenspiegel II. 2. S. 476—78.

die erste Belehnung aufgestellten Grundsätze zur Anwendung kommen.

## §. 111.

## Rechte des Vasallen.

Auch in dieser Beziehung ist die persönliche und die sachliche Seite des Lehenverhältnisses zu unterscheiden.

I. Rechte gegen den Lehenherrn. Das Princip der Gegenseitigkeit, welches der Lehentreue zum Grunde liegt, verpflichtet auch den Herrn seinem Vasallen gegenüber, obgleich er kein ausdrückliches eidliches Gelübde ausstellt und nicht zu bestimmten Obliegenheiten verbunden ist; eine Verletzung der Treue (Lehenprotection) durch den Herrn stellt sich demnach als Untreue dar. Diese Auffassung tritt auch im älteren deutschen Rechte klar hervor<sup>1)</sup>; das longobardische Lehenrecht hat dieselbe aber zu bestimmten Rechtsfällen ausgebildet, indem es vorschreibt, daß in denjenigen Fällen, in denen der Vasall sich eines Treubruchs schuldig macht, auf der andern Seite auch der Herr sich als treulos erweist<sup>2)</sup>; und daß, wenn der Herr eine Felonie begeht, welche, vom Vasallen verübt, diesem das Lehen gekostet haben würde, auch das Obereigenthum zur Strafe auf den Vasallen übergehen soll.<sup>3)</sup> — Die practische Bedeutung

---

Jetzt wird eine Klage auf Ertheilung der Belehnung zu geben sein; vgl. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 138. — G. L. Boehmer, observatt. jur. feud. Nr. 10.

1) Sächf. Lehenr. Art. 76. §. 6. (s. oben §. 109. Note 8.) — Nichtsteig Lehenr. Vorwort §. 1. — Sächf. Landr. B. III. Art. 84. §. 2. „Dobet en man sinen herren, he hevet verworcht sinen lif unde sin ere unde dat gut, dat he von ime hadde. Dit selve verwerct die herre, of he sinen man dobet, unde die overherre ne mach sine kindere mit deme gude an den herren nicht weder wisen.“

2) II. F. 6. §. 2. Hier heißt es nach der oben §. 109. Note 8. abgedruckten Stelle: Dominus quoque in his omnibus vicem fideli suo reddere debet; quod si non fecerit, merito censebitur malefidus, sicut ille, qui in eorum praevaricatione vel faciendo vel consentiendo deprehensus fuerit perfidus et perjurus.

3) II. F. 26. §. 24. (22.) Domino committente feloniam, ut ita dicam,

dieser Grundsätze setzt freilich eine so lebendige Wirksamkeit des Lehenwesens voraus, wie sie jetzt nicht mehr besteht.

II. Rechte am Lehngut. Da nach deutschem Rechte mehrere Personen an derselben Sache eine Gewere haben konnten, indem in wechselseitiger Beschränkung die eine neben der andern bestand, so war auch für das Lehen die Form gegeben, in welcher sich die Rechte des Herrn und des Vasallen am Gut in ihrer regelmäßigen Wirksamkeit geltend machten. Der Gegensatz von Eigenthum und dinglichem Recht an einer fremden Sache hatte freilich überhaupt keine so technische Ausbildung wie bei den Römern gefunden, aber die thatsächliche Bedeutung des vasallistischen Rechts war gerade in Beziehung auf das Lehngut so groß, daß an eine Unterordnung desselben unter die Herrschaft des Herrn nach dieser Seite hin nicht wohl gedacht werden konnte. Der Mann „hat das Gut und die Gewere des Gutes“, und die letztere ist gerade diejenige, welche das Recht der Nutzung im weitesten Sinne gab.<sup>4)</sup> — Im Wesentlichen bestand nun auch dasselbe Rechtsverhältniß nach longobardischem Rechte, und die Wirkung davon zeigt sich unverkennbar in einzelnen Aeußerungen des Feudisten, wenn er z. B. dem Vasallen wie einem Eigenthümer die vindication zuspricht.<sup>5)</sup> Doch sind

---

*per quam vasallus amitteret feudum, si eam committeret, quid obtinere debeat de consuetudine, quaeritur. Et respondetur, proprietatem feudi ad vasallum pertinere, sive peccaverit in vasallum sive in alium. cf. II. F. 47. — Pr. N. L. R. a. a. D. §. 164. „Der Lehnherr, welcher seinem Vasallen widerrechtlich nach dem Leben trachtet; oder seine Gewalt zum Nachtheile der Gesundheit, Freiheit, oder Ehre des Vasallen mißbraucht, oder denselben bei dem Besitze und Genusse des Lehns nach bestem Vermögen zu schätzen unterläßt, wird für seine Person des Obereigenthums und der lehnherrlichen Rechte verlustig.“ — Andere Lehngesetze neueren Ursprungs erwähnen die Treue des Herrn nicht.*

4) Sächf. Lehenr. Art. 38. §. 2. — Homeyer, Sachsenspiegel II. 2. S. 393. 403. Urkunden (f. a. a. D. S. 393.) legen dem Manne daher die *proprietas et possessio feudi* bei.

5) II. F. 8. §. 1. pr. *Rei autem per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tanquam dominus possit a quolibet*

diese Ausdrücke, die gewissermaßen unwillkürlich gebraucht werden, nicht maßgebend; im Allgemeinen bedient sich der Feudist vielmehr der Terminologie des römischen Rechts, und schreibt dem Herrn das Eigenthum, dem Vasallen aber den Besitz und Nießbrauch am Lehengute zu.<sup>6)</sup> Die spätere Theorie ist aber von dieser, der Natur des Verhältnisses nicht entsprechenden Auffassung abgegangen, und hat hier ein Ober- und Untereigenthum angenommen, welches gerade in dieser Anwendung vorzugsweise seine principielle Ausbildung gefunden hat.<sup>7)</sup>

a. Der Vasall erwirbt alle Früchte vom Lehen, auch die bürgerlichen, zum allodialen Eigenthum, und kann dieß Recht einem Andern abtreten, wenn es nur nicht durch eine verbotene Veräußerung geschieht.<sup>8)</sup>

b. An den Accessionen des Lehens erwirbt der Vasall dasselbe Recht, welches er am Hauptgute hat<sup>9)</sup>; auch der Schatz wird ihm nach der richtigen Ansicht zugesprochen.<sup>10)</sup>

possidente sibi quasi vindicare, et si ab alio ejus rei nomine conveniatur, defensionem opponere. Nam et servitatem eidem rei debitam petere potest et retinere. — II. F. 43. Si controversia inter vasallum et alium de beneficio fuerit, adversario proprietatem totius vel partem vel servitatem vel aliud aliquod jus sibi vindicante, causa per vasallum etiam domino absente quasi propria ad finem perducatur. Ipse enim solus utiliter agendi et exicipiendi habet potestatem, et si pro eo aut contra eum judicatum fuerit vel cum adversario transegerit, dummodo fraudulenter factum non sit, etiamsi post beneficium domino aperiatur, ac si eo causam agente judicatum fuisset, et ideo ab eo ratum haberi oportebit.

6) II. F. 8. §. 4. (2.) Quamvis enim possessio per beneficium ad eum (sc. vasallum) pertineat, tamen proprietates ad alium spectat —. — II. F. 23. §. 1., s. oben §. 101. Note 2.

7) S. oben §. 82. — Pr. N. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 1—12. — Baier. Lehenedict §. 85. „Dem Lehenmanne kömmt das Untereigenthum mit der vollen Nugnießung des Lehens zu. Er darf sich aller gerichtlichen und außergerichtlichen Mittel zum Schutze und zur Wiedererlangung des Eigenthums bedienen.“ — Badisches Lehenedict §. 2.

8) II. F. 9. §. 3. wird die Verpachtung ausdrücklich zugelassen, jedoch mit Ausschließung des contractus libellarius, der eine Art Erbpacht begründete.

9) I. F. 4. §. 6. — Weber a. a. D. S. 335 · 37.

10) Matth. Stein, thesaurus in fundo feudali inventus cui cedat, bet

c. Die Benutzung des Lehenguts steht ihm im weitesten Umfange zu, so daß er selbst an der Einführung eines neuen Wirthschaftssystems im Allgemeinen nicht gehindert ist.<sup>11)</sup> Doch darf er die Substanz des Lehens nicht verschlechtern, er kann vielmehr, wenn er vergeblich verwarnt ist, wegen Deteriorationen desselben für verlustig erklärt werden.<sup>12)</sup>

d. Die mit dem Lehen verbundenen Gerechtsame übt der Vasall aus, hat aber die ordentlichen und außerordentlichen Lasten der Sache und die Reparaturkosten zu tragen.<sup>13)</sup>

e. Ueber die Veräußerung des Lehens s. den folgenden §.

III. Processualische Vertretung des Lehens. Diese ist dem Vasallen in einem so weiten Umfange überlassen, daß sie nicht allein aus seinem Untereigenthume abgeleitet werden kann, indem seine Stellung in dieser Hinsicht fast unbeschränkt erscheint. Denn er kann nicht allein das Lehengut im possessorischn und petitorischen Prozesse gültig vertreten, ohne daß er dem Herrn den Streit zu verkündigen braucht, sondern er ist auch befugt, einseitig einen rechtsgültigen Vergleich zu schließen, den der Herr und die Lehensfolger, wenn nicht arglistig dabei verfahren ist, anerkennen müssen.<sup>14)</sup> Gegen den klaren

---

Zepernick, analecta I. obs. 89. — Weber a. a. O. S. 337. — Ortkloff, Grundzüge S. 362. Vgl. oben §. 82. Note 14.

11) arg. II. F. 28. §. 2. Vgl. Eichhorn, Einleitung §. 223.

12) II. F. 8. §. 3. — — Meliorem namque conditionem feudi facere potest, deteriozem vero sine domini voluntate, vel eorum agnatorum, ad quos per successionem pertinet, facere non potest. — 27. §. 16. (17.) Quicumque advocatiam suam vel aliquod aliud beneficium inordinate tractaverit, et a domino suo admonitus non resipuerit, et in sua perdurans insolentia, ordine judiciario tam advocatia quam beneficio exutus fuerit — — Vgl. unten §. 116. Note 19.

13) Leyser, meditationes ad pand. Spec. 167. med. 4. 5.

14) II. F. 8. §. 1. — 43. (f. oben Note 5.). — 26. §. 23. Si vassallus de beneficio suo agat vel conveniatur, sive obtineat sive non, licet ignorante domino fiat, omni tempore firmum erit illud iudicium; nam et transigere recte poterit, nec quod accepit transactionis nomine, feudum erit. — Baier. Lehenedict §. 85. (f. Note 7.). Ueber das Compromiß f. II. F. 15. pr. — 34. §. 1.

Ausspruch der Quellen kommen die an sich allerdings begründeten Bedenken mancher Feudisten nicht in Betracht, wenn sie auch auf das Gewohnheitsrecht einzelner Länder Einfluß gehabt haben mögen.<sup>15)</sup>

## §. 112.

## Von der Veräußerung der Lehen.

Daß weder der Lehensherr noch der Vasall eine Veräußerung des Lehengutes zum Nachtheile der betheiligten Lehenpersonen beliebig vornehmen können, liegt in der Natur des Verhältnisses und wird auch in den Quellen allgemein anerkannt. Die wichtigste Frage aber in dieser Lehre, — ob und inwiefern dem besitzenden Vasallen eine Veräußerung des Lehengutes gestattet ist? hat weder im deutschen noch im longobardischen Lehenrecht eine gleichmäßige principielle Beantwortung gefunden, indem unter den einzelnen Geschäften, welche hier in Betracht kommen können, unterschieden wird, die Untersagung der Veräußerung aber nicht immer dieselben Folgen hat, und, was besonders zu bemerken ist, in beiden Rechten für die ganze Lehre im Laufe der Zeiten abweichende Grundsätze geltend geworden sind.

Nach deutschem Lehenrecht war, abgesehen von der Austerbelehnung, wovon später, die Veräußerung des Gutes nur mit Zustimmung und durch die Hand des Herrn zulässig<sup>1)</sup>, so daß, wenn die von dem Vasallen einseitig vorgenommene Uebertragung nicht zur rechten Zeit rückgängig gemacht wurde, das Gut zur Strafe demselben entzogen wurde und nach dem strengeren

15) Vgl. im Allgemeinen Weber a. a. O. S. 357—64. 371—82.

1) Schwäb. Lehenr. Cap. 21. „Unde git ein man dem andern ein lehen zu kouffenne unde lobet ez im ze vertigen gegen sinem herren ane schaden. der man bitte sinen herren, daz er daz guot von im neme unde ez disem lihe. der herre verzihet ez im, er sol dem herren also liep tuon, daz er ez tu. wan der herre geweigert ez wol mit rehte.“ — Kaiserrecht (Gndemann) B. III. Cap. 27. — Richtigsteig Lehenr. Cap. 27. §. 1. Vgl. im Allgemeinen Homeyer, Sachsenpiegel II. 2. S. 425—37.



Rechte an den Herrn fiel.<sup>2)</sup> Während aber an manchen Orten das Recht des Herrn zu Gunsten des Vasallen beschränkt wurde<sup>3)</sup>, erstarkte das der Lehenerben, für welche ursprünglich wenig gesorgt war<sup>4)</sup>, und den Mitbelehnnten war ein Widerspruchsrecht gegen jede Art der Veräußerung von Anfang an gewahrt.<sup>5)</sup> — Anders noch gestaltete sich diese Lehre nach dem longobardischen Lehenrechte. In Italien hatte sich nämlich das Verhältniß sehr zum Nachtheile des Herrn entwickelt, indem es nach dortigem Gewohnheitsrechte dem Vasallen gestattet war, das Lehengut bis zur Hälfte unter Lebenden zu veräußern, ohne der Genehmigung des Herrn zu bedürfen, ja der mailändische Lehenshof diese Befugniß über das ganze Gut erstreckte, und nur einzelne bestimmte Geschäfte unbedingt untersagt waren.

---

2) Zur Wiedererlangung des veräußerten Lehens wurde dem Vasallen eine Frist gegeben, und erst wenn diese unbenuzt verstrichen war, dasselbe ihm entzogen; s. Schwäb. Lehenr. Cap. 25. — Nichtsteig Lehenr. Cap. 19. — Homeyer a. a. D. S. 507—9. — Die Regel, daß das Lehen dann dem Herrn heimfällt, hat das sächsische Recht; s. Sächf. Lehenr. Art. 14. §. 4. — Nichtsteig Lehenr. Cap. 9—20. — Homeyer a. a. D. S. 511. Das Schwäb. Lehenrecht Cap. 85. hat diese Strenge gemildert, indem es bestimmt: „Hat aber der man einen sun. dem sol der herre daz lehen lihen. Dehein kint sol dez vater schulde engelten. da ez selbe niut schulde an hat. wan daz were wider got.“ Ebenso das Kaiserrecht B. III. Cap. 32.

3) Homeyer a. a. D. S. 435—36.

4) a. a. D. S. 437—40. Doch wird hier auf Sächf. Landr. B. I. Art. 14. §. 2. ein zu großes Gewicht gelegt, da die Stelle nur von einer Erbtheilung des Vaters unter mehreren Söhnen handelt, und auch den Benachtheiligten im Allodialnachlaß ein Erbsaß geboten wird. Ein allgemeines Princip ist hier also nicht ausgesprochen, vielmehr schon die Gleichstellung des Lehenerben mit dem Landerben angebahnt.

5) Das folgt schon aus der Natur des ganzen Instituts; s. Sächf. Lehenr. Art. 32. §. 3. „Die wile sie en gut to samene hebbet die to samene belent sin, ir nen ne mach ane den anderen nenen deil dar af lien noch laten, dat he't den anderen mede verne; wende des die man nenen deil untwangen ne hevet, des ne mach he nenen deil lien noch laten. Ewat aver he dar af liet oder let, dat ne mach he selve nicht breken, it ne breke der en die't mit eme gemens hevet.“ — Art. 8. §. 1.

Eine Veräußerung bis zur Hälfte blieb vorläufig als rechtmäßig bestehen, und nur wenn das Lehen an den Herrn zurückfiel, konnte er sie anfechten.<sup>6)</sup> Gegen diese in dem älteren Theil des Liber feudorum anerkannte Gewohnheit traten nun aber die deutschen Kaiser im Interesse der Lehensherrn und insbesondere des Reichsdienstes auf. Lothar II. verbot bei Strafe des Verlustes der Lehen die Veräußerung derselben ohne die Genehmigung des Herrn<sup>7)</sup>, und Friedrich I. wiederholte

6) I. F. 5. pr. Quia supra dictum est, quibus modis feudum acquiratur et retinetur, nunc videamus, qualiter amittatur. — §. 2. Aut si libellario nomine amplius medietate feudi dederit, aut pro pignore plus medietate obligaverit, ita ut transactum permittat, vel dolo hoc egerit, amissione feudi mulctabitur. §. 3. His omnibus casibus feudum ad dominum revertitur. §. 4. Rursus si fidelis minus medietate libellario nomine dederit, et sine herede decesserit, et feudum ad dominum redierit, vel postquam ad libellum dederit vel pignori obligaverit, domino refutaverit, tunc ille, qui ab eo accepit, nullo jure adversus dominum se tueri poterit. — I. F. 13. Si clientulus voluerit partem suam feudi alienare, id est medium, sine domini voluntate, poterit hoc facere; ulterius progredi non potest secundum justum et verum usum, alioquin et feudum amittit et non valebit quod factum est. Quod dictum est alienare, intelligas de libello. (Huic consuetudini derogatum est per legem Lotharii.) §. 1. Mediolanenses vero irrationabiliter considerantes dicunt, clientulum etiam totum alienare posse et sine domini voluntate. — II. F. §. 3. Donare autem aut judicare pro anima (s. Lehe von den Erbvertr. I. S. 123. Note 36.) vel in dotem pro filia dare nullius curiae poterat consuetudine. —

7) II. F. 52. Imperialis benevolentiae proprium esse judicamus commoda subjectorum investigare, et eorum calamitatibus diligente cura mederi, similiter rei publicae bonum statum ac dignitatem imperii omnibus privatis commodis praeponere. — Per multas enim interpellationes ad nos factas comperimus, milites sua beneficia passim distrahere, ac ita omnibus exhaustis, suorum seniorum servitia subterfugere. Per quod vires imperii maxime attenuatas cognovimus, dum proceres nostri milites suos omnibus beneficiis suis exutos ad felicissimam nostri numinis expeditionem nullo modo transducere valeant. — itaque — decernimus, nemini licere beneficia, quae a suis senioribus habent, sine ipsorum permissione distrahere, vel aliquod commercium adversus tenorem nostrae constitutionis excogitare, per quod imperii vel dominorum minuatur utilitas. §. 1. Si quis vero contra haec nostrae legis saluberrimae praecepta ad hujusmodi illicitum commercium accesserit, vel aliquid in fraudem hujus legis machinari tentaverit, pretio ac beneficio se cariturnum agnoscat. —

diese Verfügung, indem er die allgemeine Richtung derselben gegen alle Arten der Veräußerung noch bestimmter hervorhob.<sup>8)</sup> Die Vorschriften sind aber so klar, daß ihr Sinn aus dem dispositiven Theile der Gesetze mit Sicherheit zu entnehmen ist, und eine Beschränkung desselben aus den für die Legislation angeführten Gründen nicht zulässig erscheint.<sup>9)</sup> Das Verbot jeder einseitigen Veräußerung des Gutes durch den Vasallen muß als das Princip des longobardischen Lehenrechts anerkannt und insoweit zur Anwendung gebracht werden, als nicht durch Gesetz oder Gewohnheit eine Ausnahme begründet erscheint.<sup>10)</sup>

8) H. F. 55. pr. — — a principibus italicis, tam rectoribus ecclesiarum, quam aliis fidelibus regni non modicas accepimus querelas, quod beneficiati eorum feuda, quae ab eis tenebant, sine dominorum licentia pignori obligaverant, et quadam collusionem nomine libelli vendiderant, unde debita servitia amittebantur, et honor imperii et nostrae felicitatis expeditionis complementum minuebatur. — ergo — — sancimus, ut nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignori, vel quocumque modo distrahere seu alienare, vel pro anima judicare sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur, unde Imperator Lotharius, tantum in futurum cavens, ne fieret, legem promulgavit. Nos autem — — non solum in posterum, sed etiam hujusmodi alienationes illicitas hactenus perpetratas hac praesente sanctione cassamus et in irritum deducimus, nullius temporis praescriptione impediende — —, emptori bonae fidei ex emto actione de pretio contra venditorem competente. §. 1. Callidis insuper machinationibus quorundam obviantes, qui pretio accepto, quasi sub colore investiturae, quam sibi licere dicunt, feudum vendunt et in alios transferunt, ne tale figmentum vel aliud ulterius in fraudem hujus nostrae constitutionis excogitetur, modis omnibus prohibemus, poena auctoritate nostra imminente, ut venditor et emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxisse, feudum amittant, et ad dominum libere revertatur. Scriba vero, qui super hoc instrumentum sciens conscripserit, post amissionem officii cum infamiae periculo manum amittit.

9) Wenn übrigens gesagt wird, als Grund der Anordnung werde bloß das Interesse des Reichsdienstes angeführt (Eichhorn, Einleitung. §. 226.), so ergibt Lothar's Gesetz, welches ausdrücklich auch auf das Interesse der Lehenherren Bezug nimmt, das Gegentheil.

10) Casp. Bitschius, commentarius in consuetudines feudorum, ad H. F. 55. Nr. 4. — Chr. Thomasius, de causis prohibita alienationis feudi. (Select. jur. feud. II. p. 168 — 216.) — Drtloff, Grundzüge

Allerdings stimmte die Strenge des Verbots nicht mit der deutschen Rechtsanschauung überein, und es erklärt sich daher, wenn Particularrechte sie vielfach milderten und auch die gemeinrechtliche Theorie sie zu ermäßigen suchte, indem man eine Veräußerung im engeren und im weiteren Sinne oder, was dasselbe sagen will, eine unerlaubte und eine erlaubte unterschied, zu der ersteren die Fälle rechnend, in denen durch die Uebertragung des Civilbesitzes die Lehenverbindung zwischen dem Herrn und dem veräußernden Vasallen unterbrochen wird, unter der letzteren dagegen die übrigen Fälle der Veräußerung begreifend.<sup>11)</sup> Allein eine solche Beschränkung des Veräußerungsverbots ist nicht im Sinne des späteren longobardischen Lehenrechts, wenn auch die älteren Vorschriften desselben über die Veräußerung, insoweit sie mit jenen Kaisergesetzen nicht in Widerspruch stehen, als geltend angesehen werden müssen.

I. Der Begriff der Veräußerung ist hier im Sinne des gemeinen Rechts zu nehmen, und zwar mit Einschluß der Verfügungen von Todes wegen; er umfaßt alle Fälle, die nicht aus einem besonderen Grunde von dem Verbote ausgenommen sind. Doch wird nur auf die vorsätzliche Handlung gesehen; ein Irrthum über die Lehenqualität des Gutes berechtigt den Vasallen selbst zur Anfechtung des Veräußerungsgeschäftes<sup>12)</sup>,

---

§. 364. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 581. — Baier. Lehenedict §. 86—90. — In II. F. 44. ist auch als Gegensatz der unerlaubten Veräußerung offenbar die mit Zustimmung des Herrn vollzogene bezeichnet.

11) Ganz genau stimmen freilich die Vertreter dieser Unterscheidung unter sich nicht überein; s. G. L. Boehmer, principia jur. feud. §. 259. sqq. — Pätz, Lehrbuch §. 135 ff. — Eichhorn, Einleitung §. 226—27. — Phillips, Grundsätze II. §. 224. — Mayr, Handbuch §. 122.

12) II. F. 26. §. 20. (18.) Si vasallus feudum alienavit ignorans, non domino, sed ipsi vasallo feudum restituendum est, ad interesse vero emtori ignoranti condemnandus est vasallus. cf. II. F. 42. — Auch bei einer Veräußerung des ganzen Vermögens (in generali alienatione) wird im Zweifel angenommen, daß das Lehengut nicht mit gemeint sei; s. II. F. 26. §. 19. — 51. pr.

und wenn dasselbe überhaupt noch nicht oder nur mit einem Vorbehalte, z. B. der einzuholenden Genehmigung vollzogen ist, so fehlt die Voraussetzung der gesetzlichen Vorschrift.<sup>13)</sup> Dieselbe bezieht sich aber überhaupt nur auf Veräußerungen, welche an dritte Personen, die nicht bereits in demselben Lehenverbande stehen, gemacht werden.<sup>14)</sup>

II. Die Wirkung der verbotenen Veräußerung ist der Verlust des Lehens, welches je nach dem Umfange des Geschäftes ganz oder theilweise ipso jure an den Herrn fällt, so daß dieser es mit der Eigenthumsklage, welche hier durch keine praescriptio definita ausgeschlossen wird<sup>15)</sup>, an sich ziehen kann.<sup>16)</sup>

III. Das Veräußerungsverbot ist zunächst nur im Interesse des Lehensherrn gegeben; auf die übrigen Lehenpersonen und namentlich die Agnaten<sup>17)</sup> wird dabei unmittelbar keine Rück-

13) G. L. Boehmer, principia juris feud. §. 272. — Eichhorn a. a. D. §. 227. Note k. — Pfeiffer a. a. D. S. 586. Note 80. Die Praxis hat sich hier von dem richtigen Gedanken leiten lassen, daß die angeführten Verordnungen zu wenig den Charakter der Strafgesetze an sich tragen, um die Berücksichtigung eines unter andern Umständen strafbaren Versuchs zu gestatten; vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 189. — Baier. Lehenedict §. 111. und unten §. 116. Note 20.

14) II. F. 13. §. 3. Si vero cum domini voluntate totum vel medium alienaverit, stabilis permaneat alienatio, fratri vero vel nepoti per libellum facta alienatio etiam sine voluntate domini. — II. F. 39. pr. — Et licet prohibeatur beneficii alienatio, inter agnatos tamen, si paternum fuit, conceditur, et si libellum unus alteri fecerit de feudo paterno, non est libellus, sed quasi refutatio.

15) II. F. 55. pr. — nullius temporis praescriptione impediende. — — 40. §. 1. — nulla obstante praescriptione. — Die unwordenliche Verjährung wird jedoch auch in diesem Falle jetzt allgemein zugelassen, und die Praxis ist geneigt, überhaupt die Acquisitivverjährung des dritten Besitzers gegen die Klage des Herrn aufrecht zu erhalten; s. v. Bülow und Hermann, pract. Erörterungen VII. Nr. 125. — Weber, Handbuch IV. S. 438—48. — Pfeiffer a. a. D. S. 615—19.

16) II. F. 49. pr. — Hodie autem, si (vasallus) ipsum (feudum) alienaverit, si quidem illicite, licet postea recuperaverit, tamen penes eum non remanebit, utpote domino, ad quemcunque pervenerit, apertum.

17) Den Agnaten stehen in dieser Beziehung aber die Mitbelehnten

sicht genommen. Da aber denselben gleich dem besitzenden Vasallen ein selbständiges Recht auf das Lehen zusteht, welches von diesem nicht verletzt werden darf, so sind auch sie befugt, eine einseitig vorgenommene Veräußerung anzufechten, und zwar mit der Eigenthumsklage, welche in dieser Anwendung *actio feudi revocatoria* heißt.<sup>18)</sup> Sie können dieselbe aber erst anstellen, wenn das Lehen im regelmäßigen Gange der Succession, welche durch die Veräußerung nicht unterbrochen wird, an sie gelangt ist; auch sind nach der richtigen Ansicht die Nachkommen des Veräußerers überhaupt von der Revocatorienklage ausgeschlossen.<sup>19)</sup>

---

des deutschen Rechts und die Ewentualbelehnten gleich; s. oben §. 106. Note 8.

18) Diejenigen, welche bei den s. g. Veräußerungen im weiteren Sinne auch dem Herrn erst bei dem Heimfall des Lehens die Eigenthumsklage geben, bezeichnen dieselbe in tiefer Anwendung gleichfalls als Revocatorienklage; s. Eichhorn a. a. O. §. 228.

19) II. F. 26. §. 14. Titius, filios masculos non habens, partem suam feudi Sejo, partem ejusdem feudi possidenti agnato suo concessit. Sempromius, proximior agnatus, mortuo demum Titio partem illam feudi nullo dato pretio recuperare potest. — §. 18. Si vasallus culpam committat, propter quam feudum amittere debeat, neque filius neque ejus descendentes ad id feudum vocabuntur, sed agnati, qui quarto gradu sunt, dummodo ad eos pertineat. — II. F. 31. Vasalli feudum delinquentis, licet ad agnatos quandoque pertineat, filius tamen ad id nullatenus adspirabit. — 39. pr. — 83. Die Streitfrage, ob die Nachkommen des Vasallen die von ihm vorgenommene Veräußerung anfechten können, hängt genau mit der anderen, noch weiter greifenden zusammen, ob die Nachkommen als Universal- oder Singularsuccessoren zu betrachten sind; s. Michelsen, zur Auslegung und Anwendung von II. F. 45.; in der Zeitschrift für deutsches Recht V. S. 210—25. Daß viele gründliche Feudisten gegen den klaren Ausdruck des longobardischen Lehenrechts auch den Nachkommen des Veräußerers die Revocatorienklage geben konnten, erklärt sich nur aus der Fiction des Stammlehen (seudum ex pacto et providentia majorum), dessen Gegensatz zum Erblichen die Nichtung des deutschen Adelsrechts auf das Zusammenhalten des Familienvermögens bezeichnet, wovon im folgenden Bande näher gehandelt werden wird. S. Hartm. Pistoris, quaest. jur. II. qu. 1. 2. 13. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. IV. §. 566. — Einleitung §. 228. 353. — Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 60 ff. Die für das

IV. Das Recht der Agnaten beschränkt aber auch die Wirkung des Veräußerungsverbotens für den Herrn; derselbe behält das ihm verfallene Lehen nur so lange, als der Veräußerer und seine lehenfähigen Nachkommen leben. Den Agnaten so wie den Mitbelehnten und Eventualbelehnten bleibt ihr Recht auch dem Herrn gegenüber für den Fall, daß sie zur Succession gelangen, vorbehalten, so daß, wenn solche überhaupt vorhanden sind, die Consolidation nur eine temporäre ist.<sup>20)</sup>

V. Durch die Zustimmung des Herrn und beziehungsweise der übrigen Berechtigten wird die Veräußerung rechtsgültig, ohne daß jedoch, wie sich von selbst versteht, der Herr durch die Zustimmung der Agnaten u. s. w. gebunden wird und umgekehrt.<sup>21)</sup> Das longobardische Lehenrecht geht dabei von der Ansicht aus, daß es nur auf die Einwilligung der zur Zeit der Veräußerung lebenden Agnaten ankomme, ohne auf deren Nach-

Recht der Descendenten (welches besonders v. Kampff, Versuch über das longobardische Lehengesetz II. F. 45. Göttingen 1794. vertreten hat), vorgebrachten Gründe sind zusammengestellt bei Weber a. a. D. S. 455—65. Die Literatur s. bei Eichhorn a. a. D. §. 228. Note n. — Neuere Particulargesetze haben zum Theil die den Descendenten günstige Ansicht angenommen (s. Baier. Lehenedict §. 122. — Hannov. Gesetz v. 13. Apr. 1836. §. 28.), zum Theil die entgegengesetzte (s. Goth. Lehensmandat §. 80. — Zacharia, Handbuch §. 93. 154.). Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 266 ff. vermittelt, indem es den vindicirenden Descendenten verpflichtet, dem Besitzer den gegebenen Werth und diewendungen zu ersetzen.

20) S. die vorhergehende Note.

21) I. F. 5. §. 5. Praeterea si ille, ad quem feudum per successionem jure obvenire debet, consenserit eos investire, ad quos secundum rectum morem non pertinet, nullo modo ad eum repetendum regressum habet. — I. F. 13. §. 3. (oben Note 14.) — II. F. 39. pr. Alienatio feudi paterni non valet etiam domini voluntate, nisi agnatis consentientibus, ad quos beneficium quandoque sit reversurum, nec in filiam vasallus poterit confirmare, agnatis non consentientibus vel postea ratum habentibus. — Ueber die Form der Zustimmung kommen particularrechtliche Vorschriften vor, s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 202. — Baier. Lehenedict §. 92. — Zacharia, Handbuch §. 142. Das gemeine Lehenrecht kennt aber solche Beschränkungen nicht; s. Pufendorf, observat. jur. III. obs. 144.

kommen und besonders auf die etwa nachgeborenen Kinder (die nascituri) Rücksicht zu nehmen; in der deutschen Jurisprudenz hat sich aber die Ansicht vielfach geltend gemacht, daß auch die Rechte dieser Personen als wohlervorbene zu wahren seien, und daß sie nur dann als aufgehoben angesehen werden dürften, wenn die Zustimmung von den Agnaten nicht allein für sich, sondern auch für ihre Erben (oder Nachkommen<sup>22</sup>) gegeben worden.<sup>23</sup> Es läßt sich aber diese Frage nicht außer dem Zusammenhange mit der allgemeinen Lehre, zu der sie gehört, vollständig erledigen; der agnatische Consens zu Veräußerungen ist nämlich seiner eigentlichen Bedeutung nach ein Erbverzicht, und die rechtliche Stellung dieses Geschäftes, besonders in Beziehung auf die Familie des deutschen Adels, darf hier nicht unberücksichtigt bleiben.<sup>24</sup> Die angeregte Frage ist daher später wieder aufzunehmen und nur im Allgemeinen zu bemerken, daß die Auffassung der longobardischen Quelle, insoweit sich keine Modificationen durch das deutsche Gewohnheitsrecht ergeben, für das gemeine Lehenrecht maassgebend sein muß.<sup>25</sup>

VI. So lange es dem Vasallen frei stand, einen Theil des Lehens ohne Zustimmung des Herrn zu veräußern, und diesem nur bei dem Heimfall ein Revocationsrecht gegeben war, konnte ein Retractrecht demselben von Wichtigkeit sein. Seitdem aber jede Veräußerung des Lehens im Interesse des Herrn verboten worden, und er durch die Bedingungen, an welche er seine Zustimmung knüpfen kann, das Rechtsverhältniß zu beherrschen im Stande ist, so fehlt in der Regel jene Voraussetzung

22) Vgl. Lehre von den Erbvertr. II. 2. §. 30. Note 64.

23) Weber a. a. D. §. 465—70. — Eichhorn a. a. D. §. 228.

24) §. Lehre von den Erbvertr. a. a. D. §. 215 ff.

25) Die Particularrechte entscheiden die Frage, ob die Einwilligung der Agnaten auch deren Nachkommen verpflichtet, im Allgemeinen nach dem Standpunkte, den sie in Betreff des Revocationsrechts der Nachkommen des Veräußerers eingenommen haben; s. Pr. U. L. R. a. a. D. §. 309. — Baier. Lehenedict §. 129.



für die Verwirklichung des Retractrechts, wenn es dem Herrn auch nach dem gemeinen Lehenrechte wohl nicht abzusprechen ist.<sup>26)</sup> Für die Agnaten, denen ein solches Recht gleichfalls gegeben ist, erscheint es dagegen von größerer Wichtigkeit; es liegt aber kein Grund vor, die Nachkommen des Veräußerers in diesem Fall günstiger zu behandeln, als bei der Revocatorienklage, und sie den Agnaten gleichzustellen.<sup>27)</sup> — Im Uebrigen ist der lehenrechtliche Retract nach den allgemeinen für dieses Institut geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, nur daß das Recht des Agnaten dem des Herrn vorgeht.<sup>28)</sup> — Die Particularrechte weichen sehr von einander ab, indem sie den Retract

---

26) II. F. 9. §. 3. (1.) — — Porro si de bona consuetudine, sive de prava quaeramus, concessa erat domino pro aequali pretio redemptio, nisi hoc beneficium amiserit dominus per refutationem, vel annali silentio, ex quo sciverit computando. Praescriptione autem triginta annorum submovebatur tam sciens, quam ignorans, in prohibendo autem vel redimendo potior erat proximi agnati, quam domini conditio, si tamen feudum erat paternum. — Die ganze Stelle handelt nur von dem älteren Rechte vor der Gesetzgebung Lothar's, und daher erklärt sich das Gewicht, welches auf das lehenherrliche Retractrecht gelegt wird. Anders verhält sich die Sache natürlich nach der Ansicht derjenigen, welche auch jetzt noch die Veräußerungen im weiteren Sinne dem Vasallen gestatten.

27) Die entscheidende Stelle ist II. F. 26. §. 14. Titius, filios masculos non habens, partem suam feudi Sejo, partem ejusdem feudi possidenti agnato suo concessit. Sempronius, proximior agnatus, mortuo demum Titio partem illam feudi nullo dato pretio recuperare potest; quodsi Titius filium haberet, pretio reddito etiam vivo Titio; quodsi consensit alienationi, vel per annum, ex quo scivit, tacuit, omnino removabitur. Wenn nach der richtigen Auslegung auch das Retractrecht dem Sempronius beigelegt ist, so erscheint ja der Sohn des Veräußerers ausdrücklich davon ausgeschlossen. Die entgegengesetzte Ansicht ist indessen sehr verbreitet. Vgl. überhaupt Pufendorf, observatt. jur. II. obs. 4. §. 8.

28) II. F. 9. §. 3. (oben Note 26.); vgl. Zacharia, Handbuch §. 157. — Die casuistischen Erörterungen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung zur Veräußerung das Retractrecht aufhebt (s. Weber, Handbuch IV. S. 477 ff.), sind auf die allgemeinen Regeln über die Auslegung der Willenserklärungen zurückzuführen.

der Lehenpersonen bald im weitesten Umfange zulassen<sup>29)</sup>, bald sehr beschränken<sup>30)</sup>, bald gar nicht mehr gestatten.<sup>31)</sup>

### §. 113.

Von der Veräußerung der Lehen. (Fortsetzung).

Nach Erörterung der allgemeinen Grundsätze, welche über die Veräußerung der Lehen gelten, ist noch zu untersuchen, in wiefern Ausnahmen von denselben vorkommen.

I. Die Afterbelehnung. Der Vasall ist befugt, auch ohne Genehmigung des Herrn das Lehen weiter zu verleihen, wenn nur der Beliehene (Aftervasall, *vasallus secundus*) lehenfähig ist, und das Geschäft nicht zur Verdeckung einer verbotenen Veräußerung eingegangen wird.<sup>1)</sup> Der erste Vasall bleibt aber im Lehenverbande, der überhaupt zum Nachtheile des Herrn nicht verändert werden darf, und der zweite ist dem Oberherrn zur Lehentreue, nicht aber zum Lehendienst unmittelbar verbunden, so lange noch sein Autor denselben zu leisten vermag.<sup>2)</sup>

II. Wenn der Vasall eine Präbialservitut auf das Lehen-

29) Zacharia, Handbuch §. 157.

30) Mecklenburg. L. G. G. Erbvergleich §. 454. — Declaratorverordnung v. 12. Febr. 1802. §. 4. — Das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 209. 304. erkennt das Vorkaufsrecht des Herrn und des Agnaten nur an, insofern es im Lehenvertrage oder in besonderen Gesetzen begründet ist.

31) Baier. Lehenedict §. 130. „Ein Einstandsrecht hat bei Lehenveräußerungen nicht statt.“

1) II. F. 26. §. 22. *Beneficium a vasallo in feudum, si nihil in fraudem legis fiat, recte dari potest, dum tamen militi detur.* II. F. 9. §. 2. — 55. §. 1. — Sächf. Lehenr. Art. 14. §. 4. — Homeyer, Sachsenpiegel II. 2. C. 431. — Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 140. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 210—27. Nach dem Baier. Lehenedict §. 24. sollen die Aftlerlehen erlöschen, auch wird §. 88. die einseitige Weiterverleihung noch besonders untersagt.

2) II. F. 55. §. 6. *Illud quoque praecipimus, ut si vasallus de feudo suo alium vasallum habuerit, et vasallus vasalli dominum domini sui offenderit, — feudo suo privetur, et ad dominum suum, a quo ipse tenebat, revertatur.* — 34. §. 3.

gut legt, so bleibt sie bestehen, bis dasselbe an den Herrn zurückfällt.<sup>3)</sup> Diese Ausnahme von dem allgemeinen Veräußerungsverbot darf aber, schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, nicht analog ausgedehnt werden, auch nicht auf die Bestellung eines Nießbrauchs, welcher unter den gemeinrechtlichen Begriff der Veräußerung fällt, wenn auch das deutsche Recht nicht so streng war.<sup>4)</sup>

III. Die Frau kann ein ihr zugehöriges Lehen, welches also ein Weiberlehen sein muß, ihrem Ehemanne als dos hingeben.<sup>5)</sup>

IV. Manche Feudisten behaupten, der Vasall könne das Lehen gültig zur Erbpacht austhun.<sup>6)</sup> Allein diese Ansicht ist selbst mit der Beschränkung, daß das Geschäft sich nur auf einzelne Stücke des Lehenguts beziehen dürfe<sup>7)</sup>, nach dem gemeinen Lehenrecht nicht haltbar<sup>8)</sup>, wenn auch in Particularrechten abweichende Bestimmungen vorkommen.<sup>9)</sup>

3) II. F. 8.

4) c. ult. C. de rebus alienis non alienandis. — Sächf. Lehenr. Art. 31. §. 1. „Dinget en man sine wive gut mit siner sone gelove die to iren jaren komen sin, dat ne kan weder die herre noch die kindere breken, of sie's getlich hevet. Lovet it die kindere binnen iren jaren, dat mogen sie breken unde nicht die herre.“ — Sächf. Landr. B. II. Art. 21. §. 3. Vgl. Weber, Handbuch IV. S. 340—42. — Eichhorn, Einleitung §. 223. Note i. scheint die Analogie der Asterbelehnung hier für zulässig zu halten.

5) II. F. 13. Titius a Sempronio talem investituram accepit feudi, ut haberet ipse, et heredes sui legitimi masculi, et iis deficientibus feminae. Porro Titius superstite tantum filia decessit. Ipsa a domino investita fuit et feudum in dotem dedit, maritoque superstite sine liberis decessit. Quaeritur, si ad maritum successio feudi pertineat? Responsum est, non pertinere. — II. F. 17.

6) Die Vererbpachtung wird dann zu den Veräußerungen im weiteren Sinne gerechnet; s. Päß, Lehrbuch §. 136. — Eichhorn a. a. D. §. 227. Note h.

7) G. L. Boehmer, principia jur. feud. §. 263. Note b. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 582—84.

8) Das Princip des Veräußerungsverbots ist entscheidend, welche Bedeutung man auch dem contractus libellarius beilegen mag; s. II. F. 52. 55. — Thomasius, selecta jur. feud. II. p. 189—97.

9) Das Baier. Lehenedict §. 89. 90. folgt der strengeren Ansicht,

V. Die Verpfändung des Lehens ist sowohl nach dem longobarbischen als auch nach dem älteren deutschen Rechte ausdrücklich untersagt<sup>10)</sup>, und wenn auch nach den Geschäftsformen der damaligen Zeit anzunehmen ist, daß bei diesem Verbote zunächst nur an die ältere Satzung mit Besitzübertragung gedacht worden, so schließt doch der Begriff der Veräußerung im Allgemeinen auch die Bestellung einer Hypothek in sich.<sup>11)</sup> In der That hat man dieses Geschäft auch nicht zu den s. g. Veräußerungen im weiteren Sinne gerechnet, sondern ist nur darauf bedacht gewesen, es vor der strengen Wirkung des Veräußerungsverbots zu bewahren und seine Wirksamkeit in Betreff der Lehenfrüchte, auch wenn es nicht besonders auf diese gerichtet war, zu sichern<sup>12)</sup>; in der That wird sich ein gemeines Gewohnheitsrecht für diese, in der Praxis vielfach geltend gemachte Auffassung noch am Ersten vertreten lassen<sup>13)</sup>, und jedenfalls darf wohl mit Hinblick auf die Regel, daß die Veräußerung, um mit dem Verlust des Lehens bestraft zu werden, vollzogen sein muß, angenommen werden, daß nicht

---

während das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 192—93. die Gültigkeit des Geschäftes im Allgemeinen anerkennt. Auch das particulare Gewohnheitsrecht kann eine mildere Auffassung rechtfertigen: nur wird sich daraus schwerlich mit Weber a. a. D. S. 394. eine gemeinrechtliche Observanz deduciren lassen.

10) II. F. 55. pr. — — ut nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignorarē, vel quocunque modo distrahere seu alienare. — Sächf. Lehenr. Art. 68. §. 3. „Set ek en man sin len ut ane sinēs herren orlof van deme he't hevet, die herre mut ime wohl gebieden mit ordelen, dat he't lose binnen ses weken, unde ne dut he's nicht, he gewedbet daromme.“

11) c. ult. C. cit.

12) J. H. Boehmer, exercitationes ad pand. III. ex. 58. De diverso pignoris et hypothecae jure II. §. 12—15. — ex. 59. De hypotheca feudali expressa I. §. 2. II. §. 18. — G. L. Böhmmer, Rechtsfälle II. 1. Nr. 114. II. 2. Nr. 151. — Päß, Lehrbuch §. 142. — Eichhorn, Einleitung §. 230. — Pfeiffer in Meiske's Rechtslexikon VI. S. 622—24.

13) Ortloff, Grundzüge S. 366. — Mayr, Handbuch §. 126. — Phillips, Grundsätze II. §. 226.

schon die Bestellung der Hypothek, sondern erst die Pfandveräußerung diese Folge nach sich zieht.<sup>14)</sup> — Die Zustimmung des Lehenherra und der Agnaten hat aber auch hier die regelmässige Wirkung<sup>15)</sup>, und so wie die Bestellung einer generellen Hypothek im Zweifel nicht auf das Lehen zu beziehen ist<sup>16)</sup>, so kann auch ein stillschweigendes Pfandrecht dasselbe nach gemeinem Rechte nicht erfassen.<sup>17)</sup> — Die neueren Hypothekengesetze haben übrigens zur Ordnung dieser Verhältnisse insofern wesentlich beigetragen, als die Anmerkung der Lehenqualität im Hypothekenbuch und die Auflassung mit obrigkeitlicher Voruntersuchung der Ausführung verbotener Verpfändungen entschieden entgegenwirken; in Einzelnen kommen freilich manche abweichende Bestimmungen vor.<sup>18)</sup>

VI. Letztwillige Verfügungen und Erbverträge über das Lehen sind zum Nachtheile anderer Lehenpersonen unbedingt ungültig, so daß auch die Söhne des Testators sie nicht anzuerkennen brauchen, selbst wenn es sich nur um die Erbtheilung handelt.<sup>19)</sup> Das ältere deutsche Recht war in

14) So oben §. 112. Note 13. — Drlloff a. a. D.

15) Eine weitläufige, zum Theil sehr spize Casuistik über diese Frage f. bei J. H. Böhmer in der angef. exercitatio 59. — Weber a. a. D. S. 403 ff. — Pfeiffer a. a. D. S. 624—28.

16) II. F. 26. §. 19. — 51. pr.; f. §. 112. Note 12.

17) J. G. Bauer, de hypotheca feudali tacita, in Saxonia restituta, in opusc. acad. II. Nr. 60.

18) S. z. B. Pr. A. R. R. a. a. D. §. 228—60. — R. Sächf. Gesetz v. 6. Nov. 1843. §. 11. 12. 35. 36. Ueber das baierische Recht vgl. Mayr a. a. D. §. 127.

19) Zu den allgemeinen Bestimmungen in II. F. 9. §. 3. — 55. pr. kommt noch die Vorschrift in I. F. 8. pr. Sequitur de successione feudi videre. Si quis igitur decesserit filiis et aliabus superstitibus, succedunt tantum filii aequaliter, vel nepotes ex filio loco sui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente. Wenn Eichhorn a. a. D. §. 232. Note e. zur Unterstützung seiner, der gemeinen Meinung entgegengesetzten Ansicht, daß auch in diesem Fall die Nachkommen an des Vaters Verfügung gebunden sind, fragt: warum der Nachsatz auf das aequaliter, welches nur gelegentlich berührte Nebenbestimmung, und nicht

letzterer Beziehung weniger streng<sup>20)</sup>, wie denn überhaupt unter dem hohen Adel im Interesse der Familie manche Geschäfte aufrecht erhalten worden sind, deren ursprüngliche Rechtsbeständigkeit bezweifelt werden kann.<sup>21)</sup> Später machte sich auch in Betreff der Reichslehen die immer steigende Macht und Selbständigkeit der landesherrlichen Gewalt geltend, so daß sogar die Frage aufgeworfen werden konnte, ob nur die kaiserliche Bestätigung für die Erbverbrüderungen, insofern sie sich auf Reichslehen bezogen, wesentlich sei. Indessen blieb die Regel, wenn auch nicht unangefochten, bestehen; die eigentlichen Träger des Geschäfts waren jedoch die contrahirenden Häuser, zu deren Vertrag die kaiserliche Genehmigung nur verstärkend hinzutrat.<sup>22)</sup>

VII. Veräußerliche Lehen. Nach gemeinem Recht wird die Unveräußerlichkeit nur zu den natürlichen Eigenschaften des Lehens gerechnet, so daß im Lehenvertrage Abweichungen von der Regel festgestellt werden können.<sup>23)</sup> Diese sind zunächst

vielmehr auf den Hauptsatz, das mangelnde Successionsrecht der Töchter, gehen solle? so ist darauf zu antworten, daß der Nachsatz allgemein lautet, und überhaupt auf die successio feudi sich bezieht. Vgl. im Allgemeinen Weber a. a. D. S. 515—44. — Baier. Lehenedict §. 131—36.

20) Sächf. Landr. B. I. Art. 14. §. 2.; vgl. §. 112. Note 4. — Pr. A. L. N. a. a. D. §. 285.

21) Lehre von den Erbverträgen II. 2. §. 15.

22) a. a. D. I. §. 13. — II. 2. §. 17. — Wahlcapitulation v. 1711. Art. 1. §. 9.

23) II. F. 26. §. 25. Feudum ea lege datum, ut ipse et heredes sui, masculi et feminae, et cui dederit, habeant, iisdem culpis amittitur, quibus et aliud feudum. Quod si vasallus alienavit, feudum esse desinit apud emptorem. — 48. Si quis ea lege alicui feudum dederit, ut ipse, et sui heredes, et cui ipse dederit, habeant? Respondeo: iste, qui sic accepit, poterit id vendere, vel donare, vel aliter, si sibi placuerit, etiam sine voluntate domini alienare, et ille etiam, cui datum fuerit, non habebit ipsum pro feudo, nisi sicut ei datum est. Sed qualitercunque ei datum fuerit, sive ad proprium, sive ad libellum, licet propriam feudi naturam non habeat, jure tamen feudi censebitur, ut ex his causis ipsum amittat, quibus et verum feudum. Ubi ergo sic datum est feudum: et cui in feudum dederis, aliud est et propriam feudi naturam habet. — Ueber die verschiedene Wirkung der Formel: cui dederit und: cui in feudum dederit f. Bitschius,

nach dem Inhalte der einzelnen Verleihungen zu beurtheilen, im Allgemeinen aber wie jede Improperität streng zu interpretiren; die Rechte der Agnaten auf die Revocatorienklage und das Retractrecht erscheinen namentlich nur insoweit ausgeschlossen oder beschränkt, als der Lehenvertrag, aus welchem sie ihre Ansprüche herleiten, dieses mit sich bringt.<sup>24)</sup> — Viel wichtiger als diese Vorschriften des gemeinen Rechts sind die abweichenden Grundsätze, welche in manchen Particularrechten über die erweiterte Befugniß der Vasallen in Betreff der Lehenveräußerung vorkommen. Besonders in den früher slavischen Ländern, zu denen das Lehenwesen erst mit der Germanisirung gebracht wurde, finden sich solche Abweichungen<sup>25)</sup>, welche im Allgemeinen die gleiche Richtung verfolgen, wenn auch in der weiteren Ausbildung wieder sehr erhebliche Verschiedenheiten sich zeigen. So ist z. B. in Mecklenburg das Lehen, welches nicht auf dem äußersten Fall der Anwartsung oder Eröffnung steht, den wichtigsten Veräußerungsbeschränkungen entzogen, indem der Lehenherr seinen Consens zur Veräußerung nicht verweigern kann, und den Agnaten keine Revocatorienklage und nur bei alten Lehen das Retractrecht gegeben ist.<sup>26)</sup> Auch trägt das mecklenburgische Lehen Schulden, wird im Concurß veräußert und fällt dann aus der Familie.<sup>27)</sup> In andern Gegenden kommen wieder andere Bestimmungen vor.<sup>28)</sup>

comment. in consuetudines feudorum lib. II. tit. 26. Nr. 2. und überhaupt: Chr. Thomasius, de feudo alienabili in select. jur. feud. II. p. 218—72. — G. L. Mencken, de illicita feudi alienabilis alienatione. Viteb. 1717. 4. — G. L. Kraus, de feudo alienabili. Erlang. 1770. — J. Ch. Woltaer, de feudo alienabili. Halae 1772.

24) Mit dieser Beschränkung ist die von Eichhorn, Einleitung §. 233. aufgestellte Ansicht zu billigen.

25) Vgl. Gaupp, in der Zeitschrift für deutsches Recht III. S. 49.

26) Mecklenb. Landesreversalen v. 1572. Nr. 8. — Landes-G. Erbvergleich v. 1755. §. 471—72. — Declaratorverordnung v. 12. Febr. 1802.

27) Landesreversalen v. 23. Februar 1621. Art. 31. — L. G. G. Erbvergleich §. 457. — Declaratorverordnung v. 12. Febr. 1802.

28) Ueber Pommern s. D. Mevius, rechtliches Bedenken über

## §. 114.

## Von den Lehenschulden.

Aus dem Grundsatz, daß der Vasall das Lehengut nicht einseitig veräußern darf, folgt auch, daß er nicht befugt ist, es mittelbar durch Verschuldung dem Herrn und den Agnaten zu entziehen; seine Gläubiger können ihre Befriedigung nicht im Wege der Hülfsvollstreckung durch die Sache selbst erhalten, sondern müssen sich mit dem während seines Besitzstandes bezogenen Ertrage (den Lehenfrüchten) genügen lassen. Dazu kommt, daß auch die Lehenfolger als solche nur, wenn sie Nachkommen des letzten Besitzers sind, dessen Schulden zu bezahlen brauchen, und zu diesem Behuf mit den Lehenfrüchten haften<sup>1)</sup>, das Lehengut selbst aber unter allen Umständen den übrigen Lehenpersonen erhalten werden muß. Dieß strenge Princip, welches das longobardische Recht im Ganzen consequent durchgeführt hat, ist aber in deutschen Particularrechten und zum Theil auch in der gemeinrechtlichen Praxis durch manche Ausnahmen beschränkt worden, woraus sich die schwierige Lehre von den Lehenschulden entwickelt hat.<sup>2)</sup> Der Begriff kommt nämlich

die Verschuldbarkeit der pommerschen Lehen bei Lünich, *corpus jur. feud.* II. p. 1478—1542. — v. Schweder, Anmerkung über die Hinter-Pommersche Lehn-Constitution (Rostock und Wismar 1755. 4.) Tit. 22. — Zettwach, das Pommersche Lehnrecht S. 85 ff. — Ueber die Lehen in der Oberlausitz s. Lünich l. c. p. 690—731. — in Schlesien: Jacob. Schickfusius de Neudorff, *consuetudines Silesiae feudales* tit. 18. l. c. III. p. 499. sqq.

1) II. F. 45.

2) Ehr. Dabelow, Versuch einer richtigen Theorie der Lehren von den Lehenschulden, dem Lehnconcourse u. s. w. Abth. I. Halle 1797. 4. — C. F. Steinacker, *selecta capita ad locum de debitis feudalibus*. P. I. Lips. 1823. 4. — Hagemann, *Landwirthschaftsrecht* §. 414—20. — Weber, *Handbuch* IV. S. 576—662. — J. Weiske, *Abhandlungen aus dem Gebiete des teutschen Rechts* (Leipzig 1830.) Nr. 9. — Mayr, *Handbuch* §. 146—55. — Pfeiffer in *Weiske's Rechtslexikon* VI. S. 479—98. — Zacharia, *Handbuch* §. 190—209. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 228—60. — Bad. Lehenedict §. 30—32. — Baier. Lehenedict §. 144—70. — Den größten Einfluß auf die



in verschiedener Anwendung vor, je nachdem alle Lehenpersonen mit Einschluß des Herrn gewisse Schulden zahlen müssen und auch die Substanz des Lehens dafür verhaftet ist, oder die Verpflichtung nur gewisse Personen zum Belauf der von ihnen gezogenen Lehenfrüchte trifft.<sup>3)</sup> Es ist aber außerdem noch die Nebenbedeutung in Betracht zu ziehen, daß es bei den Lehenschulden nicht allein auf die Bezahlung der Gläubiger durch andere Personen, als den Vasallen ankommt, sondern auch auf ein Vorzugsrecht derselben vor Allodialschulden, insbesondere rücksichtlich der Lehenfrüchte. Da diese aber nach der Trennung die Eigenschaft eines Allods annehmen, so ist die Durchführung jener Bevorzugung der Lehenschulden nur in Folge eines bestimmten Rechtsfalles möglich, der mit dem Begriff derselben an und für sich nicht nothwendig verbunden ist, und eine Erweite-

Lehre von den Lehenschulden haben die sächsischen Constitutionen mit Garyzov's Commentar und seiner Schrift *de oneribus vasalli feudalibus* (Lips. 1654. 4.) ausgeübt; eine dogmengeschichtliche Bearbeitung derselben müßte hier vorzugsweise anknüpfen. S. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 46. „Ob wohl gemeiniglich von den Lehngütern die Lehnsfolger, des verstorbenen Besitzers hinterlassene Schuldt abzutragen nicht schuldig seyn. Wann aber mit ihrer Bewilligung solche Schuldt gemacht, und auff die Lehn verschrieben, oder do die Schuldt wegen Aufsteuerung der Töchter oder Schwestern, oder zu Ablegung der Leibgedinge aufgenommen, oder es weren dieselben Schulden in nützliche Besserung des Lehnguts gewendet, in solchen und dergleichen Fällen sollen solche Schulden durch die Lehnsfolger auß dem Lehn vergnüget, und die Landerben damit verschonet werden. — Also auch do es sich zutrüge, daß einer zu Erkauffung etlicher Lehngüter Geld aufgenommen, und hette dasselbige, so er zu nichts anders dann allein zu Bezahlung des Lehnguts angewandt, ganz oder zum theil, bei seinem leben nicht abgelegt, so soll diese Schuld durch die Lehnsfolger, welche solche Lehngüter bekommen, bezahlt werden.“

3) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 228. „Der Vasall kann die Substanz des Lehens überhaupt nicht, und die Nutzungen desselben nicht über seine Besitzzeit hinaus, eigenmächtig mit Schulden beschweren, oder sonst belasten. §. 229. Nur solche Schulden des Vasallen treffen, zum Nachtheile des Lehnsheeren, das Lehen oder dessen Früchte, die entweder die Gesetze für Lehnschulden ausdrücklich erklären, oder in deren Aufnehmung der Lehnsheer gewilligt hat.“ — Zachariá a. a. D. §. 190. — Pfeiffer a. a. D. S. 479.

zung des Lehenverhältnisses über seinen ursprünglichen Kreis hinaus mit sich bringt. Man bezeichnet dieß wohl mit dem Ausdruck, daß die Lehenschuld vom Lehen zu zahlen ist<sup>4)</sup>; es muß aber dabei das Mißverständniß vermieden werden, als ob es sich von einer dinglichen Belastung des Lehens handelt, da eine solche ohne rechtsgültige Verpfändung nicht vorliegt, selbst wenn alle Lehenpersonen für die Bezahlung der Schuld einstehen, und die Hülfsvollstreckung gegen die Substanz des Gutes gerichtet werden kann.<sup>5)</sup>

I. Man theilt die Lehenschulden ein:<sup>6)</sup>

a. in gesetzliche und consentirte (*debita feudalia legalia und conventionalia s. consensuata*), je nachdem eine Rechtsregel sie unmittelbar begründet, oder sie auf der Zustimmung der Lehenpersonen beruhen. Die ersteren werden auch wohl Lasten des Lehens (*onera feudi*) genannt.<sup>7)</sup>

b. in unbedingte und bedingte (*debita feud. absoluta und respectiva*), von denen jene gegen alle Lehenpersonen, mit Einschluß des Herrn, diese nur gegen einzelne geltend gemacht werden können.

c. in nothwendige und subsidiäre (*debita feud. necessaria und subsidiaria*). Die letzteren treffen den Lehenbesitzer nur, wenn die Zahlung mit den allodialen Mitteln nicht

4) G. L. Boehmer, *principia jur. feud.* §. 314. — — *ex feudo solvendum est.*

5) F. Kämmerer, *Beitrag zur Lehre von der aus dem Lehn zu entrichtenden Brautgabe.* Nach Mecklenburgischem Rechte (Rostock 1839.) S. 37 ff. Diese auch für das gemeine Recht wichtige Ausführung ist zunächst gegen v. Nettelbladt, *Rechtsprüche* IV. Nr. 1. S. 18. 19. gerichtet.

6) Mahr a. a. D. §. 148. Die Eintheilung ist übrigens, wie so manche in der Doctrin hergebrachte, weder ganz genau noch vollständig, aber zur Bezeichnung bestimmter Beziehungen einmal üblich. Die Particularrechte weichen vielfach ab, s. Gothaisches Lehnsmandat §. 96. — Baier. Lehenedict §. 149., vgl. unten Note 17.

7) G. L. Boehmer l. c. — Eichhorn a. a. D. §. 234. a. G.

zu beschaffen ist; die ersteren unmittelbar, ohne Rücksicht auf dieses Verhältniß.

II. Für die Lehenschulden gelten folgende allgemeine Rechtsgrundsätze.

a. Die Schuld ist an den Besitz des Lehens geknüpft, so daß der einzelne Lehensfolger erst, nachdem er in den Besitz gelangt ist, wegen Zahlung in Anspruch genommen werden kann. Man pflegt daher dem Gläubiger eine *actio in rem scripta* beizulegen.<sup>8)</sup>

b. Der Schuldner haftet, insofern nicht ein anderer Obligationsgrund hinzutritt, nur mit dem Ertrage und beziehungsweise der Substanz des Lehens, nicht aber mit dem Allodialvermögen; auch geben Particularrechte ihm das *beneficium competentiae*.<sup>9)</sup>

c. Die Hülfsvollstreckung wegen Lehenschulden kann, wenn nicht die Substanz des Gutes selbst von ihnen erfaßt wird, nur auf den Ertrag gerichtet werden, und ist durch Immissio oder Sequestration zu bewirken; im Fall des Concurseß muß eine Separatmasse gebildet werden.<sup>10)</sup>

### III. Arten der Lehenschulden.

a. Die gesetzlichen. Das longobardische Lehenrecht erkennt in einem besonderen Fall die Verpflichtung zur Alimention eines Vasallen an, der wegen körperlichen Gebrechens

8) Eichhorn, Einleitung §. 237.

9) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 550—57. Ueber Hannover s. Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 5. IV. Nr. 23. 69. — v. Bülow und Sagemann, pract. Erörterungen VI. Nr. 5. — Grefe, Leitfaden II. §. 62. Gemeinrechtlich ist aber diese Anwendung der Rechtswohlthat nicht zu begründen, weder aus der Analogie römisch rechtlicher Bestimmungen noch der kirchlichen Beneficien, wie Strube selbst (a. a. D. I. Nr. 5. §. 2.) anerkennt.

10) Das Nähere gehört in das Proceßrecht; s. im Allgemeinen J. A. Hellfeld, *opera min.* I. Nr. 22. 23. — Zachariä, Handbuch §. 205—9. — Weber a. a. D. S. 621—32. — Ortloff, Grundzüge S. 378. — Pfeiffer a. a. D. S. 489—92. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 257.

das Lehen nicht erhalten kann.<sup>11)</sup> Daraus hat die deutsche Praxis die allgemeine Regel gebildet, daß jeder Lehensfolger, welcher wegen körperlicher oder geistiger Unfähigkeit in das Lehen nicht succediren kann, einen Anspruch auf Alimentation aus dem Lehen (*alimentaria provisio*) hat, jedoch nur im Falle des Bedarfs, so daß die darauf gegründete Lehenschuld zwar eine absolute, aber nur eine subsidiäre ist. Diese Regel ist nach dem Grunde des Gesetzes auch für das gemeine Recht anzuerkennen, andere Arten der gesetzlichen Lehenschulden haben dagegen nur eine particularrechtliche Bedeutung.<sup>12)</sup> Es gehören dahin, abgesehen von den Fällen, wo die erweiterte Veräußerungsbefugniß des Vasallen auch auf die Verschuldbarkeit des Lehens einwirkt<sup>13)</sup>: die Begräbniskosten des verstorbenen Vasallen, zu denen Einige noch die Kosten der letzten Krankheit rechnen<sup>14)</sup>; die Verpflichtung, die Töchter des verstorbenen Vasallen zu alimentiren und zu dotiren, bald als nothwendige, bald als subsidiäre Lehenschuld<sup>15)</sup>; die Verbindlichkeit, der Wittwe

11) I. F. 6. §. 3. *Mutus feudum retinere non potest, scilicet qui nullo modo loquitur, sed si feudum fuerit magnum, quo ei ablato se exhibere non valeat, tum ei relinqui debet, unde se sustinere possit.* Vgl. Weber a. a. D. 583—85.

12) Päß, Lehrbuch §. 158. — Orloff, Grundzüge §. 201. Note a. — Pfeiffer a. a. D. S. 486. A. N. ist mit vielen Anderen Eichhorn a. a. D. §. 235. — Das Pr. A. L. N. a. a. D. §. 230 ff. verweist zunächst auf die Provinzialgesetze und stellt nur einige allgemeine Bestimmungen auf.

13) S. oben §. 113. Note 23—28.

14) D. Mevius, *decisiones* II. Nr. 124., jedoch zunächst mit Bezugnahme auf das pommersche Lehenrecht. — C. L. Krell, *de vasallo ad impensas in funus decessoris faciendas in subsidium obligato*. Viteb. 1737. 4. Daß dieß nur eine subsidiäre Lehenschuld ist, wird allgemein anerkannt.

15) Ueber das sächsische Recht s. Zacharia, Handbuch §. 196. — Kind, *quaestiones for.* (edit. II.) I. Nr. 30., über das hannoversche Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 57. — v. Bülow und Hagemann, *pract. Erörterungen* VI. Nr. 5. — Grefe, *Leitfaden* II. §. 62., über das pommersche Zettwach, das pommersche Lehenrecht S. 171 ff., über das mecklenburgische Landesreversalen v. 1621. Art. 27. 31. — Rämz

ein Leibgeding oder Witthum zu geben, wobei natürlich das Vorhandensein solcher Institute vorausgesetzt wird.<sup>16)</sup>

Auf gewisse Weise können auch diejenigen Lehenschulden zu den gesetzlichen gerechnet werden, welche in Folge einer Verwendung auf das Lehengut nach den in der Praxis ausgebildeten Regeln über die in rem versio begründet sind. Was über die bloßen Meliorationen und deren Erfaß und Berechnung gilt, gehört nicht hierher, sondern nur der Fall, wenn zum dauernden Vortheile des Lehens oder einzelner Lehenfolger eine Schuld contrahirt ist, für welche diejenigen Lehenpersonen haften, zu deren Besten sie verwendet ist.<sup>17)</sup> Es werden hierher gerechnet Schulden, welche zum Ankauf des Lehens<sup>18)</sup> oder zur Abfindung einzelner Lehenfolger, oder zur Bezahlung älterer Lehenschulden gemacht sind<sup>19)</sup>; solche, die außer den gewöhnlichen Reparaturkosten u. s. w. zur dauernden Verbesserung der Substanz des Lehens gemacht sind, wozu auch die Befreiung von Hypotheken, Servituten und anderen dinglichen Lasten zu rechnen ist<sup>20)</sup>; endlich Schulden, die zum Zweck der Proceßführung über das

merer, Beitrag zur Lehre von der aus dem Lehn zu entrichtenden Brautgabe. Rostock 1839. (insbesondere gegen v. Kämpf, Handbuch des mecklenb. Civilrechts §. 209.)

16) P ä ß, Lehrbuch §. 153—54. — Weber, Handbuch IV. S. 633—46. — Zachariä a. a. D. §. 197—200. — Eckardt, das Witthum, in der Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 435—93.

17) Ortkloff a. a. D. S. 374—75. Das Baiern. Lehenedict §. 149 ff. unterscheidet zwei Gattungen der Lehenschulden: die aus der Verwendung und die consensirten. Zu den ersteren sollen nach §. 150. nur diejenigen gehören, „welche zum beständigen und erweislichen Nutzen des Lehens verwendet wurden“; dennoch soll nach §. 152. für die Lehenfolger auch dasjenige dahin gerechnet werden, „was auf gültige und rechtsbeständige Erkaufung des Lehens verwendet wurde.“

18) G. L. Mencken, residuum ex pretio, quo feudum emtum est, ad debita feudalia recte refertur bei Zepernick, anal. I. Nr. 30.

19) Pufendorf, observationes jur. III. obs. 139. — Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 145.

20) G. Schweder, de meliorationibus feudi in dispuitt. I. Nr. 4. — Pufendorf l. c. obs. 143.

Lehen contrahirt sind.<sup>21)</sup> Welche Lehenpersonen im einzelnen Fall für diese Schulden zu haften haben, hängt davon ab, zu wessen Vortheil die Verwendung geschehen ist; überhaupt kommen die allgemeinen Grundsätze über die in rem versio, soweit die besonderen Verhältnisse es gestatten, hier zur Anwendung. — Der Gesichtspunkt der in rem versio kann aber auch noch in einer anderen Beziehung maassgebend werden, wenn nämlich die Frage entsteht: ob die Allodialerben Ersatz für die von dem verstorbenen Vasallen bezahlten Lehenschulden von dessen Lehenfolgern fordern können. Bei der Beantwortung dieser Frage können sehr verschiedene Momente maassgebend sein, und selbst die Pflichttheilslehre eingreifen; der entscheidende Punkt wird aber sein, ob der Verstorbene zur Zahlung selbständig und hauptsächlich verpflichtet war, oder ob er, indem er sie leistete, ganz oder doch vorzugsweise das Interesse anderer Lehenpersonen wahrgenommen hat.<sup>22)</sup>

b. Die consentirten Lehenschulden. Sie werden wie die Verpfändung des Lehens durch die Einwilligung der Lehenpersonen begründet, und sind, je nachdem alle oder nur einzelne derselben zugestimmt haben, bald unbedingt, bald nur bedingt wirksam, verpflichten auch in der Regel die Lehenfolger nur in subsidium, wenn die Allodialmasse nicht ausreicht.<sup>23)</sup>

c. Den Lehenschulden verwandt, aber doch als ein eigen-

21) Pufendorf l. c. II. obs. 128. — v. Cramer, weglar. Nebenstunden Th. 36. Nr. 1. §. 7.

22) J. A. Hellfeld, de herede allodiali debita feudalia soluta a vasallo repetente. Jen. 1755. 4. — Kind, quaestiones for. (edit. II.) I. cap. 15. — v. Bülow und Sagemann, pract. Erörterungen V. Nr. 29. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 483—84. — Particularrechte schließen die Ersatzverbindlichkeit ganz aus (Gothaisches Lehensmandat §. 142.), oder erkennen sie nur in bestimmten Fällen an, s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 592 ff.

23) Zu weit geht doch G. L. Böhmer, Rechtsfälle II. 1. Nr. 115., wenn er die subsidiäre Natur der consentirten Lehenschulden ganz unbedingt behauptet, worin ihm Eichhorn, Einleitung §. 235. beistimmt. Der besondere Vertrag kann auch hier modificiren.

thümliches Rechtsinstitut zu behandeln ist der Lehenstamm (constitutum feudale), welcher jedoch nicht in dem gemeinen, sondern im sächsischen Recht seine principielle Ausbildung erhalten hat.<sup>24)</sup> Daß man sich dieß nicht immer vergegenwärtigt hat, konnte nur zu manchen Verwirrungen führen, welche durch die Vieldeutigkeit des Ausdrucks befördert wurden. Hat man den Lehenstamm doch sogar als gleichbedeutend mit dem Geldlehen genommen<sup>25)</sup>, und auch die Reversgelder, welche Mitbelehnnte auf Grund eines Reverses an die Cognaten der ausgestorbenen Familie zu zahlen haben, darunter befaßt.<sup>26)</sup> Der Lehenstamm bedeutet aber im technischen Sinne ein Capital, welches zum Besten gewisser Lehenfolger in der Art auf ein Lehengut gelegt ist, daß es, obgleich seiner Natur nach allodial<sup>27)</sup>, doch in Betreff der Veräußerung und Vererbung nach Lehenrecht beurtheilt wird, und also dem Familienfideicommiß nahe verwandt ist. Davon ist wieder das Lehenquantum verschieden, wenn das Anrecht der Mitbelehnnten auf einen bestimmten Betrag vom Werthe des Lehenguts beschränkt ist.<sup>28)</sup> — Das Nähere hängt von der Particulargesetzgebung und der Anordnung des einzelnen Falles ab.

---

24) Der Lehenstamm findet sich freilich auch im mecklenburgischen Lehenrechte (Tornovius, de feudis Meclenburg. I. p. 323.), so wie in dem pommerschen (A. Balthasar, de pecunia feudali vulgo: Lehn-Stamm, in specie Pomeranica. Gryphisw. 1738. cap. 2.) und in dem märkischen (Schepelitz, consuetud. March. P. 4. tit. 25. §. 1. no. 12—14.), aber erst seit dem 16. Jahrhundert, und wie es scheint unter dem Einfluß des Sachenrechts eingeführt. Dieselbe Quelle erkennt man im Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 605—13.

25) S. oben §. 104. Note 16. — v. Kreittmahr, Anmerkungen über den Cod. Max. bav. civ. Th. V. Tit. 18. §. 13. Nr. 4.

26) Pufendorf, observatt. jur. III. Nr. 148. — Ortloff, Grundzüge S. 376.

27) Wenn nämlich der Lehenstamm selbst nicht wieder zu Lehen aufgetragen ist; s. Thürsächf. Lehenmandat Tit. I. §. 14. — Zachariä, Handbuch §. 176.

28) Püttmann, observationes jur. feud. Nr. 13. — Kind, quaest.

## §. 115.

## Sonderung des Lehens vom Allod.

Die Zerlegung einer Vermögensmasse in ihre verschiedenen Bestandtheile, nachdem sie eine Zeit lang in derselben Hand vereinigt gewesen, kann aus mehreren Gründen nothwendig werden, z. B. bei dem Dotalgute, den abhängigen Bauergütern; die Sonderung des Lehens vom Allod ist nur eine Art eines solchen Theilungsgeschäftes, welche durch die Vorschriften der Lehengesetze und die Theorie der Feudisten eine bestimmte Ausbildung erhalten hat. Sie kann gerichtlich und außergerichtlich geschehen, gehört aber im ersteren Fall nicht zu den Lehenssachen; wer die Betheiligten sind, richtet sich nach der Veranlassung der Sonderung, welche statt findet, wenn das Lehen an einen Nachfolger kommt, der nicht zugleich Landerbe ist, oder wenn es dem Herrn eröffnet heimfällt, oder wenn der Besitzer in Concurſ geräth.<sup>1)</sup> In allen Fällen kann aber der Herr verlangen, bei der Sonderung hinzugezogen zu werden.<sup>2)</sup>

Der Zweck des Geschäftes ist nun zunächst, daß die zum

for. l. c. cap. 14. — Zachariä a. a. D. §. 174—80. — Schnaubert, Commentar S. 264—82.

1) Baier. Lehenedict §. 171. Im älteren Recht war die Sonderung noch nothwendig, wenn während der Unmündigkeit des Vasallen die Nutzungen des Lehens an den Herrn oder an den mit dem Angevellen Beliehenen fielen, s. Sächſ. Landr. B. II. Art. 58. §. 3. — Für das neuere Recht wird wohl noch der Fall hinzugefügt, wenn das Lehen gültig veräußert worden; aber die Beschränkung, die man dabei macht, daß das Geschäft ganz im Allgemeinen, ohne nähere Bestimmung über das Lehen abgeschlossen sein müsse, zeigt schon, daß es darauf hinauskommen würde, für schlecht formulirte Verträge besonders Regeln aufzustellen, was nicht die Aufgabe der Jurisprudenz ist. Vgl. Zachariä, Handbuch §. 210. — Mayr, Handbuch §. 240. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 499.

2) Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 400. — Das Baier. Lehenedict §. 173. bestimmt allgemein: „In jedem Fall wird die Mitwirkung des Lehensherrn hiezu erfordert, und ohne dieselbe ist die Auseinandersetzung ungültig.“

Beseler, System II.



Lehenkörper gehörigen Sachen näher bestimmt und ausgeschieden werden; damit wird aber gewöhnlich noch, wenn die Veranlassung dazu vorliegt, die Auseinandersetzung wegen der Lehenschulden, von denen schon gehandelt ist, und wegen der Besserungen und Verschlechterungen des Lehens verbunden. Beide Gesichtspunkte sind daher getrennt zu halten. Was nun

I. die Ausscheidung der Lehenstücke anlangt, so stellt sich

a. eine besondere Schwierigkeit dar in Betreff der Zubehörungen, welche, wenn sie auch in einem solchen Verhältnisse zum Lehengute stehen, daß die allgemeine Voraussetzung des Begriffs vorliegt, doch nicht nothwendig lehenbar und dem Allod zu entziehen sind.<sup>3)</sup> Man hat, um schwierigen Beweisführungen zu entgehen, sich hier durch Vermuthungen zu helfen gesucht, und diese in der Regel gegen die Lehenqualität gestellt. Allein die Thatsache der Verbindung ist doch auch nicht ohne Erheblichkeit, und das Bedenkliche solcher allgemeinen Vermuthungen zeigt sich schon darin, daß für besondere Fälle eine Reihe von Gegenvermuthungen anerkannt zu werden pflegt.<sup>4)</sup> Im Allgemeinen muß freilich festgehalten werden, daß die Thatsache der Vereinigung einer Pertinenz mit dem Lehengute dieselbe noch nicht zu einer lehenbaren macht, — ein Grundsatz, der überhaupt bei der vom Vasallen bewirkten Vergrößerung des Lehenguts (augmentum feudi) seine Geltung hat.

b. Für die noch ausstehenden Früchte des Lehenguts kommt nach älterem deutschen Rechte der Begriff des verdien-

3) S. oben §. 104. Note 5.

4) Baier. Lehenedict §. 175—78. — Lamm bei Zepernick, analect. I. Nr. 4. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 401. — Weber, Handbuch IV. S. 665—67. — Pfeiffer a. a. D. S. 501—3. — Eine Vermuthung für die Lehenqualität sucht zu begründen Lahn bei Zepernick, Miscellaneen I. Nr. 7. Vgl. oben §. 104. Note 7. und insbesondere über das Inventar der Lehengüter oben S. 25—26. — Pr. N. L. Th. I. Lit. 18. §. 511—25. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen III. Nr. 17. §. 5. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 409.

ten Guts zur Anwendung, indem derselbe gerade für die hier behandelten Verhältnisse vorzugsweise seine Ausbildung erhalten hat.<sup>5)</sup> Particularrechte sind diesen Grundsätzen im Wesentlichen treu geblieben<sup>6)</sup>, und auch das gemeine Lehenrecht nimmt in Betreff der natürlichen Früchte einen ähnlichen Standpunkt ein. Das longobardische Lehenrecht unterscheidet nämlich, ob der Heimfall eines Lehens in der Zeit vom ersten März bis zum ersten September oder in der Zeit vom ersten September bis zum ersten März eingetreten ist; im ersten Fall gehören die Früchte dem Landerben, im zweiten aber dem Herrn.<sup>7)</sup> Diese Vorschrift ist in der Praxis auch auf die andern Fälle der Auseinandersetzung zur Anwendung gebracht und mit Rücksicht auf unser Klima dahin abgeändert worden, daß man namentlich in Beziehung auf die Weinlese statt des ersten Septembers das Ende der Erndte als den entscheidenden Zeitpunkt angenommen hat.<sup>8)</sup>

5) S. oben S. 74–75.

6) Gotthard Lehnsmandat §. 87. 88. — Zacharia a. a. D. §. 216. — G. L. Böhmmer, Rechtsfälle II. 1. Nr. 102. — Das neuere sächsische Recht dehnt übrigens das Recht der Wittwe, bis zum dreißigsten Tage nach dem Tode des Mannes im Gut zu bleiben (Sächs. Landr. B. I. Art. 22.), in Folge einer allgemeinen Fiction, daß der Mann so lange gelebt habe, auch auf den Fruchtgenuß am Lehengute aus, s. Zacharia a. a. D. Note 2.

7) II. F. 28. §. 3. His consequenter dicitur, quod, si vasallus decedat sine herede masculino, et contingat feudum ad dominum reverti, sic distinguitur, quod, si ante Martium, omnes fructus illius anni ex feudo provenientes ad dominum pertinebunt, si vero post Kalendas Martii usque ad Augustum, omnes fructus, qui interim percipiuntur, ad heredes vasalli pertineant, si vero post Augustum, omnes fructus anni percipiet dominus.

8) Lepteres freilich nicht ohne Widerspruch; vgl. im Allgemeinen J. H. Boehmer, exercitationes ad pand. l. ex. 7. §. 16. sqq. — A. F. Trendelenburg, de jure fructuum post Augustum maturescentium in separ. allodii a feudo. Bütz. 1771. 4. — G. L. Böhmmer, Rechtsfälle a. a. D. — Päß, Lehrbuch §. 169. — Weber a. a. D. S. 676–81. — Eichhorn, Einleitung §. 363. — Mayr, Handbuch §. 144. — Pfeiffer a. a. D. S. 510. Es darf aber wohl angenommen werden, daß bei der Reception des longobardischen Lehenrechts die deutsche Rechts-

Was dagegen die bürgerlichen Früchte betrifft, so werden Pachtgelder allgemein nach Analogie der natürlichen behandelt<sup>9)</sup>, im Uebrigen aber unterscheidet man, ob sie einen bestimmten Verfalltag haben oder nicht. Erstere gehören dem Landerben nur, wenn der Verstorbene den Verfalltag erlebt hat, letztere aber sollen nach Verhältniß der Zeit, welche von der Fruchtperiode bis zum Ableben des Vasallen verstrichen ist, zwischen dem Landerben und dem Lehensfolger getheilt werden.<sup>10)</sup> — Particularrechte verweisen über alle diese Fragen auf die allgemeinen Grundsätze, welche sie über die Auseinandersetzung zwischen Eigenthümer und Nutznießer haben.<sup>11)</sup>

II. Die Besserungen (Meliorationen) des Lehens. Im weitern Sinne werden auch die Accessionen zu denselben gerechnet<sup>12)</sup>, im engeren Sinne aber versteht man darunter diejenigen Verwendungen auf das Lehen, durch welche der Vasall den Werth desselben erhöht hat. Da ihm nun im Allgemeinen nur die Verpflichtung obliegt, das Lehen im guten Stande zu erhalten, nicht aber auf seine Kosten eine Verbesserung vorzunehmen, so hat sich unter dem Einfluß der römischen Lehre von dem Erfasse der Verwendungen an den Besitzer im guten Glauben die Ansicht ausgebildet, daß bei der Sonderung des Lehens

---

anschauung für die Auslegung der obigen Stelle maassgebend gewesen ist; übrigens pflegt man jetzt dem, der die Früchte zieht, den Erfass der Saat- und Culturkosten aufzulegen.

9) Rosenthal, tractatus cap. X. concl. 42. nr. 55. — Pufendorf, observationes jur. I. Nr. 189. §. 2. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 412. — Weber a. a. D. S. 686.

10) Päß a. a. D. §. 170. — Weber a. a. D. S. 682—86. — Pfeiffer a. a. D. S. 510—12. Noch genauere Unterscheidungen sucht Hagemann a. a. D. zu begründen. — Ist ein Concurs Grund der Sonderung, so ist der Zeitpunkt seiner Eröffnung der für die Berechnung entscheidende Moment.

11) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 508. — Baier. Lehenedict §. 179.

12) Hackemann, de feudi meliorationibus feudo finito (bei Zepernick, analecta jur. feud. I. Nr. 79.) §. 2.

vom Allod den Landerben für die vorgenommenen Meliorationen eine nach deren gegenwärtigem Werthe bemessene Entschädigung gebühre.<sup>13)</sup> Das longobardische Lehenrecht enthält diese Regel nicht, denn es verfügt nur, daß, wenn der Vasall auf dem Lehen ein Gebäude errichtet oder mit seinem Gelde verbessert hat, und das Lehen dem Herrn heimfällt, dieser gestatten muß, daß das Gebäude weggenommen werde (jus tollendi), oder den Preis zu ersetzen hat.<sup>14)</sup> Das deutsche Lehenrecht ging aber noch weiter, und sprach dem Lehenfolger die vorhandenen Gebäude zu<sup>15)</sup>, und dieser Grundsatz ist in einigen Particular-

13) Gabr. Schweder, de meliorationibus feudi (disput. I. Nr. 4.) cap. 4. sqq. — Pufendorf, observat. jur. I. Nr. 183. — v. Bülow und Hagemann, pract. Grörterungen III. Nr. 17. §. 2—5. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 404—9. — Weber a. a. D. S. 687—96. — Pfeiffer a. a. D. S. 505—7. Da dieses Princip im Interesse der Allodialerben aufgestellt wird, so kann ihnen in Betreff der räumlichen Vergrößerung des Lehenguts und der Zubehörungen die Befugniß, dieselben bei der Sonderung wieder vom Lehen zu trennen, wenn sie nicht lehenbar geworden sind, nicht abgesprochen werden.

14) II. F. 28. §. 2. Si vasallus in feudo aliquod aedificium fecerit, vel ipsum sua pecunia melioraverit, et contigerit postea, ut vasallus sine filio masculino decedat, dominus aut patiatu aedificium auferri, aut solvat pretium meliorationis. Idem dico, si pretio servitutum feudo acquirat. Quidam alii dicunt, omnino ad dominum pertinere. Die letzten Worte beziehen sich nur auf die Erwerbung der Servitut, worüber II. F. 8. §. 3. verfügt: E contrario autem, si quid feudo a vasallo additum sit, si quidem tale adjectum sit, quod per se subsistere possit, id est ut per se censeatur, ut praedium, id non accrescit feudo. Si vero per se non possit subsistere, ut servitus, plerisque placet, feudo accedere, et sicut partem feudi disponendam esse. Diese Ansicht scheint in der vorhergehenden Stelle verworfen; doch läßt es sich kaum einsehen, wie bei der Prädialservitut ein Recht der Wegnahme ausgeübt werden kann, ohne die exceptio doli hervor zu rufen. Vgl. L. 38. D. de R. V.

15) Sächf. Landr. B. II. Art. 21. §. 3. „Hvet of en wif lifgetucht an egene oder an lene, svat se gebuwes darup hvet svenne si stirft, dat ne erst se nicht an iren nesten mach, it nimt die, deme dat gut lebich wirt. — — §. 4. Hvet of en man enen sone, die sin lenerve is unde nicht sin erve na lantrechte, he behalt doch fines vader gebu uppe sine lene mit mereme rechte, den die, die sin erve is na lantrechte.“ Vgl. ebendaf. §. 1. 2. 5.

rechten noch wirksam geblieben<sup>16)</sup>, während andere die ganze Lehre selbständig behandelt haben.<sup>17)</sup>—Will man aber auch jene dem römischen Rechte entnommene Ansicht von dem Erfsatz der Meliorationen für gemeinrechtlich begründet halten<sup>18)</sup>, so wird man doch jedenfalls solche Verwendungen, welche in Folge der selbständigen Verwaltung des Vasallen zur Erzielung eines höheren Gutertrags gemacht sind, nicht dahin rechnen können, und in der Regel auch die Erfsatzverbindlichkeit auf diejenigen Verbesserungen beschränken müssen, welche der letzte Besitzer oder ein solcher, den er als Erbe repräsentirte, vorgenommen hat.<sup>19)</sup>

In Uebereinstimmung mit der Lehre von den Verbesserungen des Lehens muß auch die von den Verschlimmerungen (Deteriorationen), wenn durch Handlungen oder Unterlassungen des Vasallen die Substanz des Lehens verschlechtert ist, behandelt werden.<sup>20)</sup> Die Allodialerben haben für dieselben unter der so eben bei den Verbesserungen angeführten Beschränkung Erfsatz zu leisten, ohne daß es dabei auf den Grad des Verschuldens ankommt<sup>21)</sup>; es kann aber, wenn Ansprüche wegen

16) Lauhn bei Zeyernick, Sammlung II. Nr. 24. — Zacharia, Handbuch §. 215. — Homeyer, Sachsensp. II. 2. S. 524.

17) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 527—53. — Das Baier. Lehenedict §. 180. verweist auch hier auf die Auseinandersetzung zwischen dem Eigenthümer und Nutznießer.

18) Das heißt, ohne eine besondere Rechtfertigung in der particularen Gesetzgebung oder Gewohnheit, wie Eichhorn, Einleitung §. 363. es für nöthig zu halten scheint.

19) Particularrechte lassen nur für die vom letzten Besitzer vorgenommenen Verbesserungen eine Entschädigung leisten; s. Zettwach, das Pommerische Lehenrecht S. 265 ff.

20) Buch bei Zeyernick, Miscellaneen II. Nr. 6. — IV. Nr. 8. §. 20—21. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 410. — Weber a. a. D. S. 696—700. Die Note 14. abgedruckte Stelle II. F. 8. §. 3. fährt also fort: *Melioram namque conditionem feudi facere potest, deteriorum vero sine domini voluntate, vel eorum agnatorum, ad quos per successionem pertinet, facere non potest.* Vgl. II. F. 27. §. 16. (s. oben §. 111. Note 12.) und überhaupt Pr. A. L. R. a. a. D. §. 554—79.

21) Pfeiffer a. a. D. S. 507—8.

Besserungen und Verschlimmerungen sich gegenüber stehen, nach den allgemeinen Grundsätzen eine Compensation geltend gemacht werden.<sup>22)</sup>

## §. 116.

## Beendigung des Lehenverhältnisses.

Die Gründe, welche den Lehenverband aufheben, sind entweder allgemeiner Art, oder sie beziehen sich auf das besondere Rechtsverhältniß des Herrn und des Vasallen.

I. Zu den allgemeinen Gründen der Aufhebung gehört der Untergang der Sache, an welche der Lehenverband geknüpft ist<sup>1)</sup>, so wie der Eintritt eines Ereignisses, welches die Fortdauer desselben unmöglich macht, indem das an sich widerrufliche Recht des Herrn erlischt oder das Lehen mit allgemeiner Zustimmung als Allod veräußert wird. Auch die Erwerbung des Lehens von Seiten eines Dritten durch die Acquisitivverjährung ist hierher zu rechnen, insoweit sie bei den Grundsätzen, welche das longobardische Lehenrecht über die Unverjährbarkeit der Eigenthumsklage des Herrn wegen verbotener Veräußerung aufstellt, überhaupt vorkommen kann.<sup>2)</sup>

II. Beendigung durch das Aufhören des vasallitischen Rechts. Wenn das Lehenverhältniß dadurch beendet wird, daß das Recht des Vasallen wegfällt, so kommt dies dem Herrn zu Gute, indem das Untereigenthum nun dem Obereigenthum zuwächst und beide zum freien allodialen Besitze

---

22) Wenn P ä ß, Lehrbuch 172. sich für die Zulässigkeit der Compensation auf den Gerichtsgebrauch beruft, so scheint das überflüssig, da es sich um die Anwendung eines allgemeinen Rechtsinstituts, natürlich unter dessen regelmäßigen Voraussetzungen, handelt. Daher steht aber auch nicht allein dem Lehensfolger, wie Eichhorn, Einleitung §. 363. a. G. anzunehmen scheint, sondern auch dem Allodialerben das Recht der Compensation zu. Vgl. Pfeiffer a. a. D. S. 508.

1) P ä ß, Lehrbuch §. 174. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 678 — 79. — Baier. Lehenedict §. 210.

2) S. oben §. 112. Note 15.

in der Hand des Herrn vereinigt werden.<sup>3)</sup> Die Thatsache einer solchen Vereinigung nennt man die Consolidation oder bei Staatslehen Incameration, Incorporation; sie setzt einen Aperturfall voraus, d. h. ein Ereigniß, in Folge dessen das Lehen als apert oder eröffnet an den Herrn zurückfällt. Dieß geschieht aber, auch wenn die zunächst berechtigte Familie weggefallen ist, nur dann, wenn keine Person mehr vorhanden ist, welche aus einer früheren Belehnung ein selbständiges Recht an dem Lehengut hat, sei dieß nun eine Mitbelehnung oder Eventualbelehnung oder eine Afterbelehnung.<sup>4)</sup> Die Anwartschaft dagegen verhindert den Heimfall nicht, so wenig als die Verpflichtung des Herrn es thut, ein eröffnetes Lehen von Neuem wieder zu verleihen.<sup>5)</sup> — Genau genommen liegt auch nur dann eine eigentliche Consolidation vor, wenn die Rechte aller Lehenpersonen erloschen sind, und sich das unbeschränkte Eigenthum des Herrn als ein dauerndes darstellt. Man hat jedoch auch die Fälle hierher gezogen, in denen nur einzelne Lehenpersonen, z. B. der Vasall und seine Nachkommen zum Vortheil des Herrn ihr Recht am Lehengut verlieren, dagegen anderen, z. B. den Agnaten ihr Recht für den Fall, daß sie zur Succession gelangen, vorbehalten bleibt. Darauf beruht der Begriff der consolidatio temporaria im Gegensatze zu der perpetua.<sup>6)</sup>

3) Vorausgesetzt, daß das Obereigenthum nicht selbst lehenbar oder andern Beschränkungen, z. B. in Folge einer Fideicommissstiftung unterworfen ist. Denn die Consolidation entfernt nur die im Untereigenthume liegende Beschränkung, ändert aber die besondere Beschaffenheit des Obereigenthums nicht, welche für das Recht des Herrn an der Sache maßgebend bleibt. Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 673—76.

4) G. L. Boehmer, de feudi consolidatione per investituram simultaneam et eventualem impedita, in Elect. jur. feud. II. Nr. 11. — Hörmeyer, Sachsensp. II. 2. §. 517 ff. Ueber die Erbverbrüderung s. G. L. Boehmer, de impedita feudi consolidatione cap. II. §. 22. l. c. Nr. 10.

5) S. oben §. 104. Note 3.

6) J. G. Bauer, de feudi consolidatione temporaria, in opusc. acad. II. Nr. 1.

a. Consolidation ohne Felonie des Vasallen. (Es find hier besonders folgende Fälle hervorzuheben<sup>7)</sup>:

1) Der Vasall stirbt, und andere zur Lehenfolge berechnigte Personen find nicht vorhanden.<sup>8)</sup> Dasselbe Verhältniß tritt ein, wenn eine juristische Person, die ausnahmsweise Lehengüter besaß, aufgehoben ist<sup>9)</sup>, — falls nicht das Gesammteigenthum der Genossen eine Vertheilung des Corporationsvermögens unter dieselben rechtfertigt; s. oben §. 83. Note 11. und §. 85.

2) Der Vasall verzichtet auf das Lehen (*resutatio leudi*).<sup>10)</sup> Dieß steht ihm wie jede Veräußerung zum Besten einer Person, welche aus der ersten Belehnung berechnigt ist, frei<sup>11)</sup>; er kann aber auch zu dem Zweck resutiren, um sich von dem Lehenverbande zu lösen und das Gut an den Herrn gelangen zu lassen, ohne daß er der Zustimmung desselben bedürfte.<sup>12)</sup> Doch darf er dabei nicht arglistig verfahren<sup>13)</sup>, und schadet dem Recht der übrigen Lehenpersonen nicht.<sup>14)</sup>

7) Eine ausführliche Casuistik giebt Bâg, Lehrbuch § 179.

8) Sächf. Lehenr. Art. 6. §. 2. „Ewell man aver des sones darvet, die erst uppe'n herren die gewere des gudes, it ne si dat die herre it gebinge daran vorlegen hebbe, unde die belende man dat behalbe na rechte binnen finer rechten jartale. — I. F. 18. §. 1. — II. F. 9. §. 2. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 670. — Baier. Lehened. §. 198.

9) J. F. E. Boehmer, de jure occupandi statuendique de bonis extincti ordinis Jesuitarum (Gotting. 1779.) cap. I. §. 19.

10) Ueber den Unterschied des Auflassens und (feindlichen) Aufszagens nach deutschem Rechte s. Sächf. Lehenr. Art. 76. §. 3—7. — Homeyer a. a. D. S. 499—505. Ersteres hob zunächst die Gewere des Vasallen und folgeweise den Lehenverband auf; im letzteren Fall trat das umgekehrte Verhältniß ein; s. jedoch auch Schwäb. Lehenr. Cap. 6. Wie der man diu lehen usgit. — Die Resutation wird im Baier. Lehenedict §. 190—97. die Lehenauffsendung, im Bad. Lehened. §. 33. die Auflassung genannt.

11) I. F. 13. §. 3. — II. F. 14.

12) II. F. 38. — quia vasallus etiam sine domini voluntate recte feudum resutare potest.

13) Aurea bulla cap. XIV.

14) II. F. 39. pr. — 45. — 49. Die Resutation zum Nachtheile der Gläubiger ist unzulässig, insofern sie unter die Grundsätze über die Ver-



3) Der Herr erwirbt das Untereigenthum des Vasallen durch Verjährung. Daß dieß auch außer dem Fall der unvor- denklichen Verjährung rechtlich möglich sei, wird allgemein angenommen; über die nothwendige Dauer einer solchen praescriptio definita und das Verhältniß zu den später zur Succession berufenen Agnaten besteht jedoch keine Uebereinstimmung unter den Feudisten.<sup>15)</sup> Es muß aber überhaupt bedenklich erscheinen, die Verjährung als ein anomalisches Rechtsinstitut auf ein Verhältniß, für welches es ursprünglich nicht bestimmt war, zur Anwendung zu bringen; und zumal bei den abweichenden Ansichten über wesentliche Erfordernisse derselben läßt sich ein gemeines Gewohnheitsrecht dafür nicht annehmen. Particularrechte enthalten ganz entgegengesetzte Bestimmungen.<sup>16)</sup>

b. Consolidation wegen Felonie des Vasallen. Nicht jeder Bruch der Lehentreue (s. oben §. 109.) hat unbedingt den Verlust des Lehens zur Folge. Das deutsche Recht ließ nur bei schweren Verschuldungen den Verlust des Lehens eintreten, und begnügte sich geringere Versehen mit einem Gewedde an den Herrn zu ahnden<sup>17)</sup>, welches auch in späteren Particularrechten als Leheneinrede vorkommt.<sup>18)</sup> Auch das longobardische Lehenrecht bedroht nicht alle Fälle der Felonie

---

äußerung in fraudem creditorum fällt. Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 647—48. Weiter geht Hagemann, Landwirtschaftsrecht §. 419. Note 4.

15) Den Stand der Lehre in der Doctrin zeigt Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 611—13. Vgl. oben §. 108. Bei der Lehenserrichtung durch Verjährung giebt wenigstens eine vereinzelte Bestimmung des longobardischen Rechts einen Anhaltspunkt.

16) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 669. „Inwiefern der Lehensherr das ruhbare Eigenthum durch Verjährung erwerben könne, ist nach den allgemeinen Vorschriften von der Verjährung durch Besitz zu beurtheilen.“ — Baier. Lehenedict §. 211. „Durch die Verjährung wird der Lehensverband nicht aufgelöst.“ Vgl. Zacharia, Handbuch §. 228.

17) Homeyer a. a. D. S. 505 ff. — 569 ff.

18) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 151. 157—58. — Zacharia, Handbuch §. 224.

mit der Entziehung des Lehens, sondern hebt nur die besonders schweren (*egregiae ingratitude causa*) hervor, und überläßt es dem richterlichen Ermessen, die analogen Fälle zu bestimmen.<sup>19)</sup> Auf der andern Seite soll der Verlust des Lehens wegen Handlungen und Unterlassungen eintreten, die zu den eigentlichen Lehensfehlern kaum gerechnet werden können; es sind dieß die Versäumnisse wegen der Lehenerneuerung und die verbotenen Veräußerungen, und doch sind dieß gerade für das heutige Recht die wichtigsten Privationsfälle. So stellen sich der principiellen Behandlung der Lehre manche Schwierigkeiten entgegen. Im Allgemeinen ist hier Folgendes zu bemerken:

1) Nur der vorsätzlich begangene Lehensfehler wird mit dem Verluste des Lehens bestraft, und auch nur dann, wenn er wirklich vollzogen und kein Versuch geblieben ist.<sup>20)</sup>

---

19) II. F. 23. pr. (f. oben §. 109. Note 8.) — 24. §. 8. *Praedictis modis beneficium debere amitti, tam naturalis, quam civilis ratio suadet, quae potest colligi, si quis novam constitutionem, justas exheredationis causas enumerantem, et alias constitutiones veteres, justas ingratitude, et repudii causas, quibus matrimonia recte contracta solvuntur, et donationes jure perfectae revocantur, subtiliter scrutatus fuerit.* §. 9. *Sed quia natura novas depererat edere formas, potest multis modis contingere, ut aliae emergant causae, quibus videatur juste adimi posse feudum, ideoque judex solers et discretus, et aequitati obsecundare sollicitus, cuncta subtiliter dispensans, provideat, si qua fuerit antiquioribus causis similis seu major, ut proinde sciat, utrum beneficium sit amittendum, an nihilominus retinendum.* II. F. 28. §. 1. — *Bonus tamen judex varie ex personis causisque definit.* — — *Et promtiores sumus ad absolvendum quam ad condemnandum.* — Die einzelnen mit Privation bedrohten Fälle der Felsonie sind zusammengestellt bei P a ß, Lehrbuch §. 183. und Eichhorn, Einleitung §. 241. Note d. Neuere Lehengesetze enthalten natürlich genauere Bestimmungen, f. Pr. N. L. N. a. a. D. §. 143–65. 614–42. — Gothaisches Lehensmandat §. 48–56. — Baier. Lehenedict §. 182–89.

20) II. F. 23. pr. — 51. §. 2. *Si voluerit vasallus dominum offendere, sed non laboraverit, feudum non amittit. Gerardus et Obertus similiter. Etiam si laboraverit, non amittit feudum, nisi insidiatus ei fuerit, et hoc probatum fuerit.* — Ausnahmen, wie in II. F. 24. §. 3., wo für einen besonderen Fall die negligetia dem dolus gleichgesetzt wird, können jetzt nicht mehr in Betracht kommen, da sogar nur wegen vorsätzlich versäumter Lehenerneuerung die Privation eintritt, f. oben §. 110. Note 23–25.

2) Die Verwirkung des Lehens tritt nicht von selbst ein; es muß vielmehr von Rechts wegen darauf erkannt werden<sup>21)</sup>, und der Herr zu diesem Behuf bei dem Lehenshofe eine Klage anbringen, welche als s. g. *actio vindictam spirans* erst wenn sie angestellt worden ist, activ und passiv auf die Erben übergeht.<sup>22)</sup> Der Herr kann den Lehensfehler auch ausdrücklich oder stillschweigend verzeihen (*parдонiren*).<sup>23)</sup>

3) Die Strafe der Privation trifft den Vasallen und seine Nachkommen, nicht aber die Agnaten und andere Personen, die ein selbständiges Recht auf das Lehen haben. Diesen bleibt ihr Recht vielmehr vorbehalten für den Fall, daß sie zur Succession gelangen, welche durch die Einziehung nicht unterbrochen wird.<sup>24)</sup> Sind daher solche lehenberechtigte Personen vorhanden, so ist die durch die Privation bewirkte Consolidation nur eine vorübergehende. — Aeltere deutsche Rechtsquellen und neuere

21) I. F. 21. pr. *Sancimus ut nemo miles sine cognita culpa beneficium suum amittat, si ex culpis iis vel causis convictus non fuerit, quas milites usi sunt nominare, quando fidelitatem faciunt dominis suis, per laudamentum parium suorum.* — — Homeyer a. a. O. S. 512—14. — G. L. Boehmer, de indole et natura expectativae (*Elect. jur. feud. II. Nr. 5.*) cap. V. §. 128—38. Eine Ausnahme tritt bei der verbotenen Veräußerung ein; s. oben §. 112. Note 16. — Von den neueren Particulargesetzen läßt nur das Badische Lehenedict §. 34. die Verwirkung des Lehens ipso jure eintreten, verlangt aber doch auch eine Klage vor dem Lehengericht.

22) Die Bezeichnung der Klage als *condictio causa data* in I. F. 21. pr. beruht auf einem Mißverständniß. — Vgl. überhaupt c. ult. C. de revoc. donat. — G. L. Boehmer, l. c. §. 132—33. — Páß, Lehrbuch §. 184. — Eichhorn, Einleitung §. 241. — Thibaut, System §. 70. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 625—26. — Baier. Lehenedict §. 187. „Die Raducitätsklage ist persönlich, und geht nicht auf die Erben.“ — Ueber das Recht des Herrn auf die Lehensfrüchte s. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen III. Nr. 57. — VI. Nr. 32.

23) II. F. 31. — S. Stryck, de culpa vasallo remissa (opp. IV. Nr. 11.). — Hackemann, de feudo vetere, remissa feloniam bei Zepernick, analect. I. Nr. 75. — Weber, Handbuch IV. S. 714—15.

24) II. F. 26. §. 18. — II. F. 31.

Particulargefetze haben übrigens auch den Nachkommen des treulofen Vasallen ihr Lehenrecht vorbehalten.<sup>25)</sup>

4) Außer den Fällen der eigentlichen Felonie nennen die Lehengefetze noch einige Verbrechen, welche für den Vasallen auch den Verlust des Lehenguts als Strafe zur Folge haben sollen, und die man unter dem Ausdrücke Quasi-Felonie begreift. Es gehören dahin der Verwandtenmord (parricidium im Sinne des römischen Rechts), der Verrath gegen den Mitvasallen und alle Verbrechen, welche mit Ehrlofigkeit bestraft werden.<sup>26)</sup> Doch tritt in diesen Fällen keine Consolidation ein, sondern das Lehen gelangt in Folge des Strafserkenntnisses an die nächften Lehen-

25) Schwab. Lehenz. Cap. 85. (f. oben §. 112. Note 2.) — Kaiserrecht B. III. Cap. 32. — Hommer a. a. D. S. 511—12. — Baier. Lehenedict §. 69. 188.

26) I. F. 5. §. 1. — Item si fratrem suum occiderit, vel nepotem, id est filium fratris. — II. F. 24. §. 11. Denique saepe quaesitum est, vassallo propter justam culpam a feudo cadente, utrum ad dominum an ad successorem vasalli beneficium pertineat? Sed haec distinctio tam ratione, quam moribus comprobata est, ut, si quidem vasallus ita in dominum peccaverit, ut feudum amittere debeat, non ad proximos, sed ad dominum beneficium revertatur, ut hanc saltem habeat suae injuriae ultionem. Si vero non in dominum, sed alias grave quid commiserit, sicut ille, qui fratrem suum interfecit, vel aliud grave crimen, quod parricidii appellatione continetur, commiserit, feudum amittit, et non ad dominum, sed ad proximum pertinet, si tamen beneficium fuerit paternum. Sic enim saepe pronunciatum scio. — II. F. 37. pr. Si quis interfecerit fratrem domini sui, non ideo beneficium amittit, sed si fratrem suum interfecerit ad hoc, ut totam hereditatem habeat, vel aliam feloniam commiserit, verbi gratia hominem tradendo, ut in curia amplius stare non possit, privabitur beneficio, quia tamen non erga dominum fuerit facta, ad agnatum proximorem feudum pertinebit, si paternum fuerit, eodem prorsus observando quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus. Quum autem ad dominum respicit felonia, feudum tunc domino aperitur. — Sächf. Landr. B. I. Art. 40. „Eve so trüwelos heredet wert, oder herevlüchtich ut des rikes denste, dem verdelst man sin ere unde sin lenrecht, unde nicht sin lif.“ Vgl. oben Band I. S. 319. 320. und über die heutige Bedeutung dieser Regel S. 332. Ueber die Vorschriften der Reichsgefetze f. Landfrieden v. 1548. Tit. III. (R. S. II. S. 576.) — Weber a. a. D. S. 722—23.

folger, zu denen die mildere Praxis auch die Nachkommen des Verbrechers rechnet.<sup>27)</sup>

III. Beendigung durch Aufhebung der Rechte des Lehensherrn. In diesem Fall, den man als Appropriation, Vererbung des Lehens bezeichnet, tritt das der Consolidation entgegengesetzte Verhältniß ein: der Vasall erwirbt zu seinem Untereigenthume das Obereigenthum des Herrn hinzu. Dieß geschieht<sup>28)</sup>:

a. Wenn der Herr eine Felonie begeht<sup>29)</sup>, ein kaum mehr practischer Fall.

b. Wenn der Vasall das Obereigenthum durch Verjährung erwirbt.

Auch hier hält die gemeine Meinung eine praescriptio definita als Acquisitivverjährung für zulässig<sup>30)</sup>; die oben (Nr. II. a. 3.) gegen die Verjährung des Lehensherrn entwickelten Gründe sind aber auch gegen die des Vasallen anzuführen.

c. Durch Allodification (Leheneignung), und zwar

27) Aber gegen den richtigen Sinn der in der vorigen Note abgedruckten Lehengesetze, s. Weber a. a. O. S. 721—22. Die Churfürstl. Constitutionen v. 1572. P. III. const. 27. haben sich für die mildere Ansicht entschieden.

28) G. Schweder, de appropriatione feudi in dispu. II. Nr. 42. — G. D. Hofmann, de appropriatione feudorum. Tubing. 1751. 4. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 638—42. — Stirbt der Lehensherr ohne Erben zu hinterlassen, so fällt das Obereigenthum als erbloses Gut an den Fiscus; s. oben S. 82. Note 15. — J. A. Kopp, auserlesene Proben des Teutschen Lehn-Rechts II. Nr. 2. Von dem Heimfall des Ober-Eigenthums an die Lehn-Leuthe, bei Erlösung des Lehens herrlichen Mann-Stamms.

29) II. F. 26. S. 24. II. F. 47. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. S. 640—42. Vgl. Mayr, Handbuch S. 164. Note 9. und oben S. 111. Note 1—3.

30) Pfeiffer a. a. O. S. 613—15. — Phillips, Grundsätze II. S. 246. läßt hier jedoch, wegen der Unverjährbarkeit der Eigentumsklage des Lehensherrn nur die unwordenfliche Verjährung zu. Ausführliche Vorschriften unter Berücksichtigung der Einwirkung der Hypothekbücher hat das Pr. A. L. R. a. a. O. S. 657—68.

1) in Folge eines Vertrags, der entweder über einzelne oder über alle zu einem Lehenhofe gehörige Lehen abgeschlossen werden kann.<sup>31)</sup> Auch der einseitige Verzicht des Lehenherrn ist nach Analogie der Refutation des Vasallen für zulässig zu halten.<sup>32)</sup> Doch bleiben die Rechte der Agnaten, Mitbelehnten und Eventualbelehnten, wenn sie nicht zu der Allodification ihre Zustimmung gegeben haben, in Betreff der Nachfolge und der Revocation bestehen, so daß das Lehen ohne diese Zustimmung in eine dem Familienfideicommiss verwandte Güterart umgewandelt wird.<sup>33)</sup>

2) Durch gesetzliche Anordnung. Eine solche pflegt den Lehenverband ganz aufzuheben, zugleich aber bestimmte Vorschriften über die Entschädigung des Lehenherrn, der Agnaten u. s. w. zu enthalten.<sup>34)</sup> Es darf dabei aber nicht übersehen werden,

31) Auf solche allgemeine Verträge kann man die königlichen Declarationen und deren Annahme von Seiten der Vasallen, wodurch seit 1717 die Lehenherrschaft über die meisten preußischen Lehen aufgehoben worden ist, zurückführen. Die betreffenden Urkunden sind unter andern abgedruckt bei Lünich, corpus jur. feud. II. p. 839 sqq.

32) Manche sind anderer Meinung, s. jedoch Weber a. a. D. S. 734. Pfeiffer a. a. D. S. 639—40.

33) Eichhorn, Einleitung §. 244. — Pfeiffer a. a. D. S. 641—42. — Pr. A. R. Th. I. Tit. 18. §. 651—56.

34) In umfassender Weise ist eine Allodification gewisser Lehen schon verfügt im Baiern. Lehenedict §. 7—33. 200—5. — Noch tiefer griff die französische Gesetzgebung ein, zu welcher auch das R. Westphälische Decret vom 28. März 1809 zu rechnen ist; doch wurde seit 1814 der dadurch beseitigte Lehenverband zum Theil wieder hergestellt. Jenes Decret und die darauf sich beziehenden Gesetze sind abgedruckt in der neuesten Ausgabe von G. L. Boehmer, principia jur. feud. app. Nr. XXII—XXV. — Ueber die Allodification der Lehen in Neuvorpommern und Rügen s. das R. Schwedische Patent v. 11. Oct. 1810 und die Verordnung wegen der Abfindung der Agnaten, Gesammthänder und Anwärter bei allodificirten Lehengütern von dem. Datum bei F. H. Sonnenschildt, Sammlung der für Neu-Vorpommern und Rügen in den Jahren 1802 bis Schluß 1817 ergangenen Gesetze (Stralsund 1847.) II. S. 112—21. — Die deutschen Grundrechte §. 39. ordneten die Aufhebung des Lehenverbandes an; in wie weit dieß auf die einzelnen Landesgesetzgebungen von Einfluß geworden ist, läßt sich bei dem raschen

daß die durch die Modification aufgehobenen Rechte wohlervorbene sind, und daß deren Beseitigung außer dem Vertrage nur auf dem Wege der Zwangsentziehung gegen vollständige Entschädigung sich rechtfertigen läßt. Der Maasstab der Entschädigung wird freilich in diesem Falle nur nach einer gewissen Wahrscheinlichkeitsrechnung in billiger Berücksichtigung der Verhältnisse zu finden sein; doch stimmt das öffentliche Interesse mit dem der betheiligten Familien in der Regel darin überein, daß die Modification möglichst erleichtert werde.

---

Wandel, dem die eine politische Färbung tragenden Gesetze in neuester Zeit unterworfen sind, mit Bestimmtheit nicht angeben. In der preussischen Verfassungsurkunde Art. 40. findet sich noch eine ähnliche, nur in Art. 41. beschränkte Anordnung.

---

## Dritter Abschnitt.

### Das Obligationenrecht.

---

#### §. 117.

#### E i n l e i t u n g.

Es ist eine oft wiederholte Behauptung, in der Germanisten und Romanisten zusammen zu treffen pflegen, daß für keinen andern Rechtsstheil die Aufnahme des römischen Rechts so vollständig und umfassend und auch innerlich so begründet gewesen sei als für das Obligationenrecht. Während das römische Recht in seiner späteren Entwicklung gerade nach dieser Seite hin ein wahres, auf der Natur der Sache beruhendes *jus gentium* darstelle, habe das ältere deutsche Recht nur ärmliche Geschäftsformen ausgebildet gehabt, welche von der fremden Rechtsquelle leicht verdrängt, oder mit neuem Stoff ausgefüllt worden seien. In der That ist das Obligationenrecht dasjenige Gebiet, auf welchem sich die durch das Bedürfniß bestimmte Privatwillkühr am Freiesten bewegen kann und die Herrschaft eigenthümlicher, durch die Rationalität bedingter Institutionen verhältnißmäßig den geringsten Einfluß ausübt. Erwägt man nun die große Kunst, mit welcher die römische Jurisprudenz den reichen Stoff des ökonomischen Verkehrs begriffsmäßig aus einander gelegt, mit welchem Scharfsinn und Gerechtigkeitsgefühl sie vor Allem



das Princip der bona fides festgestellt und ausgebildet hat; so wird die große Bedeutung, welche diese Lehren für das germanische Rechtsleben gewonnen haben, nur natürlich und gerechtfertigt erscheinen. Dazu kommt, daß die moderne Gestaltung der Lebensverhältnisse, welche gleichzeitig mit der Reception des römischen Rechts immer entschiedener hervortrat, in dessen allgemeinen Grundsätzen manche Normen vorgebildet fand, deren Uebertragung auf den verwandten Stoff in natürlicher Weise vor sich ging.<sup>1)</sup>

Aber auch in dieser Beziehung muß die prüfende Betrachtung vor Uebertreibungen bewahren. So ärmlich, wie Manche zu glauben scheinen, war es mit den Verkehrsverhältnissen selbst des früheren Mittelalters nicht bestellt<sup>2)</sup>; die Rechtsbücher enthalten schon ein viel reicheres Material, aus welchem sich ein ziemlich vollständiges System des Obligationenrechts zusammenstellen läßt, und wie sehr dasselbe in den Stadtrechten erweitert und ausgebildet ist, zeigen die Statuten und insbesondere die Weisthümer und Rechtsprüche. Das römische Recht fand daher bei seiner Aufnahme auch nach dieser Seite hin keinen leeren Raum, in den es nur einzutreten brauchte; es gab namentlich manche demselben fremde Rechtsinstitute, entweder schon in voller Ausbildung, oder doch in der Entwicklung begriffen, welche nach ihrem eigenen Wesen aufgefaßt und beurtheilt werden wollten. Außerdem aber bedarf doch die Behauptung, daß das römische Obligationenrecht gewissermaßen als ein allgemein

---

1) Diese Verwandtschaft der modernen, den Beschränkungen des späteren Mittelalters entwachsenen Lebensverhältnisse mit manchen Einrichtungen und Anschauungen der alten Welt bringt G. Ad. Schmidt (der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte I. §. 32.) nicht in Anschlag, wenn er in Betreff des ökonomischen Verkehrs das römische Recht als der deutschen Sittlichkeit feindlich darstellt.

2) Eine Zusammenstellung der in den Quellen der fränkischen Periode behandelten Verträge s. bei Warnkönig und Stein, französische Staats- und Rechtsgeschichte II. S. 515--22.

practicables Weltrecht sich darstellt, einer wesentlichen Beschränkung, da Vieles in demselben durch die von der Consequenz des alten Civilrechts nie ganz losgebundene römische Rechtsanschauung bestimmt und bedingt ist. Es blieb daher immer die Frage möglich, was an eigenthümlich deutschen Rechtsinstituten erhalten oder neu ausgebildet worden, und ferner, ob und in welchem Maasse die Aufnahme des römischen Obligationenrechts Beschränkungen erfahren hat? Die Beantwortung dieser Fragen bildet den Gegenstand der folgenden Darstellung.

Im Allgemeinen ist aber auch bei der Behandlung dieser Lehre der Standpunkt festgehalten worden, daß nicht jede Abweichung von dem Systeme des römischen Rechts hier zur Erörterung kommen soll, sondern daß nur diejenigen Institute und Rechtsgrundsätze, welche sich als das Ergebnis einer selbständigen deutschen Rechtsbildung darstellen, eine Berücksichtigung finden. In der Anordnung des Materials hat aber, um den innern Zusammenhang einzelner Rechtslehren nicht zu unterbrechen, den Anforderungen der formellen Systematik nicht immer vollständig Genüge geschehen können. So ist das Wechselrecht, trotz der jetzt geltenden allgemeinen Wechselfähigkeit, nicht hier abgehandelt worden; es wird später in Verbindung mit dem Handelsrechte dargestellt werden. Auch das Recht der Papiere auf den Inhaber wird dort als Theil der Lehre von den Creditpapieren zur Erörterung kommen, und der Versicherungsvertrag, der an der Seeassuranz seine Entwicklung gefunden hat, ist, was seinen obligatorischen Inhalt betrifft, im Seerecht genauer zu behandeln. — Von den Obligationen aber, die an Sachen und Zustände geknüpft sind, ist hier allein das Näherrecht aufgenommen worden, weil dessen Bedeutung sich nur in dem einzelnen obligatorischen Anspruch, der durch das abgeschlossene Kaufgeschäft hervorgerufen wird, geltend macht, während das Wesen der Bannrechte nur in Verbindung mit dem Gewerbe recht überhaupt erkannt werden kann, und die Lehre von den Reallasten im Sachenrecht und zwar im Recht der Bauergüter

ihre Darstellung finden muß. Denn die Beschaffenheit der einzelnen Leistung, die allerdings obligatorisch ist, bestimmt in diesem Falle nicht die Natur des Institutes.

---

## Erstes Kapitel.

### Allgemeine Lehren.

#### §. 118.

##### Das Wesen der Obligation.

Die Obligation ist das Rechtsverhältniß zwischen zwei (oder mehreren) Personen, durch welches auf der einen Seite ein Anspruch auf eine bestimmte Leistung, auf der andern Seite die Verbindlichkeit sie zu erfüllen begründet wird. Nach römischer Anschauung ist dabei das Recht des Gläubigers auf die Handlung des Schuldners maßgebend, und zwar so, daß nur zwischen diesen ursprünglich bei der Obligation beteiligten Personen das Rechtsverhältniß überhaupt bestehen kann; es ist mit denselben nothwendig verknüpft, so daß es nicht von ihnen abgelöst und auf andere Personen übertragen werden kann. Daher die Ausschließung der freien Stellvertretung, indem der Bevollmächtigte als der eigentliche Contrahent angesehen wird; daher auch die Unmöglichkeit der Singularsuccession in Obligationen. Soll das Recht des Gläubigers übertragen werden, so behilft man sich mit der Fiction eines Mandatsverhältnisses (*procurator in rem suam*); ein Wechsel in der Person des Schuldners ist dagegen nur in der Weise möglich, daß die frühere Obligation aufgelöst und an deren Stelle eine neue mit einem neuen Schuldner gesetzt wird (*Delegation und Expromission*).

Diese römische Auffassung des Obligationsverhältnisses ist aber weder an sich nothwendig noch im deutschen Recht zur Herrschaft gelangt. Soweit hierbei die Natur des Vertrags

und insbesondere der Vertrag zum Besten Dritter in Betracht kommen, wird darüber unten noch genauer gehandelt werden; im Allgemeinen ist nur schon hier hervorzuheben, daß nach deutscher Anschauung mehr Gewicht auf die vom Schuldner übernommene Verbindlichkeit, als auf den Anspruch des Gläubigers (die Forderung <sup>1)</sup>) gelegt wird. Aber damit ließe es sich freilich noch immer vereinigen, daß das Rechtsverhältniß doch nur auf die bestimmten Personen, welche ursprünglich an demselben theilhaft waren, beschränkt bliebe.

Daß nun die Stellvertretung, d. h. die Vollführung fremder Geschäfte nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach <sup>2)</sup>, wie in dem älteren deutschen Rechte, so im heutigen als das leitende Princip für das Mandatsverhältniß zur Geltung gelangt ist, wird fast allgemein angenommen <sup>3)</sup>, und zwar nach beiden Seiten der Obligation hin, so daß der Bevollmächtigte den Principal unmittelbar berechtigt und verpflichtet, selbst aber, so weit er sich innerhalb seiner Vollmacht hält, von dem Rechtsverhältnisse nicht betroffen wird. <sup>4)</sup> Was

1) Forderung in der älteren Rechtsprache ist Klage; jetzt bedeutet es den obligatorischen Anspruch im Gegensatz zu der Schuld, nicht aber obligatio als das wechselseitige Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner; s. Grimm, Rechtsalterthümer S. 600.

2) Brinz, kritische Blätter civilist. Inhalts II. (Erlangen 1852.) S. 4.

3) Buchka, die Lehre von der Stellvertretung (Rostock und Schwerin 1852.) S. 178. 202 ff. — Brinz a. a. O. S. 36. — Führt man diese, von dem römischen Rechte abweichende Auffassung auf das deutsche Gewohnheitsrecht zurück, so bedarf es zu ihrer Rechtfertigung keiner juristischen Fiction, welche Buchka herbeizieht, und wodurch er zu der unhaltbaren Annahme, daß der Vertrag nach der Person des Bevollmächtigten zu beurtheilen ist, bestimmt wird; s. Kuhstrat, Archiv für oldenburg. Recht V. Nr. 14.

4) Daher hat die actio institoria gegenwärtig ihre Bedeutung verloren; im Einzelnen kommt dann Alles auf den Umfang der Vollmacht und die besonderen Verhältnisse an, welche namentlich auch bei der ausgezeichneten Stellung einzelner Bevollmächtigten: des Wirthschaftsdirectors auf Landgütern, des Disponenten in einer Handlung und anderer Geschäftsführer zu berücksichtigen sind. Doch wird stets festzuhalten sein, daß der Manda-

aber die Uebertragung der Obligation auf Andere betrifft, so ist dabei die Universalsuccession, welche schon nach römischem Rechte ihre selbständige Berücksichtigung gefunden hat, außer Acht zu lassen, und nur von der Möglichkeit einer Singularsuccession zu handeln.

Im Allgemeinen ist nun zunächst darauf hinzuweisen, daß nach deutscher Rechtsansicht die Beschränkung der Obligation auf die Handlung eines bestimmt Verpflichteten zum Besten eines bestimmten Gläubigers durchaus nichts Wesentliches ist, daß vielmehr ein entschiedenes Gewicht auf den Gegenstand der Leistung als die Substanz des Rechtsverhältnisses gelegt wird, und daß diese festgestellt sein kann, bevor noch die Person des Gläubigers oder Schuldners bestimmt ist. Im älteren Recht tritt dieß freilich für die Obligation nicht so klar hervor, weil meistens der dingliche Charakter der Rechtsverhältnisse, welche hier besonders in Betracht kommen, von wesentlichem Einfluß war, wie bei der Verpflichtung aus der Reallast und aus der Rente. Allein schon die Verknüpfung der Obligation mit Grundstücken, die activ und passiv geschehen konnte, zeigt, daß man doch im Allgemeinen von der römischen Auffassung weit entfernt war; geschah es aber, daß über die Rente eine Handfeste ausgestellt wurde, so konnte sie auf den Inhaber lauten und die Uebertragung daher ohne Auflassung geschehen. Papiere auf den Inhaber kommen aber jetzt sehr häufig vor; bei ihnen ist es nun durchaus unbestimmt, wer der Gläubiger sein wird; dem Publicum gegenüber ist durch die Creirung der Schuld eine Verbindlichkeit übernommen, welche sich in der Hand des einzelnen Besitzers zum bestimmten Rechtsanspruch realisiert. Ähnlich verhält es sich, wenn für irgend eine Leistung eine Prämie ausgelobt wird<sup>5)</sup>, während es umgekehrt bei den Leben-

---

tar im Zweifel sich nicht selbst habe verpflichten wollen; s. Ruchstrat a. a. O. S. 99 ff.

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 788—95. — v. Wölzow, Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerlichen Rechts I. Nr. 11.

schulden von zufälligen Umständen abhängt, wer als Schuldner verhaftet sein wird. — Besonders wichtig für die hier behandelte Frage ist aber der Wechselverkehr. Bei der Begebung des Wechsels ist es in der Regel unbestimmt, wer der Gläubiger sein wird, und es hängt von künftigen Ereignissen ab, ob der Bezogene durch die Annahme sich zum Schuldner machen, ob nicht andere Personen an seine Stelle treten, oder neben ihm als Hauptschuldner verhaftet werden. Nichts desto weniger besteht das Obligationsverhältniß in der Wechselschuld, welche auf den Credit des Ausstellers begründet ist, und durch die freie Uebertragbarkeit den größten Wandel der am Rechtsverhältniß beteiligten Personen zuläßt. — Nun sind dieß freilich Institute eigenthümlicher Natur; aber ihre Ausbildung im Geschäftsleben würde doch unmöglich gewesen sein, wenn sie mit unumstößlichen Grundsätzen des gemeinen Rechts in Widerspruch ständen.

In der That ist aber auch die Singularsuccession in Obligationen für das heutige gemeine Recht principiell begründet.<sup>6)</sup> Das zeigt sich einmal bei der Cession. Die romanistische Theorie sucht freilich die den Römern unentbehrliche Fiction des *procurator in rem suam* auch jetzt noch als nothwendig und geltend darzustellen; aber es bedarf nur einer unbefangenen Beobachtung der Rechtsübung im Volke, um sich davon zu überzeugen, daß wirklich die Uebertragung des Rechts Gegenstand des Verkehrs ist. Die ältere Theorie wußte sich dieß durch die Analogie der Tradition zurecht zu legen<sup>7)</sup>; das

---

6) Hierüber ist zu vergleichen Berthold Delbrück: Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte. Berlin, 1853. Der Verf. hat sich das große Verdienst erworben, das Princip der Lehre aufzustellen und zu begründen; in den einzelnen Folgerungen ist ihm aber nicht beizustimmen, namentlich nicht in dem, was er über die Ablösung der Schuld als selbständigen Vermögenstheils von dem Obligationsverhältniß sagt, — eine Auffassung, welche wohl durch die Verknüpfung des dinglichen Charakters der Rente und die Vermischung der Hypothekenschuld mit andern Obligationsverhältnissen veranlaßt worden ist.

7) v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. bav. civ.

zeichnenbete Princip ging aber in sämtliche neuere Gesetzbücher über<sup>8)</sup>, und daß sie auch der Rechtsanschauung der Gegenwart vollständig entspricht, zeigen die auf dem Boden des gemeinen Rechts entstandenen Hypothekengesetze, welche den Cessionar unbefangen als den wahren Gläubiger und Inhaber der Forderung behandeln<sup>9)</sup>; ein procurator in rem suam ist in Deutschland wohl noch nicht in ein Hypothekenbuch eingeschrieben worden. — Eine weitere Entwicklung dieser Lehre, welche einer gründlichen Reform bedarf, kann hier nicht gegeben werden; es mag nur im Allgemeinen darauf hingewiesen werden, daß durch die Abtretung der Forderung die Lage des Schuldners ohne dessen Zuthun nicht verschlimmert werden kann.

Aber nicht bloß in Forderungen, sondern auch in Schulden kann succedirt werden; das geschieht durch die Uebernahme fremder Schulden, und zwar sowohl in Folge eines allgemeineren, den Uebergang des Activ- und Passivvermögens bewirkenden Rechtsgeschäfts, wie bei der Gutsabtretung, der Begründung einer ehelichen Gütergemeinschaft, der Uebernahme einer Eisenbahnanlage, — als auch durch die unmittelbar darauf gerichtete Vereinbarung. Für die rechtliche Beurtheilung dieses Verhältnisses kommt es zunächst darauf an, den Zeitpunkt zu bestimmen, mit welchem die Succession in die Obligation eintritt, der Uebernehmer in die Stelle des Schuldners rückt. Das unter ihnen getroffene Abkommen hat diese Wirkung noch nicht, da dem Gläubiger wider seinen Willen ein anderer Schuldner nicht aufgedrungen werden kann, der ursprüngliche Schuldner aber, so lange er noch aus der Obligation in Anspruch genommen werden kann, verhaftet bleibt und also seine Schuld besteht; denn ein Regreß gegen den Uebernehmer kann wohl

---

(Th. II. Kap. 3. §. 8.) II. S. 335 ff. — Bornemann, hyst. Darstellung III. S. 66.

8) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 376—444. — Destr. Gesetzb. §. 1392—1410. — Code civ. Art. 1689—94.

9) S. oben §. 97. Note 42—44.

als ein Aequivalent für dieselbe gelten, hebt sie aber nicht auf. Abgesehen also von dem Fall der erfolgten Zahlung, bleibt der ursprüngliche Schuldner noch so lange verhaftet, bis der Gläubiger zu dem Geschäfte der Uebernahme hinzutritt und durch die Anerkenntniß (Agnition) des Uebernehmers als seines neuen Schuldners den früheren befreit. Dieß war nach römischem Rechte nur in der Art möglich, daß die alte Obligation aufgehoben und an deren Stelle eine neue mit einem neuen Schuldner gesetzt wurde. Nach heutigem Rechte bedarf es dieses Umweges nicht, indem man die Obligation fortbestehen lassen und nur einen Wechsel in der Person des Schuldners vornehmen kann. Die Anerkenntniß begründet daher auch in diesem Fall keine neue Obligation<sup>10)</sup>; sie kann aber ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, und zwar ist Letzteres namentlich dann anzunehmen, wenn der Gläubiger den Uebernehmer auf Zahlung belangt. Die unter den Practikern viel erwogene Frage, wie dem Gläubiger eine Klage gegen den Uebernehmer zu verschaffen sei<sup>11)</sup>, löst sich nach dieser Auffassung in einfacher, dem Wesen des Verhältnisses und der Absicht der Betheiligten entsprechender Weise; selbst für den Fall, wenn durch die Uebertragung des Activvermögens mit den Schulden dem Gläubiger die Aussicht genommen ist, den ursprünglichen Schuldner mit Erfolg in Anspruch zu nehmen, bedarf es also in der Regel zu seiner Sicherung keiner besonderen Vorsehrung.

Was ferner das Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer betrifft, so geht zunächst die Absicht des Geschäftes darauf, daß der erstere von seiner Schuld befreit werden soll; bis dieß durch Zahlung oder durch die Anerkenntniß von Seiten des Gläubigers geschehen ist, hat die Uebernahme ihren Zweck nicht erreicht, und dem Schuldner wird daher zu diesem Behuf eine Klage gegen den Uebernehmer auf Vollziehung zu geben sein.

10) Flaß, Entscheidungen I. S. 16—17.

11) S. die Anführungen bei Delbrück a. a. D. S. 70 ff.



Es können jedoch auch andere Verabredungen unter ihnen getroffen werden, die besonders dann von practischer Bedeutung sind, wenn durch die Uebernahme eine Schuld des Uebernehmers an den Schuldner getilgt werden soll. In diesem Fall kann ausgemacht werden, daß die Uebernahme, noch ehe eine Befreiung des Schuldners stattgefunden hat, als Zahlung gelten soll, indem der Schuldner sich Sicherheit wegen seiner künftigen Befreiung bestellen läßt<sup>12)</sup>, oder überhaupt durch den Regreß gegen den Uebernehmer, für den Fall, daß er selbst in Anspruch genommen werden sollte, sich gedeckt hält. Ob der Uebernahme eine solche Wirkung unter den abschließenden Personen beizulegen ist, muß nach den Umständen entschieden werden; selbst die Geschäftsformen einzelner Gegenden können dabei von Einfluß sein, wie denn im Allgemeinen zu bemerken ist, daß Geschäfte dieser Art meistens bei Güterkäufen und Auseinandersetzungen über Hypothekenschulden eingegangen werden, indem der Uebernehmer zugleich Eigenthümer des belasteten Grundstücks und also Pfandschuldner wird. Dadurch vereinfacht sich gewöhnlich das Verhältniß, indem es im Interesse des Gläubigers zu liegen pflegt, den Pfandschuldner auch zum Hauptschuldner zu haben. Im Zweifel wird man aber doch nicht annehmen dürfen, daß der Schuldner vor seiner völligen Sicherstellung eine übernommene Schuld, wegen deren er selbst noch in Anspruch genommen werden könnte, sich als Zahlung habe anrechnen lassen.<sup>13)</sup>

12) Vgl. Pfeiffer, pract. Ausführungen IV. S. 152—153.

13) Der Satz, welchen Delbrück a. a. D. S. 44. für den gewöhnlichen Fall, daß durch die Uebernahme eine Schuld des Uebernehmers gegen den Schuldner getilgt werden soll, als den Mittelpunkt seiner Deduction aufstellt: Uebernahme ist Zahlung, ist in dieser Allgemeinheit also nicht anzuerkennen; es kommt dabei immer auf das „id quod actum est“ an.

## §. 119.

## Der Vertrag.

Die Wirksamkeit des Vertrags beschränkt sich allerdings nicht auf das Obligationenrecht; sie macht sich auch in internationalen und staatsrechtlichen Beziehungen geltend, und ebenso auf dem Gebiete des Sachenrechts und des Familien- und Erbrechts.<sup>1)</sup> So wie es also Obligationen giebt, die nicht aus Verträgen entstehen, so giebt es auch Verträge, welche keine Obligationen begründen, und die allgemeine Lehre von den Verträgen ließe sich daher auch in dem allgemeinen Theile bei den Rechtsverhältnissen abhandeln. Wenn dieß nach dem Vorgange der meisten Systeme in diesem Werke nicht geschehen ist, so ist der Grund davon gewesen, weil die regelmäßige Wirkung der Verträge eine obligatorische ist, und sich in dieser ihre allgemeine Natur am deutlichsten herausstellt, was denn für die Stellung derselben im Obligationenrecht spricht.<sup>2)</sup>

Der Vertrag (das Geding) ist nun eine Uebereinkunft zweier oder mehrerer Personen über die Begründung, Abänderung oder Aufhebung der Rechtsverhältnisse. Der für sich bestehende Einzelwille Mehrerer vereinigt sich zu einem Gesamtwillen; er gestaltet sich zu einer Uebereinstimmung (consensus) über das Rechtsverhältniß, welches den Gegenstand der Verhandlung bildet. Damit ein Vertrag zu Stande komme, sind daher zwei Momente zu unterscheiden, wenn sie auch der Zeit nach nicht nothwendig von einander getrennt erscheinen: die Willensbestimmung der Einzelnen und die Uebereinstimmung der Mehreren. Die genauere Analyse des ersten Moments ist an sich eine psychologische Aufgabe, und diejenige Rechtsbildung wird die vollkommenste sein, welche ihre Regeln über die Willens-

---

1) H a f f e, rhein. Museum für Jurisprudenz I. S. 92 ff. II. 2. S. 201 ff. — Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 29. — v. S a v i g n y, System III. S. 309 ff.

2) S. Band I. S. 237.

bestimmung in diesem Sinne am Richtigsten formulirt. Die allgemeinen Grundsätze, welche das römische Recht hierüber und namentlich über die Mängel der Willensbestimmung: *dolus, vis, error* aufstellt, sind in unser gemeines Recht übergegangen.<sup>3)</sup>

Was ferner den *Consensus* betrifft, so wird auch hier über den Begriff an sich keine Verschiedenheit zwischen der römischen und deutschen Rechtsansicht bestehen; über die rechtliche Wirkung desselben in dem Vertrage zeigt sich aber eine wesentliche Abweichung, welche sich nach zwei Seiten hin geltend macht: in materieller und formeller Beziehung. Um den ersten Punkt genau zu fassen, ist wieder auf das Wesen der Obligation zurückzugehen, in der, wie schon oben hervorgehoben wurde, die Römer das entscheidende Gewicht auf das Recht des Gläubigers legen, welcher sich den Willen des Schuldners für den Inhalt der Obligation unterwürfig macht. Im Gegensatze davon legen die Deutschen den Hauptnachdruck auf die von dem Schuldner übernommene Verbindlichkeit — das Versprechen, und führen auf die Verpflichtung, dieses zu halten, die allgemeine Gültigkeit des Vertrages zurück.<sup>4)</sup> Damit muß man den im deutschen Recht nicht durchgeführten Grundsatz des römischen Rechts zusammenhalten, daß nur die ursprünglichen Contrahens-

3) Das trifft auch im Allgemeinen bei den Regeln über die Handlungsunfähigkeit der Geisteskranken zu, wenngleich für die genauere Feststellung der Begriffe unsere Rechtsprache und die neuere Heilwissenschaft ein selbständiges Material bieten; s. Meyser in der Zeitschrift für deutsches Recht XIII. Nr. 9.

4) Sächf. Landr. B. I. Art. 7. „Eve icht borget oder lovet, die sal't gelden, unde svat he dut, dat sal he stede halden.“ — Freiburger Stadtr. v. 1520. fol. 39. „Welcher dem andern etwas mit bedachtlichkeit zusagt, es sig mit blossen worten, oder andern zusagungen, die wort syent wie sy wöllen, so sol der ihen der zugesagt hat, sin zusagen halten, und mag mit recht darzu gezwungen werden, dann es gepürt sich menschlicher erbarkeit, das man glauben halte, es wer dann das zusagen umb unerlich sachen.“ Vgl. im Allgemeinen E. A. Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte I. (Kostock und Schwerin 1853.) §. 29.

ten aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet werden können, um die principielle Verschiedenheit beider Rechtssysteme in dieser Lehre zu begreifen.

Jene deutsche Auffassung darf freilich nicht dahin mißverstanden werden, daß jedes formlose Versprechen an sich unbedingte rechtliche Gültigkeit habe. Wir finden vielmehr den reichen Formalismus des deutschen Rechts auch auf die Vertragslehre angewandt und mit großer Consequenz durchgeführt: aber es hatte damit doch eine andere Bewandniß, als mit den römischen Vertragsformen, und das führt uns auf die zweite oben bezeichnete Abweichung. Bei den Römern war, abgesehen von den bestimmt ausgeschiedenen Consensualverträgen, für die keine bestimmte Form galt, der Vertrag als solcher wirkungslos: es bedurfte, wenn nicht die Leistung des einen Theils eine Klage auf Rückgabe oder Gegenleistung gewährte, in der Regel der stipulatio, in der sich der Schuldner dem Willen des Stipulators unterwarf, um einen vollgültigen, klagbaren Vertrag zu Stande zu bringen. Das war eine Consequenz des Systems; Zweckmäßigkeitsgründe waren dabei wenigstens nicht allein maassgebend, wie sich schon daraus ergibt, daß gerade die an sich formlosen Consensualverträge leicht dem Gegenstande nach die wichtigsten waren. — Anders im deutschen Rechte. Hier finden sich die Formen im Interesse der Rechtsicherheit angewandt, um den Moment mit Sicherheit zu bestimmen, wo die getrennten Einzelwillen im bindenden Consensus zusammentreffen, und um für den Beweis des zu Stande gekommenen Geschäftes zu sorgen.<sup>5)</sup> Daher entscheidet sich die Wahl einer Form

---

5) In diesem Sinne ist auch das Sächf. Landr. B. I. Art. 7. aufzufassen, wo es nach den in der vorigen Note abgedruckten Worten weiter heißt: „Wil he es aver versaken dar na, he untvort it ime mit sinem ede, swat he vor gerichte nit gelovet (Homeyer: gelent) ne hevet. Swat he aver vor gerichte dut, des vertüget en de safewelbige mit twen mannen, unde de richter sal de dribde fin.“ Vgl. Art. 13. §. 2. und Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 44.

weniger nach einer rechtlichen Nothwendigkeit, als nach dem Belieben der Betheiligten, und wenn auch Sitte und Herkommen dabei gewisse Regeln auflegten, so war doch nach der Verschiedenheit der Stammes- und Standesrechte und nach der Beschaffenheit und dem Inhalt der einzelnen Rechtsgeschäfte eine große Mannichfaltigkeit des Formalismus möglich.

In dieser Lage war das deutsche Recht, als die fremden Rechtsquellen recipirt wurden, und es nun entschieden werden mußte, wie es mit den Formen bei Abschließung der Verträge zu halten sei. Die Glosse und einige ältere Practiker glaubten hier unbefangen die Grundsätze des römischen Rechts, besonders über die stipulatio, welche doch schon in der späteren Kaiserzeit Vieles von ihrem ursprünglichen Wesen eingebüßt hatte<sup>6)</sup>, anzuwenden zu können<sup>7)</sup>; allein die Unmöglichkeit, einen so fremdartigen Formalismus in den Geschäftsverkehr einzuführen, zeigte sich bald, und so kam man nun, anstatt in verständiger Weise an das vorhandene Volkrecht anzuknüpfen, zu der extremen Ansicht, daß jeder formlose Vertrag vollgültig und klagbar sei, wofür man dann einzelne mißverständene Stellen des kanonischen Rechts<sup>8)</sup> und die Heiligkeit des gegebenen Wortes bei den Deutschen, sowie naturrechtliche Betrachtungen als die entscheidenden Gründe anführte.<sup>9)</sup> Dadurch wurde freilich die einseitige Auffassung der Römer von der Vertragslehre theilweise fern gehalten; aber dieselbe verlor nun den sicheren Halt in der Beherrschung des schwer zu bestimmenden Stoffs, und führte

6) c. 10. C. de contrah. et comm. stipulatione.

7) Glossa ad L. juris gentium 7. D. de pactis, und zu verschiedenen Stellen des T. D. de V. O. — Bartolus ad Leg. cit. — J. Mysinger a Frundeck, responsa jur. dec. X. resp. 50.

8) cap. 1. 3. X. de pactis. — U. Zasius ad L. 18. D. de jurisdict. Nr. 18.

9) D. Mevius, decis. P. V. dec. 407. — J. H. de Berger, oecon. jur. lib. III. tit. 1. th. 11. — J. Schilter, praxis jur. rom. I. ex. 8. §. 2. sqq. — S. Strykius, usus mod. pand. lib. II. tit. 14. §. 12. — J. H. Boehmer, exercit. ad pand. tom. II. exerc. 31. cap. 1. §. 13.

zu einer, durch die allgemeine Zulassung des Schiedsbeides begünstigten Rechtsunsicherheit, gegen welche einzelne particularrechtliche Vorschriften und der practische Geschäftstact mit wechselndem Erfolge ankämpften. Vom Standpunkte des gemeinen Rechts läßt sich diesem Uebelstande nur dadurch entgegenwirken,

1) daß nur dann ein gültiger Vertrag angenommen wird, wenn derselbe einen bestimmt erkennbaren rechtlichen Inhalt hat. Daß dieser nothwendig auf ein Geldinteresse muß zurückgeführt werden können, läßt sich nach deutscher Rechtsanschauung nicht unbedingt behaupten; aber nicht jede formell gültige Veredung ist doch als bindender Vertrag anzusehen. Auf keinen Fall kann das, was den guten Sitten oder den Präceptivgesetzen widerspricht, zum Gegenstande einer gültigen Verabredung gemacht werden.

2) Daß unter Berücksichtigung der im Geschäftsleben noch vorhandenen Vertragsformen in jedem einzelnen Fall, wo ein formloser Vertrag für rechtsgültig und bindend erklärt werden soll, mit größter Vorsicht alle Umstände erwogen werden, um die Ueberzeugung von der ernstlichen Absicht der Contrahenten und dem zu Stande gekommenen Consensus zu gewinnen.<sup>10)</sup>

### §. 120.

#### Der Vertrag (Fortsetzung).

Wenn auch die allgemeinen Erfordernisse eines gültigen Vertrags in der angegebenen Weise näher bestimmt werden, so bleiben doch auch für die Feststellung dieser Lehre im Allgemeinen noch einige Punkte zur genaueren Erörterung übrig.

I. Die Frage, ob noch jetzt Verbal- und Literalcontracte bestehen, kann freilich, da sie nur für das Wechselgeschäft und

---

10) J. Möser, patriotische Phantasien II. Nr. 24. — Gasse, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft I. 1. S. 24 - 35. — Derselbe, rhein. Museum für Jurisprudenz II. 2. S. 197 ff. — Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 30 - 56.

etwa für die Beweisraft der Schuldscheine und Quittungen von Interesse ist, hier übergangen werden; dagegen ist die Bedeutung der Realcontracte für das heutige Rechtssystem zu bestimmen.<sup>1)</sup> Insofern nun die beschränkte Geltung derselben nur in dem Formalismus der römischen Vertragslehre ihren Grund hatte, und die Verabredung bei ihnen auf Leistung und Gegenleistung gerichtet ist, so muß für dieselben jetzt die Natur des Consensualvertrags unbedingt in Anspruch genommen werden, so daß es der begonnenen Leistung zur Perfection nicht bedarf, und für denjenigen, der geleistet hat, nur eine Klage auf Erfüllung, nicht aber das Neurecht begründet ist. Bei dem Tauschvertrage stellt sich dieß Rechtsverhältniß am deutlichsten heraus.<sup>2)</sup> — Anders liegt dagegen die Sache für diejenigen Realcontracte, bei welchen der eigentliche Inhalt des Vertrags eine Verpflichtung auf Rückgabe ist, welche, bevor die Sache gegeben ist, nicht wohl gedacht werden kann. Nun ließe sich zwar mit Berücksichtigung der Stellen des römischen Rechts, welche über eine Verbindung der stipulatio mit der numeratio handeln<sup>3)</sup>, und nach Analogie des Miethvertrags für das zinsbare Darlehen wohl die Ansicht rechtfertigen, daß das contractliche Verhältniß als ein zweiseitiger Consensualvertrag betrachtet werden könne. Aber abgesehen von andern Gründen steht schon der Umstand einer solchen Auffassung entgegen, daß auch im modernen Geschäftsleben das Darlehen als ein Realcontract behandelt wird; es würde also willkürlich sein, dasselbe von den anderen verwandten Geschäften auszuscheiden. Mit dieser Ansicht läßt es sich aber, wie sogleich gezeigt werden soll, recht wohl vereinigen, daß derjenige, dem eine Sache, damit er sie später zurückgebe, versprochen ist, aus dem Vertrage eine Klage auf

1) Vgl. im Allgemeinen L. von der Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte (Erlangen 1840.) S. 291—300.

2) L. 1. §. 2. D. de rerum permutat. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 363—75. — Desferr. Gesetzbuch §. 1045—52.

3) L. 6. §. 1. L. 7. D. de novat. — L. 126. §. 2. D. de V. O.

Erfüllung hat und also die Abschließung des Realcontractes oder die Leistung des Interesse erzwingen kann.

II. So lange der Einzelwille der Betheiligten sich noch nicht zum Consensus vereinigt hat, liegt auch noch kein Vertrag vor, und bloß vorläufige Verabredungen (Tractaten), bei denen die Feststellung des Gegenstandes oder die definitive Zustimmung fehlen, sind daher ohne rechtliche Bedeutung. Es kann jedoch geschehen, daß die Contrahenten sich geeinigt haben, über einen bestimmten Gegenstand ein bestimmtes Rechtsgeschäft abzuschließen, daß sie aber das Hauptgeschäft selbst noch nicht abgeschlossen, sondern nur dahin sich verständigt haben, es künftig einzugehen. Dann liegt eine Vertragsberedung (pactum de contrahendo, präparatorischer Vertrag) vor, der aber, um gültig zu sein, nicht nur keinen Zweifel über die ernsthafte Willensbestimmung der Contrahenten übrig lassen darf, sondern auch seinem Gegenstande nach, also in Beziehung auf das Hauptgeschäft und dessen Inhalt klar und bestimmt sein muß.<sup>4)</sup> Die allgemeine Regel, daß ein Vertrag, um bindend zu sein, einen bestimmten rechtlichen Inhalt haben muß, hat denn auch in diesem Fall namentlich die Bedeutung, daß das Hauptgeschäft den Contrahenten ein rechtliches Interesse gewähren muß, und daß nur derjenige, welcher ein solches darzutun vermag, befugt ist, auf die Vollziehung desselben zu dringen. Die Ver-

4) Destr. Ges. §. 936. „Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrags bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder anderen Theiles verloren wird. Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigen Falls ist das Recht erloschen.“ — Die alte Klausel: *Rebus sic stantibus*, die auf dieß Verhältniß übergetragen worden, läßt sich nach gemeinem Recht freilich so wenig wie die beschränkte Dauer des erworbenen Anspruchs rechtfertigen; doch wird man annäherungsweise durch eine Analyse des Consensus ein ähnliches Resultat erreichen können.



tragsberebung bei dem zinsbaren Darlehen (*pactum de mutuando*) kann beiden Theilen ein solches Interesse gewähren; anders bei den anderen Realcontracten, und auch bei der Berebung eines Erbeinsetzungsvertrags wird man wohl dem künftigen Vertrags-erben, nicht aber dem Erblasser eine Klage auf Vollziehung geben. Die Möglichkeit einer solchen Vertragsberebung ist jetzt aber um so weniger zu bezweifeln, da eine versprochene Leistung nicht mehr behufs der Vollstreckung in ein bestimmtes Geldinteresse aufgelöst zu werden braucht.<sup>5)</sup>

III. Der Grundsatz des römischen Rechts, daß eine Obligation nur für die als Gläubiger und Schuldner unmittelbar beteiligten Personen rechtliche Wirkung habe (s. oben §. 118.), machte sich auch für diejenigen Verträge geltend, welche zu Gunsten eines Dritten geschlossen wurden; nur das eigene Interesse des Contrahenten, welches aber auch durch eine Straf- berebung geschaffen werden konnte, gab ihm eine Klage auf Erfüllung, während der Dritte nur ausnahmsweise eine *actio utilis* hatte.<sup>6)</sup> Die Glosse und ihre Nachfolger hielten mit wenigen Ausnahmen an diesem Grundsatz fest<sup>7)</sup>, aber seit dem 16. Jahrhundert machte sich in der deutschen Jurisprudenz immer entschiedener die Ansicht geltend, daß das heutige Recht einer solchen Beschränkung nicht unterworfen sei, indem sowohl die milderen Ansichten der Kanonisten als auch die für die Vertragslehre besonders einflussreichen naturrechtlichen *Deductio-*nen und die Berufung auf entgegenstehende einheimische Gewohnheiten diese Entwicklung bestimmten. Seit der Mitte des 17. Jahrhunderts war diese Ansicht die herrschende und trat auch

5) Vgl. im Allgemeinen Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 56—71.

6) c. 3. C. de donat. sub modo.

7) Zu diesen Ausnahmen gehörten der Glossator Martinus und Franz Hotman; in Spanien hatte schon ein Gesetz vom Jahre 1348 sich gegen die Geltung des römischen Rechts in dieser Lehre ausgesprochen. Vgl. überhaupt die dogmengeschichtliche Darstellung bei Buchka, die Lehre von der Stellvertretung S. 121—87.

in der Praxis entschieden hervor; ja diejenigen Juristen, welche mit besonderer Rücksicht auf die allgemeine Reception des römischen Rechts davon abwichen, ließen doch so viele Ausnahmen zu, daß sie mittelbar fast zu einer Anerkennung des Principis gelangten.<sup>8)</sup> Später trat vom Standpunkte des Romanismus gegen diese Rechtsentwicklung eine Reaction ein, aber sie vermochte nicht die vorher begründete Gewohnheit, wenn sie dieselbe auch vielfach erschüttern konnte, zu beseitigen. Auch heute noch erkennen angesehene Practiker und Gerichtshöfe den Vertrag zu Gunsten eines Dritten als rechtsbeständig an.<sup>9)</sup>

Prüft man nun kritisch die innere Begründung dieser Lehre, so ist im Allgemeinen anzuerkennen, daß das ältere deutsche Recht kein allgemeines Princip ausgebildet hat, welches der römischen Auffassung direct entgegenstand, wenn es auch in einzelnen Fällen einen Vertrag zu Gunsten dritter Personen unbedenklich zuließ. Aber wie schon oben dargethan worden, ist überhaupt die Grundanschauung der Römer, daß die Obligation an die Person des Contrahenten gebunden sei, in unser

8) Sehr bezeichnend ist in dieser Beziehung eine Aeußerung von B. Carpov, jurispr. for. P. II. const. 29. def. 20. Nr. 18. 19. Obgleich derselbe nämlich principiell für die römische Auffassung ist, so kommt er doch bei Aufzählung der allgemein anerkannten Ausnahmen zu dem Befenntniß: Multis itaque casibus ex paciscentium conventione alteri obligatio acquiritur, ut non male forsitan quis arbitrari possit cum Martino — —, semper ex alterius pacto dari utilem actionem.

9) Außer den von Buchfa a. a. O. S. 160. Note 17. und sonst angeführten neueren Juristen sind noch zu nennen: Curtius, Handbuch des Sächs. Civilrechts III. §. 1281. — Hänsel, die Lehre von dem Auszug (Leipzig 1834.) §. 4. Note 5. — Runde, Zeitschrift für deutsches Recht VII. S. 18. 19. (wo auch auf die Volksansicht Rücksicht genommen wird). — Brinz, kritische Blätter II. 35—36. — Unter den Gerichtshöfen, welche mit dieser Auffassung übereinstimmen, ist besonders das Oberappellationsgericht zu Cassel hervorzuheben, bei welchem hierüber eine constante Praxis besteht; s. Pfeiffer, pract. Ausführungen IV. S. 152. — Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 1. Dieselbe Ansicht findet sich jedoch auch in den Urtheilen aus München, Dresden und Berlin bei Seuffert, Archiv III. Nr. 33. 74. 90. 312.

Recht nicht übergegangen, und so gut wie man im Mandatsverhältniß den Vollmachtgeber unmittelbar durch den Bevollmächtigten berechtigen und verpflichten läßt, kann auch sonst noch, ohne daß ein entgegenstehendes Princip verletzt würde, einer dritten Person ein Recht aus einem Vertrage erworben werden. Die entscheidende Frage ist, in welcher Weise sich dieses Verhältniß in dem positiven gemeinen Rechte ausgebildet hat, und darauf giebt die Dogmengeschichte, wie sie oben übersichtlich dargestellt worden ist, die Antwort. Die einzelnen Fälle, in denen der Vertrag zu Gunsten eines Dritten besonders häufig und deutlich hervortritt, wie bei dem Erbvertrage, der Gutsabtretung, der Ehestiftung, der Lebensversicherung, den Staatsverträgen, sind daher nicht als Ausnahmen von der Regel, sondern als Beispiele ihrer Anwendung zu betrachten.<sup>10)</sup> — Doch bedarf die Lehre im Einzelnen noch einer genaueren Erörterung, welche die aus dem angenommenen Princip hervorgehenden Folgerungen darlegt.

a. Der Vertrag gilt auch dann, wenn er nicht dem Contrahenten, sondern nur dem Dritten ein rechtliches Interesse gewährt; doch muß es eine bestimmt bezeichnete Person sein, zu deren Gunsten contrahirt wird, wenn dieselbe auch zur Zeit des Vertrages noch nicht unter den Lebenden zu sein braucht. Dahin gehört z. B. die Vereinbarung zu Gunsten künftiger Kinder in einer Ehestiftung.<sup>11)</sup>

---

10) Eichhorn, Einleitung §. 343. Nr. IV. will Verträge zu Gunsten eines Dritten nur ausnahmsweise gelten lassen; Buchka a. a. D. S. 196 ff. allein bei dem Erbeinsetzungsvertrage, weil durch denselben keine Obligation, sondern ein Erbrecht begründet werde; ihm ist in dieser Beziehung die Obligation noch von der Person der Contrahenten untrennbar, während er bei der Stellvertretung des Bevollmächtigten sich durch eine Fiction zu helfen sucht, s. oben §. 118. Note 3.

11) Ein Vorbild solcher Vereinbarungen ist der Investiturvertrag im Lehenrecht. Das von Buchka a. a. D. S. 191. 199. gegen die Zulässigkeit derselben angeführte Beispiel von Berechnungen zum Vortheile der Gutsangehörigen beweist nichts; denn selbst wenn man darin eine Absur-

b. Derjenige, welcher zu Gunsten des Dritten den Vertrag abgeschlossen hat, kann die Erfüllung fordern, was bei den Grundsätzen des heutigen Rechts über die Vollstreckung der auf ein Handeln gerichteten Obligation kein processualisches Hinderniß findet.

c. Was die Stellung des Dritten bei einem solchen Vertrage betrifft, so wird auch ihm ein selbständiges Recht aus demselben erworben; er muß aber die fremde Willensbestimmung, die ihm zu Gute kommen soll, sich erst aneignen, und zu diesem Behuf bedarf es seiner Erklärung, daß er den ihm zugedachten Vortheil annehme, was in der Regel sich als Beitritt zu dem abgeschlossenen Geschäfte darstellen wird. Bevor aber diese Erklärung von Seiten des Dritten abgegeben ist, besteht der Vertrag nur unter den ersten Paciscenten, und diese können von demselben noch mit gegenseitiger Uebereinstimmung zurücktreten, ohne ein erworbenes Recht des Dritten zu verletzen. Der einseitige Rücktritt ist aber wegen der allgemeinen Natur des Vertrages nicht gestattet; ist daher der Wille des Stipulators dem Widerruf entzogen und unwandelbar geworden, so ist auch dem Dritten sein Recht aus dem Vertrage, beziehungsweise zu dem Beitritt gesichert. Dieß ist aber der Fall, wenn der Stipulator stirbt; denn sein Remissionsrecht ist kein solches, welches als Bestandtheil des Vermögens auf die Erben übergeht.<sup>12)</sup> — Von dieser Auffassung kommen zwei Abweichungen nach verschiedenen

---

dität finden sollte (was übrigens gar nicht so unbedingt zuzugeben ist), so kommt in Betracht, daß die Möglichkeit einer solchen auf dem der Privatwillkühr überlassenen Rechtsgebiete überhaupt nicht zu vermeiden ist, und sich im einzelnen Fall immer noch Mittel der Abhülfe gefunden haben.

12) Vgl. Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 71–83. Die richtige Ansicht ist im Wesentlichen schon von Hugo Grotius (*de jure belli et pacis* lib. II. cap. 11. §. 18.) aufgestellt, s. Buchka a. a. D. S. 163 ff. Auch das französische Gesetzbuch hat sie im Princip anerkannt: *Code civ.* Art. 1121. *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter.*

Seiten vor. Nach der einen Ansicht soll der Vertrag dem Dritten sofort und ohne Rücksicht auf seine Erklärung ein wohl-erworbenes Recht geben, so daß den Contrahenten der Widerruf von Anfang an nicht mehr frei bleibt<sup>13)</sup>; nach der andern be-  
darf es noch einer besonderen, außer dem ursprünglichen Vertrage liegenden Bewilligung der Contrahenten, damit der Dritte dem-  
selben mit Erfolg beitreten kann.<sup>14)</sup> Allein während im ersten

13) Diese Ansicht findet sich bei J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. II. ex. 28. cap. 1. §. 6. Vgl. Buchfa a. a. D. S. 169 ff.

14) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 74. „Auch die Vortheile eines Dritten können der Gegenstand eines Vertrages sein. §. 75. Der Dritte selbst aber erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist. §. 76. Bis dieser Beitritt erfolgt, kann der zu seinem Vortheile geschlossene Vertrag nach dem Einverständniß der Contrahenten geändert, oder gar aufgehoben werden. §. 77. Ist aber dem Dritten der Antrag zum Beitritt einmal geschehen, so müssen die Contrahenten seine Erklärung über die Annahme abwarten.“ — Das Verhältniß der Bestimmungen in §. 75. und 76. ist nicht ganz klar und auch Gegenstand einer Controverse geworden. Die oben im Text gegebene Erklärung ist die gewöhnliche, s. Bornemann, Syst. Darstellung II. S. 231—33. — Koch, Lehrbuch des Preuß. gemeinen Privatrechts II. §. 570. Doch ist zu bemerken, daß ein Erkenntniß des Obergerichtes (Entscheidungen X. S. 341 ff.) „nach der Natur der Sache“ demjenigen Contrahenten, der allein den Vortheil des Dritten bezweckte, die Befugniß einräumt, allein über den Beitritt desselben zu entscheiden. — Die Geschichte dieser ganzen landrechtlichen Vorschrift ist aber nicht ganz aufgeklärt. Die Bestimmung des §. 74. wiederholt sich in allen Entwürfen; in dem ersten ungedruckten Entwurfe hieß es dann aber weiter: „So lange der Dritte dem Vertrage nicht beigetreten ist, hat er selbst daraus noch kein Recht erworben.“ Diese Fassung änderte Suarez auf die erhobenen Monita dahin: „So lange der Dritte noch nicht erklärt hat, sich des im Vertrage ihm vorbehaltenen Vortheils anmaßen zu wollen, hat er daraus noch kein Recht erworben. Bis dahin können also die Contrahenten von dem Vertrage wieder abgehen.“ Am Rande dieser Stelle findet sich nun die spätere Bemerkung: cessat, und darauf gelangte man zu der jetzigen Fassung. S. Gesetz-Revision. — Pensum XIV. Motive zu dem von der Deputation vorgelegten Entwurfe der Titel 3. 4. 5. und 6. des ersten Theils des Allgemeinen Landrechts. (Als Manuscript zur Benutzung bei den Berathungen gedruckt.) Berlin,

Fall die Privatwillkür der Contrahenten mehr beschränkt und das Recht des Dritten weiter ausgedehnt wird, als die Natur des Vertrages es zuzulassen scheint, wird nach der zweiten Ansicht der ursprüngliche Vertrag nicht bloß für den Dritten, sondern auch für denjenigen, der zu seinen Gunsten stipulirt hat, möglicher Weise illusorisch gemacht, da der einseitige Widerspruch des Promittenten die Wirkung desselben verhindern kann, sobald nicht das Interesse des andern Contrahenten das Rechtsverhältniß selbständig trägt und sichert.

### §. 121.

#### Der Vertrag (Fortsetzung). Die Form.

Wenn auch die Formlosigkeit des Vertrages im heutigen gemeinen Rechte als die Regel gilt, so können doch durch Gesetz, Herkommen und Privatwillkür Ausnahmen von derselben eintreten, welche entweder für einzelne Arten der Geschäfte zur Anwendung kommen oder als allgemein übliche Vertragsformen für die ganze Lehre von Bedeutung sind. Von den letzteren ist hier zu handeln.<sup>1)</sup>

#### I. Die symbolische Eingehung.

Die Anwendung eines Symbols bei Abschließung von Verträgen war im älteren Recht bald eine unwesentliche Förmlichkeit, nur dazu bestimmt, den Consensus der Betheiligten deutlicher herauszustellen, bald ein wesentliches Erforderniß für die Gültigkeit des Geschäftes. Auch im heutigen Volksleben kommen in einigen Gegenden noch Spuren der letzteren Auffas-

---

1830. 4. S. 59–61. — (Eine abweichende Darstellung der Verhandlungen giebt Bornemann a. a. D. S. 232. Note 2.) Die Regeln des Landrechts, welche sich übrigens in der Praxis als unzureichend erwiesen haben, führen jedenfalls nur dahin, daß die Contrahenten den Beitritt des Dritten zu bewilligen haben, nicht aber, daß das Hauptgeschäft selbst in einen neuen Vertrag umgesetzt werden muß; denn in dem Worte „Beitritt“ ist schon ausgedrückt, daß der erste Vertrag an sich bestehen bleibt, und dem Rechtsverhältniß nur eine selbständig berechnete Person hinzugefügt wird.

1) Vgl. Band I. §. 49. — Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 39 ff.

sung vor, z. B. bei der Dienstmiethen, und sind dann auch in ihrer rechtlichen Bedeutung zu würdigen; gewöhnlich aber beschränkt sich die Wirksamkeit des Symbols darauf, als ein Bestärkungsmittel des Vertrages zu dienen. Unter diesem Gesichtspunkte ist namentlich die Arrha zu betrachten.<sup>2)</sup> Sie kommt unter verschiedenen Formen und Benennungen als Weinkauff, Leitchauf, Haftpfennig, Gottespfennig u. s. w. vor, und hat bald ihren ursprünglichen Charakter bewahrt<sup>3)</sup>, bald aber die Natur der römischen arrha poenentialis angenommen.<sup>4)</sup>

2) Das ältere Recht hatte noch andere Bestärkungsmittel, unter denen insbesondere das Gelübde bei Ehren und Treuen und die Verpflichtung zum Einlager (obstagium) zu nennen sind. Ersteres hatte nicht bloß wie das heutige Ehrenwort eine sittlich=soziale Bedeutung, s. Lehre von den Erbvertr. a. a. D. S. 43. 44. — Kraut, Grundriß §. 163., und das Einlager, die Verbindlichkeit, sich im Falle der Nichterfüllung an einem bestimmten Orte zur Haft zu stellen, stand ebenfalls auf der Ehre des Verpflichteten. Jetzt gilt dasselbe nur noch particularrechtlich, ist aber überhaupt nicht mehr gebräuchlich. Sächf. Landr. B. II. Art. 11. — Paulsen, Lehrbuch §. 121—24. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 279. Eben so ist die früher so gewöhnliche Bestärkung der Verträge durch den Eid im modernen Geschäftsleben fast ganz zurückgetreten, in manchen Particularrechten aber ausdrücklich verboten.

3) Nev. Lüb. Recht B. III. Tit. 6. Art. 6. „Wann einer auf gethanen Kauff, Pact, Miethe oder Dienst den GottesPfennig oder Arrham giebt, so ist solches alles kräftig: Es wäre dann, daß alsofort und eher sie sich scheiden, in continenti die Arrha wiederum zurückgegeben oder gefordert würde.“ — Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 10. „Ein kauff und verkauff kan in dieser guten Stadt auch wohl ohne Gottespfenning beständiglich getroffen werden. Wann aber derselbige ergangen, ist der kauff dadurch desto mehr bekräftiget.“ — Münchener Stadtrecht Art. 152. „Swer ain haus, ain stadel, ain garten oder swelherlay aigen dingt oder bestet, und leitchauf (al. leichauf) daran geit, der sol daz die gedingten zeit haben und niezzen.“

4) Württemb. Landr. Th. II. Tit. 9. §. 20. „Doch wa ein Arrha oder Haftpfenning auff den Kauff gegeben oder Weinkauff getruncken worden, soll der Käufer, so er abtreten will, den Haftpfenning verloren haben, wie auch den gangen Weinkauff allein bezahlen. So aber der Verkäufer begehrt vom Kauff abzustehen, soll er dem Käufer, neben Bezahlung des Weinkauffs, den Haftpfenning doppelt wider hinaus zu geben und zu erstatten schuldig seyn.“ Vgl. Reyscher II. §. 413—14.

Ersteres ist als die Regel anzusehen; doch hängt es von den Vorschriften der Particularrechte und der Absicht der Parteien ab, ob und unter welchen Umständen die Arrha als Neugeld dienen soll oder wenigstens auf die vertragsmäßige Leistung selbst in Abrechnung zu bringen ist.<sup>5)</sup>

## II. Die Gerichtlichkeit.

Es ist schon oben (§. 119. Note 5.) bemerkt worden, daß die gerichtliche Abschließung der Verträge nach älterem Rechte zunächst um des Beweises wegen geschah, so daß die Rechtsbeständigkeit des Geschäftes an sich nicht dadurch bedingt wurde. In diesem Sinne hat man auch in späterer Zeit die Gerichtlichkeit beibehalten, und sie neben andern Vertragsformen für die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse zur Anwendung gebracht. Allmählich wurde aber die ursprüngliche Bedeutung der ganzen Einrichtung dadurch wesentlich verändert, daß man für manche Fälle noch besondere Zwecke mit derselben zu erreichen suchte, indem das Gericht aus seiner mehr passiven Haltung gebracht und zur thätigen Theilnahme an den Verhand-

---

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 205. „Draufgabe (Arrha) ist das, was als Zeichen des geschlossenen Vertrages entrichtet wird. §. 206. Was auf Abrechnung der übernommenen Verbindlichkeit vorausgegeben worden, wird Angeld genannt. §. 207. Wo die Gesetze oder der Vertrag nicht ausdrücklich ein Anderes bestimmen, ist die Draufgabe zugleich als Angeld anzusehen. §. 208. Ist aber die Draufgabe von anderer Art als dasjenige, was der Gebende vermöge des Contractes zu leisten hat, so hat dieselbe nicht die Eigenschaft eines Angeldes. §. 212. Ist das Gegentheil (von der arrha confirmatoria) und daß gegen Verlust oder Ertrag der Draufgabe der Rücktritt von dem Vertrage statt finden sollte, ausdrücklich verabredet, so vertritt die Draufgabe die Stelle einer Wandelpön.“ — Baiern. Landr. Th. IV. Cap. 1. §. 11. — Oesterr. Gesetzb. §. 908—9. — Die Vorschriften des römischen Rechts, welche sich besonders auf den Kauf beziehen, sind mit großer Vorsicht in dieser Lehre, wo so Vieles auf Sitte und Herkommen beruht, anzuwenden; das hat schon U. Zasius (singul. responsa II. cap. 24.) erkannt. Doch galt auch bei den Römern die arrha regelmäßig als eine confirmatoria, s. L. 35. pr. D. de contrah. emt.; daß sie aber nach Vollziehung des Vertrags zurückgegeben werden muß (L. 11. §. 6. D. de act. emt. vend.), wird bei uns nicht leicht vorkommen.



lungen veranlaßt wurde. Seit dem sechszehnten Jahrhundert sind nämlich zahlreiche Landesgesetze erschienen, welche für gewisse Geschäfte namentlich unter dem Landvolke die gerichtliche Abschließung als eine nothwendige Form vorschrieben, und dem zuständigen Gerichte zugleich im Interesse der Betheiligten die Verpflichtung einer Voruntersuchung auflegten, welche die formelle und materielle Rechtsbeständigkeit des Vertrages zum Gegenstande hatte, und wenn sie befriedigend ausfiel, zur Confirmation desselben führte. Der thatsächliche Einfluß des Richters, der sich auch früher regelmäßig wird geltend gemacht haben, wurde also in Verbindung mit der nothwendigen Form der Gerichtlichkeit zu einer Art Bevormundung ausgebildet, welche der ganzen Einrichtung eine von der früheren verschiedene Bedeutung gab. Hierzu kam aber noch der wichtige Umstand, daß in manchen Particularrechten die gerichtliche Auflassung mit der Gerichtlichkeit des Veräußerungsgeschäftes verwechselt oder doch in Verbindung gebracht wurde; und so die Bedeutung dieser letzteren Form über die bloß obligatorische Wirkung hinausging.

Dieser letztere Punkt ist schon in der Lehre von der Auflassung genauer entwickelt worden<sup>6)</sup>; aber auch wenn man von demselben absteht, bietet die Gerichtlichkeit der Verträge der gemeinrechtlichen Erörterung erhebliche Schwierigkeiten dar. Denn die Particulargesetze, in denen diese Form ausgebildet ist, weichen in ihren Zwecken und Mitteln vielfach von einander ab und leiden oft an einem großen Mangel der Klarheit und Bestimmtheit, welchen die Jurisprudenz nicht immer zu ersetzen vermocht hat. Jedenfalls muß man sich hüten, aus einzelnen particularen Rechtsbildungen gemeinrechtliche Regeln für die allgemeine Beurtheilung des vielgestaltigen Institutes zu entnehmen.

a. Die Sitte, wichtige Geschäfte in Folge freier Ueberein-

---

6) S. oben §. 88. Note 15—19. — §. 96. Note 5—9.

kunft vor Gericht abzuschließen, ist auch jetzt noch weit verbreitet. Sie ist im Allgemeinen wie die vereinbarte Schriftlichkeit zu beurtheilen, wovon unten.

b. Neuere Particularrechte haben ganz neue Systeme über die Gerichtlichkeit der Verträge aufgestellt, welche, von der älteren Doctrin abgelöst, ihre selbständige Beurtheilung finden müssen, für die Entwicklung des gemeinen Rechts aber auch fast gar keinen Anhalt gewähren.<sup>7)</sup>

c. Ist die Gerichtlichkeit eines Vertrages als nothwendig vorgeschrieben, ohne daß besondere Bestimmungen über die Competenz und die Voruntersuchung getroffen sind, so ist in der Regel anzunehmen, daß vor jedem Gericht mit freiwilliger Gerichtsbarkeit das Geschäft gültig abgeschlossen werden kann. Denn ebensowenig wie bestimmte Formen sind auch besondere Erschwerungen derselben zu vermuthen. Wenn jedoch eine Voruntersuchung für nothwendig erklärt ist, so weist das auf die

---

7) So unterscheidet die Preuß. Allg. Gerichtsordnung Th. II. Tit. 1. Handlungen, welche nothwendig gerichtlich, und zwar vor dem Richter der belegen Sache (§. 3.), oder vor bestimmten andern Gerichten (§. 4—7.) vollzogen werden müssen; ferner Handlungen, die überhaupt nur eine gerichtliche Vollziehung bedürfen (§. 9.), und solche, die entweder gerichtlich oder vor einem Notar vorzunehmen sind. (§. 10.) Allgemeine Vorschriften über eine gerichtliche Voruntersuchung kommen gar nicht vor, und über die Bedeutung der Form heißt es a. a. O. §. 11. „Inwiefern in allen diesen Fällen (§. 3—10.) die Unterlassung der gerichtlichen oder von einem Notario beglaubigten Vollziehung die Handlung selbst nichtig und unkräftig mache; oder nur eine Verbindlichkeit der Parteien, das Verabsäumte nachzuholen, entstehe, ist in Ansehung eines jeden Geschäftes in den Gesetzen besonders bestimmt. Im zweifelhaften Falle ist keinesweges die gänzliche und absolute Nichtigkeit des Geschäftes, sondern nur eine Verbindlichkeit der Parteien, das Verabsäumte nachzuholen, sobald diese Nachholung noch stattfinden kann, anzunehmen.“ Vgl. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 3. §. 40. 41. — Hannov. Gesetz v. 16. Dec. 1843. §. 3. „Verträge, durch welche volles oder beschränktes Eigenthum, oder Erbpachtrechte an Grundstücken zugesichert, ertheilt, übertragen oder aufgegeben werden sollen, bedürfen — zu ihrer formellen Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde, d. h. sie müssen vor Gericht oder vor Notar und Zeugen errichtet oder anerkannt sein.“

ausschließliche Zuständigkeit bestimmter Gerichte hin, z. B. der belegen Sache bei Verträgen über bäuerliche Grundstücke, des Wohnortes bei Ehestiftungen und Einkindschaften.

d. Manche Gesetze schreiben die Gerichtlichkeit nur des Beweises wegen vor, so daß eine Voruntersuchung nicht erforderlich ist. Doch bezeichnen auch sie wohl gewisse Gerichte als ausschließlich competent und verlangen eine Confirmation, welche dann nur die Bedeutung eines Zeugnisses über den Abschluß des Vertrages hat, wobei jedoch wieder der Unterschied vorkommt, daß der Vertrag entweder nur bei dem Gericht zur Bestätigung angemeldet zu werden braucht, oder vor dem Gerichte selbst abgeschlossen werden muß.<sup>8)</sup>

e. Zuweilen wird die Voruntersuchung des zuständigen Gerichts und die Bestätigung des Vertrages durch ausdrückliches Decret verlangt, damit das Interesse der Betheiligten vollständig gewahrt werde. Dieser Gesichtspunkt ist z. B. bei der Form der Einkindschaft maassgebend gewesen und findet sich auch in manchen Gesetzen, welche die Gerichtlichkeit für gewisse Verträge der niederen Classen und besonders der Bauern vorgeschrieben haben<sup>9)</sup>, sowie in den Fällen, wo die gerichtliche Confirmation an die Stelle der Auflassung getreten ist. In

---

8) Lüneburg. Polizeiordnung v. 1618. A. Cap. 11. §. 1. „Damit auch Unfre Unterthanen um so viel desto weniger nöthig haben, kostbaren weitläufigen Beweisthum zu führen und darauf ihr Vermögen zu wenden, auch die Zeit darüber zu verlieren, so befehlen Wir“ u. s. w. — B. Cap. 23. §. 2. — Hildesheim. Polizeiordnung v. 1665. Art. 24. (s. Grefe, Leitsaden II. §. 110.). — Obergpälz. Landr. Th. I. Tit. 8. C. 212. bei Arnold, Beiträge zum teutschen Privat-Rechte II. S. 508.

9) Verordnung für Göttingen und Calenberg v. 4. Apr. 1620. — Polizeiordnung für Bremen und Verden v. 20. Jul. 1692. Cap. 3. §. 4. — Lauenburg. Verordnung v. 14. Mai 1692. (s. Grefe a. a. O.). — Ueber Braunschweig s. Steinacker, Privatrecht §. 98., über Churheffen Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 24. Mit dieser gerichtlichen Bestätigung bäuerlicher Contracte ist die der Gutsherrschaft in Folge des Obereigenthums nicht zu verwechseln.

welchem Umfange die Voruntersuchung statt finden muß, richtet sich nach dem besonderen Zweck derselben; darnach ist auch die Verhaftung der Beamten wegen begangener Versehen zu beurtheilen.<sup>10)</sup>

f. In allen Fällen, wo die Abschließung des Vertrages vor Gericht als eine nothwendige Form vorgeschrieben ist, erlangt das Geschäft erst mit der gerichtlichen Verhandlung und beziehungsweise der Bestätigung seine Gültigkeit; dem gänzlichen Mangel der Form steht die Herbeiziehung eines nicht zuständigen Gerichtes gleich.

Selbst die Erfüllung des Vertrages kann die Unterlassung einer wesentlichen Form nach strengem Rechte nicht ersetzen, und die Zurückforderung des Geleisteten ist daher begründet, insoweit die Wiederherstellung des früheren Rechtsverhältnisses möglich und die Nachholung der unterlassenen Form nicht erzwungen werden kann.<sup>11)</sup> Unter Umständen muß nämlich auch vor der Erfüllung eine Klage auf Vollziehung der gerichtlichen Form gewährt werden.

1) Die Gerichtlichkeit ist nur des Beweises wegen vorgeschrieben, sei es nun, daß der Vertrag selbst vor dem Gericht abgeschlossen oder demselben zur formellen Bestätigung angemeldet werden muß.<sup>12)</sup> In diesem Fall hängt die Gültigkeit

10) Strube, rechtliche Bedenken V. Nr. 5. 123. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen III. Nr. 41.

11) Noch weiter gehen aus Billigkeitsrücksichten Strube a. a. D. IV. Nr. 124. — v. Bülow und Hagemann a. a. D. II. Nr. 54. vgl. Grefe a. a. D. Note 6. Die entgegengesetzte strenge Ansicht gilt mit Rücksicht auf das Recht der Auflassung in Gurbessen; s. Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 24.

12) Eichhorn, Einleitung §. 95. legt, auch nach dem Inhalte der angeführten Gesetze, ein viel zu großes Gewicht auf diesen Unterschied. — Eben weil das Hauptgeschäft erst vor Gericht formell gültig, also perfect wird, entscheidet die gerichtliche Abschließung oder Bestätigung auch über das *forum contractus*, — anders wie in dem Fall, wo die gewillführte Gerichtlichkeit zu dem abgeschlossenen Vertrage hinzukommt; s. A. Gaill, observat. pract. II. obs. 1. nr. 4. — Eichhorn a. a. D. Note f. Ab-

des Hauptgeschäftes freilich von der Anwendung der nothwendigen Form ab, durch welche dasselbe erst perfect wird; aber daß es geschehe, steht doch in der Willkür der Parteien und kann von ihnen zum Gegenstande einer Vertragsberedung gemacht werden, deren Zulässigkeit unter den allgemeinen Voraussetzungen ihrer Gültigkeit auch in diesem Fall nicht in Abrede zu stellen ist.<sup>13)</sup>

2) Die Gerichtlichkeit ist vorgeschrieben, um die Parteien vor unbesonnener Abschließung des Vertrages zu wahren. Dann sind die vorhergehenden Beredungen als bloße Tractaten nicht bindend, auch wenn keine richterliche Voruntersuchung über die Rechtsbeständigkeit oder Zweckmäßigkeit des Geschäftes angeordnet ist.<sup>14)</sup>

### III. Die Schriftlichkeit.

Bei einzelnen Verträgen, z. B. dem Wechselgeschäft ist die Schrift auch nach gemeinem Recht eine wesentliche Form, indem das Rechtsverhältniß durch sie bedingt wird, gewissermaßen an der Urkunde hängt. Abgesehen von diesen Fällen, welche eine gültige Vertragsberedung nicht ausschließen, kommt die schriftliche Form der Verträge nur in Folge particularrechtlicher Bestimmungen oder der Privatwillkür der Parteien vor. Den ersteren Gesichtspunkt haben neuere Gesetzgebungen in einer umfassenden Weise geltend gemacht, sich aber damit außerhalb des Systems des gemeinen Rechts gestellt, und einen eigenen Formalismus geschaffen.<sup>15)</sup> Auch sonst kommen wohl einzelne

---

weichende sehr unklare Ansichten finden sich hierüber in dem Jenenser Erkennnisse bei G. A. Martin, Jahrbücher der Gesetzgebung III. S. 195–96. (Seuffert, Archiv I. Nr. 154.).

13) v. Bülow und Hagemann a. a. D. IV. Nr. 83.

14) Neuere Gesetze haben die Einwirkung der Vertragsberedung allgemein beschränkt; s. Strippelmann a. a. D. — Steinacker a. a. D. Note 11.

15) Hier ist vor Allem das Preussische Allgemeine Landrecht zu nennen, welches für einzelne Verträge die schriftliche Form unbedingt vorschreibt, für andere sie nicht für nothwendig erklärt, im Allgemeinen aber die Regel

Vorschriften über die Nothwendigkeit der schriftlichen Abfassung der Verträge vor, aber abgesehen von den Gesetzen über den Gebrauch des Stempelpapiers, ist diese Form weit seltener als die Gerichtlichkeit angeordnet.<sup>16)</sup> Wo es geschehen, da sind im Allgemeinen dieselben Regeln, welche über die gerichtliche Abschließung der Verträge gelten, zur Anwendung zu bringen, nur daß hier keine Voruntersuchung stattfinden kann; es ist besonders darauf Rücksicht zu nehmen, ob die Schriftlichkeit bloß des Beweises wegen angeordnet ist, oder auch die Bestimmung hat, die Parteien vor der übereilten Abschließung mündlicher Verträge zu bewahren.

Von besonderer Wichtigkeit ist dagegen die gewillführte Schriftlichkeit, welche im Geschäftsleben so häufig vorkommt. Hierüber sind folgende Regeln zu bemerken.

a. Ist im Allgemeinen die schriftliche Abfassung eines Vertrages verabredet, so genügt, wenn nicht die Solennisirung vor Gericht oder durch einen Notar ausgemacht ist, die Abfas-

aufstellt, Th. I. Tit. 5. §. 131. „Ein jeder Vertrag, dessen Betrag sich über fünfzig Thaler in Silber-Courant beläuft, muß schriftlich errichtet werden. §. 155. Ist in Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe bloß mündlich geschlossen, und noch von keinem Theile erfüllt worden, so findet daraus keine Klage statt. §. 156. Hat aber ein Contrahent von dem Andern die Erfüllung bereits ganz oder zum Theil angenommen, so ist er verpflichtet, entweder den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen, oder das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten.“ Vgl. Bornemann, Darstellung II. S. 252 ff. — Koch, Lehrbuch II. §. 550 ff. Nur auf die Ausschließung des Zeugenbeweises geht die Vorschrift in dem Code civ. Art. 1341. Il doit être passé acte devant notaires, ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il sagisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. —

16) Z. B. für die Schenkung Oesterr. Gesetzb. §. 943., für Ghesiftungen Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 11. Art. 11. — Churpälz. rev. Landr. Th. II. Tit. 22. §. 1 Vgl. Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 134. — Arnold, Beiträge zum teuffchen Privat-Rechte II. S. 600—3.

sung einer Privaturfunde, welche von den Betheiligten unterschrieben wird.<sup>17)</sup>

b. Wenn die Uebereinkunft über die Form nur des Beweises wegen getroffen ist, ohne daß die Rechtsbeständigkeit des Hauptgeschäftes dadurch berührt werden sollte, so tritt das letztere sofort in Wirksamkeit, und die Parteien können aus dem Vertrage auf die Vollziehung der Form klagen. Ist dagegen die Absicht darauf gerichtet gewesen, die Schriftlichkeit als eine wesentliche Form zu betrachten, und von deren Anwendung das Zustandekommen des Hauptgeschäftes abhängig zu machen, so wird dasselbe auch erst mit der schriftlichen Abschließung vollendet. Von diesen beiden Fällen ist nun ohne Zweifel der erstere in der Regel dann anzunehmen, wenn die Beredung über die Form dem Abschluß des Vertrages selbst nachgefolgt ist<sup>18)</sup>; liegt ein solches Verhältniß nicht klar vor, so muß die Absicht der Parteien über die Bedeutung der Schrift nach den allgemeinen Regeln über die Auslegung der Verträge und nöthigenfalls durch eine Beweisauflage festgestellt werden.<sup>19)</sup>

c. Die Frage, ob nicht die Beredung der Schrift, auch wenn die Vollendung des Hauptgeschäftes von deren Anwendung abhängig gemacht ist, doch als gültige Vertragsberedung auf-

17) Die Unterföglung, auf welche im Mittelalter des Beweises wegen ein besonderes Gewicht gelegt wurde (s. Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte II. §. 341. Anm.) ist jetzt nicht nothwendig, wenn auch gebräuchlich. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 119. — Desterr. Gesetzb. §. 884.

18) Eichhorn Einleitung §. 94. Note i. — Thöl, Handelsrecht I. §. 60.

19) Das scheint jetzt auch die Ansicht Mittermaier's zu sein, s. Grundsätze (7. Aufl.) II. §. 276. Note 9. Andere halten hier eine Vermuthung für begründet, welche denn sowohl für die Auffassung der Schrift als eines bloßen Beweismittels (Glück, Commentar XVI. §. 974. Note 86. — Kriß, Pandecten Th. I. Band 3. S. 9.) als auch für die Absicht, sie als wesentliche Form des Vertrages anzuwenden, aufgestellt wird, s. Archiv für Oldenburg. Recht I. Nr. 21. Die letztere Ansicht, welche aus c. 17. C. de iude instrument. mit Sicherheit nicht zu entnehmen ist, findet sich im Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §. 117. „In allen Fällen, wo die Parteien den Vertrag schriftlich zu schließen, verabredet haben, wird ver-

gefaßt werden kann, ist nicht unbedingt zu verneinen, da nach dem jetzt herrschenden Princip der Vertragslehre die Möglichkeit, sich zur Abschließung eines formellen Vertrags zu verpflichten, nicht in Abrede gestellt werden kann. Eine solche Vereinbarung wird in der Regel dann anzunehmen sein, wenn die Parteien schon über alle Punkte des Hauptgeschäftes einig geworden sind, dieselben auch vorläufig schriftlich redigirt haben (Punctuation), und nur die förmliche Abschließung bis zur Anwendung einer besonderen Sollemnität, z. B. der Abfassung der Urkunde vor Notar und Zeugen hinauschieben.

d. Soll die Schrift nach der Absicht der Parteien als wesentliche Form gelten, so ist der Vertrag vor ihrer Anwendung nicht vollendet, und die Erfüllung kann eigentlich in diesem Fall so wenig, wie bei der gesetzlich vorgeschriebenen Form, den Mangel derselben ersetzen. Doch wird allgemein angenommen, daß, wenn von beiden Seiten erfüllt worden, die Zurückforderung ausgeschlossen ist, und das Rechtsverhältniß wie aus dem Vertrage begründet angesehen werden muß.<sup>20)</sup>

#### IV. Die Zuziehung von Zeugen.

Auch diese Form kommt neben der Schriftlichkeit und Gerichtlichkeit vor, sowohl in Folge gesetzlicher Anordnung, als auch durch die Privatwillkühr der Parteien.<sup>21)</sup> Die oben entwickelten Rechtsgrundsätze werden auch hier analog zur Anwendung zu bringen sein.

---

muthet, daß nicht bloß der Beweis, sondern selbst die verbindliche Kraft des Vertrages von der schriftlichen Abfassung desselben abhängen solle.“ Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung II. S. 252. — Die eine oder andere dieser Vermuthungen schließt jedoch, da es sich hier von einer praesumptio juris handelt, den Gegenbeweis nicht aus.

20) Eichhorn, Einleitung §. 93. — Phillips, Grundsätze I. S. 489. — Thöl a. a. D. §. 59.

21) Statut der Stadt Minden B. I. Tit. 4. Art. 5. (P. Wisgand, die Provinzialrechte des Fürstenthums Minden II. S. 45.)



## §. 122.

Von der Zahlung, insbesondere von dem Gelde.

Die Zahlung (*solutio*) ist die Aufhebung eines Obligationsverhältnisses durch die Leistung des Gegenstandes, der geschuldet wird. Für diese Lehre ist im Allgemeinen das römische Recht maßgebend; die besonderen Arten der Zahlung, welche sich erst im neueren Rechte, namentlich für den kaufmännischen Geschäftsverkehr ausgebildet haben, sind später bei den einzelnen Rechtsinstituten einer genaueren Erörterung zu unterziehen. Nur die Geldzahlung (*numeratio*), in welche sich auch andere als die reinen Geldobligationen auflösen können, ist schon hier genauer zu betrachten, da zu deren richtiger Würdigung der Begriff und die Bedeutung des Geldes vorher festgestellt sein muß.<sup>1)</sup>

Geld in seiner allgemeinsten Bedeutung ist der allgemeine Werthmesser der Sachen, insofern sie einen Bestandtheil des Vermögens bilden (s. oben §. 74.). Es hat aber daneben noch die besondere Bedeutung, daß es den Vermögenswerth in sich selbst darstellt, indem es als ein allgemeines Tauschmittel gebraucht wird, und also durch die Möglichkeit des Anschaffens diejenigen Sachen vertritt, deren Werth es in sich schließt. Diese zwiefache Aufgabe des Geldes, als Werthmesser und Werthvertreter zu dienen, kommt nicht getrennt vor: Beides gehört zu den wesentlichen Merkmalen des Begriffs.

Das Geld ist also eine bestimmte körperliche Sache.<sup>2)</sup> Aber

---

1) Hierüber ist besonders zu vergleichen die Darstellung von Savigny, das Obligationenrecht I. §. 40 ff., deren technischer Theil sich wieder an folgende Schriften anlehnt: Hufeland, Staatswirthschaftskunst Th. 2. Gießen 1813. — J. G. Hoffmann, die Lehre vom Gelde. Berlin 1838. — Derselbe, die Zeichen der Zeit im deutschen Münzwesen. Berlin 1841. — J. Helfferich, von den periodischen Schwankungen im Werth der edlen Metalle. Nürnberg 1843. — Chr. Roback und F. Roback, Taschenbuch der Münz-, Maß-, und Gewichtsverhältnisse. Leipzig 1850.

2) Bankogeld und andere ideelle Zahlungsmittel sind kein Geld, sondern

die Wahl eines solchen allgemeinen Tauschmittels ist nicht willkürlich; der absolute Werth der edlen Metalle mußte dahin führen, in ihnen den Stoff für dasselbe zu suchen, und mit der Herstellung einer staatlichen Ordnung war es auch gegeben, daß die höchste Gewalt sich gegen das Geldwesen nicht gleichgültig verhielt. In der Karolingischen Monarchie als Reichsangelegenheit zusammen gehalten, zersplitterte das Münzwesen während des Mittelalters; neben dem kaiserlichen Reservatrechte bildete sich das landesherrliche Münzregale selbständig aus und ward ein Attribut der modernen Staatsgewalt.<sup>3)</sup>

1) Die edlen Metalle werden zur Herstellung des Geldes verwandt, indem einzelne Stücke derselben von einem bestimmten Gewicht (Schroot) und Feingehalt<sup>4)</sup> unter öffentlicher Autorität zu Münzen ausgeprägt und mit der Angabe ihres Werthes versehen werden. Als Regel muß dabei gelten, daß der Nennwerth dem Metallwerthe entspricht. — Wenn nun auch gleichzeitig in einem Staate Gold- und Silbermünzen geprägt werden, so ist es doch bei dem wechselnden Werthverhältnisse beider Metalle nothwendig, daß das eine als feste Grundlage für die Geldverhältnisse betrachtet wird, zu welchem dann das andere in einem abhängigen Verhältnisse sich befindet. Dieses normale Münzmetall ist in Deutschland das Silber geworden, und zwar so, daß der Feingehalt der einzelnen Münzen nach der Kölnischen Mark reinen Silbers (der Mark fein) bestimmt wird. Das Verhältniß, in welchem dies geschieht, bezeichnet man als den Münzfuß eines Landes. Dieser hat in verschiedenen Gegenden Deutschlands oft gewechselt<sup>5)</sup> und ist auch

---

Surrogate desselben, deren Werthverhältniß fest bestimmt ist; s. Klüber, öffentliches Recht §. 417. Note b.

3) Klüber a. a. D. §. 415 ff. — Zacharia, Staats- und Bundesrecht II. §. 177 ff. Vgl. oben S. 113. Note 16.

4) Korn bedeutet den Gehalt der Münze, wie er aus dem reinen Silber oder Gold (dem Feingehalt) und der Legirung zusammengesetzt ist.

5) S. Klüber a. a. D. §. 419.

noch nicht zur Münzeinheit ausgebildet worden; doch ist durch die Münzconvention vom 30. Juli 1838<sup>6)</sup> ein wichtiger Schritt der Annäherung geschehen. Bis dahin herrschten nämlich in Deutschland drei Münzfüße vor: der Zwanzig Gulden- oder Conventionsfuß seit 1753, der Vierundzwanzig Guldenfuß<sup>7)</sup> und der preussische Einundzwanzig Gulden- oder 14 Thalerfuß. Der 24 Guldenfuß war aber durch den Gebrauch der Kronthaler thatsächlich zu einem  $24\frac{1}{2}$  Guldenfuß umgeändert worden, und indem in der genannten Convention dieser letztere Fuß von den theilhaftigen Staaten, welche früher den 24 Guldenfuß gebraucht hatten, ausdrücklich angenommen ward, stellte sich eine bequeme Ausgleichung desselben mit dem 21 Guldenfuß her, indem nun das Verhältniß zwischen dem preussischen Thaler und dem Gulden wie vier zu sieben zu stehen kam.

2) Für den täglichen Verkehr und zur Ausgleichung größerer Zahlungen bedarf es aber einer geringeren Münze, welche im Gegensatz zu dem Courantgelde aus Kupfer oder einer besonderen Mischung von Kupfer und Silber (Billon) geprägt und Scheidemünze genannt wird. Bei dieser steht der Nennwerth dem Metallwerthe nicht gleich; sie soll aber auch nur zur Aushülfe dienen und nicht an die Stelle des Courantgeldes treten.<sup>8)</sup>

3) Das Papiergeld. Es wird vom Staate ein Münzzeichen ausgegeben, um anstatt der Münze im Verkehr zu dienen, indem der Credit des Staates im Allgemeinen und äußere

6) Abgedruckt in der preussischen Gesetzsammlung v. 1839. S. 18—24.

7) Uebrigens ist in diesem Fuße fast gar nicht gemünzt worden; er beruhte eigentlich nur auf einer andern Berechnung der im 20 Guldenfuß ausgeprägten Münzen.

8) R. A. von 1576. §. 76. — Pr. Münzgesetz v. 30. Sept. 1821. §. 7. — Münzconvention v. 30. Juli 1838. Art. 12. — Haubold, Lehrbuch (3. Aufl.) §. 273 b. Note d. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 99. Note 2.

Mittel: Zwangscours, Annahme des Papiers an öffentlichen Kassen u. dgl. eine solche Operation möglich machen.<sup>9)</sup>

Ungeachtet dieser zum Theil sehr verbreiteten Surrogate bleibt jedoch das aus edlen Metallen geprägte Geld der eigentliche Träger und Vertreter des Begriffs, so daß die ganze Einrichtung in ihrer staatswirthschaftlichen und rechtlichen Bedeutung in demselben ihren Ausdruck erhält. Es kann nun aber vorkommen, daß der Feingehalt des edlen Metalls, der in dem einzelnen Geldstück vorhanden ist (Metallwerth oder innerer Werth), mit dem Werthe, der von dem Münzherrn demselben beigelegt worden ist (Nennwerth oder äußerer Werth), nicht genau übereinstimmt, und zwar nicht wegen äußerer zufälliger Einwirkungen<sup>10)</sup>, sondern weil die formelle Werthbestimmung der betreffenden Münzsorte überhaupt nicht die richtige ist. Außerdem kommt aber noch in Betracht, daß das Geld nicht allein als Zahlungsmittel, sondern auch als Waare im Geschäftsverkehr gebraucht und mit einem bestimmten Handelspreis (Cours) versehen wird, auf dessen Festsetzung verschiedenartige Umstände einwirken können, so daß neben dem Metall- und Nennwerthe noch ein eigener Courswerth zu berücksichtigen ist.<sup>11)</sup>

---

9) Ein Zwangscours, d. h. die Verbindlichkeit jedes Unterthanen, statt des Metallgeldes Papiergeld anzunehmen, gehört nicht zu den wesentlichen Merkmalen des letzteren, wie Thöl, Handelsrecht I. §. 113. behauptet; in Preußen z. B. besteht ein solcher nicht. — Die Frage, ob und in wie fern ein Privatpapiergeld vorkommen kann, und namentlich den Wechseln diese Bedeutung beizulegen ist, bleibt einer späteren Erörterung vorbehalten.

10) Dahin gehört das Kippen und Wippen und die Abnutzung der Münze, wogegen die Berechnung des Schlagschages und die ungenaue Feststellung der Fehlergrenze (remedium) allgemein einen Unterschied zwischen dem Nennwerth und Metallwerth begründen.

11) Es ist hierbei nicht allein die öffentliche Meinung von dem Metallwerth der Münze maßgebend, sondern auch die zufällige Nachfrage, die Bequemlichkeit der Versendung u. dgl. Die Bedeutung des Courfes als des Handelspreises ist von Savigny nicht gehörig berücksichtigt worden, indem er überhaupt bei seiner Entwicklung die verschiedene Bedeutung des

Die verschiedenen Werthbestimmungen des Geldes sind nun von besonderer Wichtigkeit bei solchen Obligationen, welche eine Geldsumme zum Gegenstande haben, indem im Fall einer Differenz die Frage beantwortet werden muß, ob der Inhalt einer Geldschuld nach dem Nennwerthe oder dem Metallwerthe oder dem Courswerthe zu bestimmen ist. Jede dieser Ansichten hat ihre Vertretung gefunden<sup>12)</sup>; allein überwiegende Gründe sprechen dafür, im Zweifel den Nennwerth als den entscheidenden anzusehen. Es kommt bei dieser Frage, welche begreiflicher Weise zunächst nur für das Münzwesen jedes einzelnen Staates zu beantworten ist, darauf an, welche Art von Thätigkeit die Staatsregierung bei der Ausübung des Münzregals zu entwickeln beabsichtigt: ob sie durch die bei der Ausmünzung vorgenommene Werthbestimmung eine absolute Regel aufstellen will, von der eine Abweichung nicht zulässig sein soll, oder nur für die Auslegung der Rechtsgeschäfte eine Vermittlung eintreten zu lassen beabsichtigt. Im letzteren Fall kann aber wieder ein zwiefacher Zweck verfolgt werden: entweder will die Regierung nur ihre Meinung über den Werth der Geldstücke aussprechen, um die Verständigung der Betheiligten, welche in jedem einzelnen Fall nach den Umständen zu ermessen ist, zu erleichtern und zu vermitteln; oder sie will eine Regel aufstellen, welche im Geschäftsverkehr und für den Richter maassgebend sein soll, wenn nicht eine Abweichung von derselben durch die Betheiligten festgestellt worden ist. Welche dieser verschiedenen Zwecke die Staatsregierung verfolgt, läßt sich nicht allein aus der staats-

---

Metallgeldes und des Papiergeldes nicht bestimmt genug aus einander gehalten hat.

12) Vgl. überhaupt Glück, Commentar XII. S. 67—93. — Pfeiffer, practische Ausführungen I. Nr. 7. VII. Nr. 5. — v. Savigny, a. a. D. S. 440 ff. — Pfeiffer selbst will den Nennwerth berücksichtigt wissen, und dieß kann jetzt als die gemeine Meinung bezeichnet werden; für den Metallwerth ist Buchta, Pandekten §. 38., für den Courswerth v. Savigny.

Sache ohne Rücksicht auf die Uebung) entwickeln<sup>13)</sup>, sondern ist zunächst nach der geschichtlichen Ausbildung des Münzregals und insbesondere nach der Stellung, welche die moderne Gesetzgebung zu der Frage einnimmt, zu ermessen.<sup>14)</sup> Die absolute Geltung des Nennwerthes, ohne Zulassung abweichender Berechnungen, wird nun wohl nicht leicht irgendwo vorgeschrieben sein; dagegen haben ältere Particularrechte bei Geldschulden ausdrücklich den Metallwerth als maassgebend anerkannt<sup>15)</sup>, während die neuere Gesetzgebung den Nennwerth als die Regel gelten läßt, so daß, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, der Schuldner ohne Rücksicht auf die inzwischen eingetretene Werth-

13) Dieß versucht v. Savigny zur Begründung seiner Ansicht; umgekehrt erklärt sich auch aus Zweckmäßigkeitsgründen gegen die Berechnung nach dem Courswerth und für die nach dem Nennwerthe Souhay, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. N. F. IX. S. 346. 47.

14) Wenn v. Savigny a. a. O. S. 444. ein besonderes Gewicht darauf legt, daß der Münzherr die Werthbestimmung nicht immer in der Form eines Gesetzes, sondern auf andere Weise vornehme, so ist darauf zu erwidern, daß überhaupt auf dem Gebiete der Regalien die formelle Scheidung der Gesetzgebung und Verwaltung früher nicht streng durchgeführt worden ist, daß aber in der Ausprägung sich der landesherrliche Wille äußerlich erkennbar darstellt. Auch wird die Form der Werthbestimmung bei der Scheidemünze, welche doch gewiß einen Zwangscours hat, von der bei dem Courantgelde üblichen in der Regel nicht abweichen.

15) Sächf. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 28. „Da der Valor und der Werth, und also bonitas extrinseca verändert, dadurch die Münz gesteigert oder felleet, oder ganz abkommet, soll der Werth, wie er zur Zeit des Contracts gewesen, bezahlet und erlegt werden. Wo aber der Schuldner in mora gewesen, und dem Gleubiger mit der Bezahlung auff bestimmte Zeit nicht zugehalten, und es entstände dem Gleubiger hieraus einiger Schade oder Abbruch an der Münze, demselbigen soll ihme der Schuldman auch ersetzen. Also auch, wan Schrot und Korn, und also bonitas intrinseca an der Münz verändert, so soll die Bezahlung derer Münz, die tempore contractus ganghafftig gewesen, oder da man die nicht haben kan, nach derselbigen Werth und aestimation geschehen.“ — Diese Vorschrift ist fast wörtlich wiederholt in der Frankf. Reformation Th. II. Tit. 24. §. 6. und im Wesentlichen nachgebildet im Hamburg. Stadtrecht Th. II. Tit. 1. Art. 9. 10. Vgl. Souhay, Anmerkungen I. S. 159—66. 176—84. und über das ältere Recht Cap. Saxon. ai 797. cap. 11. (Pertz L. L. I. p. 76.)

veränderung seine Zahlung darnach zu beschaffen hat.<sup>16)</sup> Diese Auffassung entspricht der allgemeinen Bedeutung des vermittelnden Rechts und dient der Rechtssicherheit, ohne der Privatwillführ Zwang anzuthun; es ist aber die Beschränkung zuzulassen, daß, wenn abweichend vom Nennwerthe sich im Geschäftsleben gewohnheitsrechtlich ein bestimmter Courswerth festgestellt hat, dieser auch ohne besondere Verabredung der Betheiligten zur Anwendung gebracht werden muß. Denn die Kraft der derogatorischen Gewohnheit ist auch hier als das Product der öffentlichen Meinung in ihrer allgemeinen Wirksamkeit anzuerkennen.

I. Die Münzgesetzgebung eines Staates erstreckt sich zunächst nur über das einheimische Geldwesen; doch kann sie auch auf fremdes Geld sich beziehen, indem sie dasselbe verruft

---

16) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 790. „Ist die Münzsorte, in welcher die Valuta gegeben worden, nicht außer Cours, sondern nur in ihrem äußern Werthe, ohne Veränderung des innern Gehalts, von dem Landesherrn heruntergesetzt worden, so muß dennoch die Rückzahlung in eben derselben Münzsorte geleistet und angenommen werden.“ Vgl. v. Savigny a. a. D. §. 46. — Code civ. Art. 1895. L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que la somme numérique énoncée au contrat. — S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement. — Desserr. Gesetz b. §. 988. „Gesetzliche Münzveränderungen ohne Veränderung des inneren Gehaltes gehen auf Rechnung des Darleihers. Er empfängt die Zahlung in der bestimmten, gegebenen Münzsorte, z. B. von 1000 Stück kaiserlichen Ducaten, oder 3000 Zwanzig-Kreuzer Stücken ohne Rücksicht, ob deren äußerer Werth in der Zwischenzeit erhöht oder vermindert worden ist. Wird aber der innere Werth geändert; so ist die Zahlung im Verhältniß zu dem inneren Werthe, den die gegebene Münzsorte zur Zeit des Darlehens hatte, zu leisten.“ Im letzteren Fall läßt das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 788. 89. statt des Metallwerthes den Courswerth eintreten. — Die principielle Uebereinstimmung dieser unter den verschiedensten Münzverhältnissen entstandenen Gesetzgebungen, denen auch andere neuere Landesgesetze entsprechen (s. z. B. über Thurbessen Pfeiffer, pract. Ausführungen I. Nr. 7. §. 12. — VII. Nr. 5. S. 75.), enthält einen deutlichen Hinweis auf die Richtung der modernern Legislation über die Bedeutung der gesetzlichen Werthbestimmung der Münzen.

(außer Umlauf setzt) oder tarifirt. Ein solcher Münztarif bestimmt dann den äußeren Werth des fremden Geldes ähnlich, wie es bei dem einheimischen sofort bei der Ausmünzung geschieht.<sup>17)</sup>

II. Bei Münzveränderungen, d. h. wenn ein Staat seinen Münzfuß ändert, was nur durch einen Uebergang zu einem leichteren Münzfuße zu geschehen pflegt, sind genaue gesetzliche Vorschriften über das Verhältniß der verschiedenen Münzsorten erforderlich, welche nur dann entbehrlich erscheinen, wenn sich die neue Einrichtung dem bisher thatsächlich vorhandenen Zustande anschließt, wie es in Süddeutschland bei dem Uebergange vom 24 Guldenfuß zu dem Krönthalerfuß der Fall war. Im Allgemeinen ist dabei der Inhalt der Geldschuld nach dem innern Werthe der ausgesprochenen Summe zu bestimmen.<sup>18)</sup>

III. Das ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkommen der Betheiligten, daß statt des Kennwerthes der Metallwerth oder Courswerth gelten soll, hebt die gesetzliche Regel, welche für den Kennwerth spricht, auf und setzt an dessen Stelle das gewillführte Maaß.<sup>19)</sup>

IV. Bei Papiergeld kommt es darauf an, ob demselben Zwangscours beigelegt ist oder nicht. Im ersteren Fall ist es ganz nach Analogie des Geldes zu beurtheilen, indem das

17) Souhary, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N. F. IX. S. 349. 50.

18) Souhary, Anmerkungen I. S. 179—80. und das daselbst abgedruckte Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom Jahre 1846.

19) Pfeiffer a. a. D. I. Nr. 7. §. 10. 11. — VII. Nr. 5. S. 79 ff. (Seuffert, Archiv II. Nr. 15.). In den angeführten Abhandlungen von Pfeiffer finden sich genaue casuistische Erörterungen aus dieser Lehre, indem das reine Gelddarlehen, das Darlehen von Münzsorten und das Darlehen in Geld mit Angabe der Münzsorten unterschieden wird. Das Darlehen ist aber nicht das einzige Geschäft, bei welchem die Bestimmung des Münzwerthes in Betracht kommt. Es kann bei jeder Art der Geldzahlung der Fall sein, und ist bei der Berechnung dauernder Abgaben und Gefälle von besonderer Wichtigkeit.



Zeichen die Sache (die Münzsumme, auf welche das Papier lautet) vertritt; im zweiten Fall braucht Niemand das Papiergeld als Zahlungsmittel anzunehmen, der nicht ausdrücklich darauf contrahirt hat. Dann aber ist im Zweifel wieder zu vermuthen, daß die Betheiligten den Kennwerth ihrem Geldverhältnisse zu Grunde gelegt haben.

## Zweites Kapitel.

### Einzelne Verträge.

#### §. 123.

#### Der Kauf.

Im Allgemeinen kommt für dieses Geschäft das römische Recht zur Anwendung, und wenn im modernen Rechte Abweichungen sich finden, so gehören sie vorzugsweise dem Handelsrechte an und sind bei dessen Darstellung zu berücksichtigen. Hier sind nur folgende Punkte zu bemerken:

I. Die Versteigerung. Diese Geschäftsform, welche den Zweck hat, durch die Herbeiführung einer Concurrenz die Abschließung des beabsichtigten Vertrags unter möglichst günstigen Bedingungen zu sichern, kommt bei Verkäufen schon früh und, wie es scheint, ohne Zusammenhang mit den verwandten römischen Einrichtungen vor.<sup>1)</sup> Jetzt wird die Versteigerung auch bei anderen Geschäften, z. B. der Uebernahme von Lieferungen und Bauten angewandt; gewöhnlich geschieht sie unter öffentlicher Autorität, doch kann sie auch als reine Privatangelegenheit behandelt werden.<sup>2)</sup> Der Vertrag wird erst durch den

1) Beispiele finden sich schon aus dem 15. Jahrhundert, s. Grimm, R. A. S. 610. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 423. Note 1. Die Bezeichnung Gant ist vom romanischen inquantus, incanto, encans abzuleiten, s. Grimm a. a. D.

2) Mit Rücksicht auf diese Unterscheidung bestimmt das Preussische

in der Regel symbolisch ausgedrückten Zuschlag vollendet, so daß das Angebot bis dahin nur die Bedeutung einer noch nicht angenommenen Offerte hat, welche durch das Ueberbieten eines Anderen wirkungslos gemacht wird.<sup>3)</sup> Die Particularrechte pflegen genauere Vorschriften namentlich über die gerichtlichen Versteigerungen zu enthalten<sup>4)</sup>; doch ist auch das Gewohnheitsrecht in Betracht zu ziehen, und im einzelnen Fall kann der Versteigerer (Licitant) besondere Bedingungen stellen, die aber vor Beginn der Verhandlung von ihm gehörig mitzutheilen sind, wenn sie die Mitbietenden binden sollen.

II. Die Verletzung über die Hälfte (laesio enormis). Die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes wegen der bloßen Thatsache einer übermäßigen Verletzung ist nach römischem und kanonischem Rechte nur dem Verkäufer und zwar nur dem Verkäufer von Landgütern gewährt, und beruht auf einem Rechtsgrunde, dessen Ausdehnung wegen der anomalistischen Natur der ganzen Vorschrift unzulässig erscheint.<sup>5)</sup> Die deutsche Praxis

---

Strafgesetzbuch §. 270. „Wer Andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen, dieselben mögen Verkäufe, Verpachtungen, Lieferungen, Unternehmungen oder Geschäfte irgend einer Art betreffen, durch Gewalt oder Drohung, oder durch Zusicherung oder Gewährung eines Vortheils abhält, wird mit Geldbuße bis zu dreihundert Thalern oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.“ Vgl. dazu Bessler, Kommentar S. 509. 10. — Nach gemeinem Rechte ist ein Vertrag, durch welchen der Eine oder Andere der Mitbietenden von einer weiteren Bethheiligung abgehalten wird, an sich nicht für unerlaubt zu halten; s. v. Nettelbladt, Rechtsprüche II. Nr. 57.

3) Die Annahme einer *addictio in diem* ist also nach heutigem Recht nicht zutreffend; s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 342. — Strube, rechtliche Bedenken V. Nr. 28. — Rittermaier, Grundsätze II. §. 282. — Wolff, Lehrbuch §. 151. Ueber die romanistische Auffassung s. Glük, Commentar XVI. §. 1005. — Puchta, Pandekten §. 252.

4) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 340—62. — Reyscher a. a. D. §. 423. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 115. — Hausbold, Lehrbuch §. 279—82. — Sachsse, Handbuch des Großherz. Sächs. Privatrechts §. 404—10.

5) c. 2. 8. C. de rescind. vendit. — cap. 3. 6. X. de emt. vendit.

hat aber dieses Institut lange Zeit mit einer gewissen Vorliebe behandelt<sup>6)</sup>, und demselben die möglichste Ausdehnung zu geben versucht<sup>7)</sup>, welche jedoch nur, insoweit sie sich zu einem Gewohnheitsrechte ausgebildet hat, eine gemeinrechtliche Geltung in Anspruch nehmen kann. Für die Anwendung des Instituts auf den Verkauf beweglicher Sachen und zum Besten des Käufers<sup>8)</sup> ist nun ein solches moderne Gewohnheitsrecht wohl nicht in Abrede zu stellen<sup>9)</sup>; aber weiter zu gehen und es für alle zweiseitigen oder auch nur dem Kaufe verwandten Verträge anzunehmen, läßt sich nicht rechtfertigen.<sup>10)</sup> Umgekehrt erscheint die Ausschließung des Anfechtungsrechts bei gerichtlichen Versteigerungen nicht begründet, da es eben nur eine, thatsächlich nicht immer bewährte Vermuthung ist, daß bei denselben der wahre Preis erlangt werde.<sup>11)</sup>

6) Schon in einem Urtheile des Römischen Oberhofs von 1483 (*Miszellen* Nr. 144.) wird es unbedenklich zur Anwendung gebracht. Die entgegengesetzte Regel sprechen aus L. Bajuv. tit. XV. cap. 9. §. 1. — L. Wisigoth. lib. V. tit. 4. cap. 7.

7) Vgl. überhaupt Glück, *Commentar* XVII. §. 19—125. Einzelne Erörterungen aus dieser Lehre finden sich bei Seuffert, *Archiv* I. Nr. 45—47. 201. — II. Nr. 275. 292. 356. — III. Nr. 160—61. 315—17. — IV. Nr. 28. 105. 113.

8) Merkwürdiger Weise hat das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 59—69., welches die Anfechtung auf die rechtliche Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums baut, sie nur dem Käufer und nicht dem Verkäufer gewährt.

9) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 19. §. jedoch Puchta, *Pandekten* §. 364. und das Erkenntniß des D. A. G.'s zu München bei Seuffert a. a. D. III. Nr. 160.

10) Manche sind freilich dieser Ansicht, s. Glück a. a. D. §. 120—25. — Thibaut, *System* II. §. 500. — Wolff, *Lehrbuch* I. §. 153. Note 82. Particularrechte haben eine ähnliche Auffassung, s. *Württemberg. Landr. Th. II. Tit. 14. 22. a. G.* — *Oesterr. Gesetzb. §. 934.*

11) In Particularrechten findet sich oft die entgegengesetzte Vorschrift, s. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 343. — *Oesterr. Gesetzb. §. 935.* — *Faubold, Lehrbuch §. 283.* — *Greife, Leitfaden II. §. 111. Nr. II.* Es mag dabei jedoch auch die Absicht vorherrschen, den Credit der gerichtlichen Versteigerungen zu heben.

III. Gewähr wegen heimlicher Mängel. Das ältere deutsche Recht betrachtete es als Pflicht des Käufers, sich bei dem Handel gehörig vorzusehen, so daß es ihn, wenn er eine mit Mängeln behaftete Sache gekauft und an sich genommen hatte, den Schaden tragen ließ.<sup>12)</sup> Nur bei dem Handel über Knechte und Vieh, insbesondere über Pferde ließ es insofern eine Milderung zu, daß der Käufer wegen gewisser Hauptmängel, die ihm verborgen geblieben, dem Verkäufer aber bekannt gewesen waren, binnen einer bestimmten Frist das Geschäft aufrufen konnte.<sup>13)</sup> Dieselben Grundsätze wiederholen sich in den Rechtsquellen des späteren Mittelalters, und auch in einzelnen noch geltenden Statuten haben sich Spuren davon erhalten.<sup>14)</sup> Seit der Aufnahme des römischen Rechts sind aber die Vorschriften des abilitischen Edicts über die Gewährleistung wegen heimlicher Mängel bei uns zur gemeinrechtlichen Geltung gelangt, und nur bei dem Viehhandel hat sich die ältere deutsche Rechtsansicht fast allgemein in Uebung erhalten. Die

12) Darauf weisen auch die Sprichwörter hin: „Augen für Geld“, oder „wer die Augen nicht aufthut, thue den Beutel auf.“

13) Gewöhnlich binnen drei Tagen (L. Baju v. tit. XV. cap. 9. §. 2—8.), nach angelsächsischem Rechte binnen dreißig Tagen, f. L. L. Anglosax. Ines cap. 56. Vgl. Grimm, R. A. S. 609. und insbesondere Heise und Cropp, jur. Abhandlungen I. Nr. 11. §. 2—5.

14) Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 17. „Wann ein Mann Korn, Holz, Ochsen, Schweine, Schaafe, Pferde, und dergleichen fahrende haab auff dem freyen Markte, oder auch in den Schiffen besehen und gekauft hat, auch darauff an seine Behausung und gewehr bracht, das muß er ohne alle Exception gelten und bezahlen, es weren dann ihre vorworte anders.“ Vgl. Heise und Cropp a. a. D. §. 6 ff., wo auch die Vorschriften älterer Statuten über die Pflicht zur Gewährleistung wegen heimlicher Mängel, welche bei dem Handel mit Tuch (Gewand) vorkommen, erörtert werden. — Trummer, Vorträge II. S. 212 ff. — Blackstone, commentaries B. II. chap. 30. But with regard to the goodness of the wares so purchased, the vendor is not bound to answer: unless he expressly warrants them to be sound and good, or unless he knew them to be otherwise and hath used any art to disguise them, or unless they turn out to be different from what he represented them to the buyer.

leitenden Grundsätze dabei sind, daß nur wegen gewisser Hauptmängel mit der Wandelungsklage das Geschäft angefochten werden kann, indem eine Minderungsklage in der Regel nicht stattfindet; daß die Mängel sich auch in einer bestimmten Frist gezeigt haben müssen, wenn der Verkäufer für sie einstehen soll, daß aber unter dieser Voraussetzung dem Käufer die rechtliche Vermuthung zur Seite steht, die Mängel seien schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden gewesen. In dieser Befreiung von der Beweislast liegt der Vortheil für den Käufer, dessen Lage in anderen Beziehungen freilich weniger günstig als nach dem römischen Rechte ist.

Das Nähere hängt von der besonderen Normirung ab; Gesetze und Gewohnheiten weichen, sowohl in der Feststellung dessen, was als Hauptmangel anzusehen ist, als auch in der Bestimmung der Frist, in welcher sich ein solcher gezeigt haben muß, vielfach von einander ab, indem besondere Vorschriften über die einzelnen Thierarten und die bei denselben vorkommenden Fehler und Krankheiten vorzukommen pflegen.<sup>15)</sup> Darauf,

---

15) Oesterr. Gesetzb. §. 924. „Wenn ein Stück Vieh binnen vierundzwanzig Stunden nach der Uebernahme erkrankt oder umfällt; so wird vermuthet, daß es schon vor der Uebernahme krank gewesen sey. §. 925. Die nämliche Vermuthung gilt: 1) wenn binnen acht Tagen bey den Schweinen die Finne, und bey den Schafen die Pocken oder die Räube (Schäbe); oder wenn bey den letztern binnen zwey Monathen die Lungen- und Egelwürmer entdeckt werden; 2) wenn bey dem Rindviehe binnen dreßßig Tagen nach der Uebernahme die Drüsenkrankheit, sogenannte Stier-sucht, gefunden wird; 3) wenn bey Pferden und Lastthieren binnen fünf-zehn Tagen nach der Uebergabe die verdächtige Drüse oder der Rog, wie auch der Dampf: oder, wenn binnen dreßßig Tagen der Dummkoller, der Wurm, die Stätigkeit, der schwarze Star oder die Mondblindheit entdeckt wird. §. 926. Von dieser rechtlichen Vermuthung (§. 924—25.) kann aber der Uebernehmer eines solchen Stückes Vieh nur dann Gebrauch machen, wenn er dem Uebergeber oder Gewährsmanne sogleich von dem bemerkten Fehler Nachricht giebt; oder in dessen Abwesenheit dem Ortsgerichte, oder Sach-verständigen die Anzeige macht, und den Augenschein vornehmen läßt. §. 927. Vernachlässiget der Uebernehmer diese Vorsicht, so liegt ihm der Beweis ob, daß das Vieh schon vor Schließung des Vertrages mangelhaft

ob der Verkäufer Kenntniß von dem Mangel gehabt hat, wird im Allgemeinen kein Gewicht mehr gelegt. — Wo es an genaueren gesetzlichen Regeln fehlt, muß der Begriff der Hauptmängel und die gewöhnliche Zeit des Hervortretens bestimmter Krankheiten durch das Gutachten von Sachverständigen festgestellt werden; ist zu diesem Behuf aber noch eine Beweisführung, welche zur Bestärkung der Vermuthung dienen soll, erforderlich, so trifft die Last derselben den Käufer.<sup>16)</sup>

IV. Das Tragen der Gefahr bei dem Kaufe. Die Vorschrift des römischen Rechts, daß nach Abschluß des Kaufes die Gefahr der Sache noch vor der Tradition auf den Käufer übergeht, findet sich nicht in dem älteren deutschen Rechte, welches sogar bei der Gewere des Faustpfandgläubigers die Sache auf dessen Gefahr stehen ließ.<sup>17)</sup> Hat nun auch die römische Regel gemeinrechtliche Geltung erhalten, so fehlt es doch nicht an einzelnen Ausnahmen in Gewohnheiten und Statuten<sup>18)</sup>, und auch die neueren Gesetzbücher

---

war. Immer steht aber auch dem Uebergeber der Beweis offen, daß der gerügte Mangel erst nach der Uebergabe eingetreten sey.“ — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 199—206. und Anhang zum Landrecht §. 13. 14. — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 3. §. 23. — Nev. Lüb. Recht B. III. Tit. 6. Art. 14. 17. — Frankf. Reformation Th. II. Tit. 9. §. 4. 5. — Fränkische Statuten bei Arnold, Beiträge II. S. 81—88. — 203—6. 209—11. 311. 400—3. 441—46. 551—52. 559—60. 594—96. 613—14. 684—85. — Haubold, Lehrbuch §. 283. — Grefe, Leitfaden §. 111. — Meyser, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 417. — Paulsen, Lehrbuch §. 91.

16) Strube, rechtliche Bedenken IV. Nr. 20. — Hagemann, Landwirtschaftsrecht §. 394—98. — Münter, Kofstäuscherrecht. 3. Ausg. Hannover 1810. — J. D. Hofacker, Anleitung zur Beurtheilung der Hauptmängel der Hausthiere. Tübingen 1825.

17) S. oben §. 95. Note 3. 4. — §. 98. Note 2.

18) Paulsen, Lehrbuch §. 91. — Archiv für Oldenburg. Recht II. Nr. 12. Eigenthümlich ist die Unterscheidung im Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 13. „So baldt der kauff in allen seinen Puncten, über fahrende haab, vollenzogen: So ist insgemein der schade und vorthail, so dem gute begegnet oder zuwechß, des Kauffers, wann schon die Wahren in

haben den Grundsatz des einheimischen Rechts wieder hergestellt.<sup>19)</sup>

V. Verkauf der Früchte auf dem Halm. Schon die Capitularien enthalten Bestimmungen, durch welche wucherliche Geschäfte bei dem Kauf noch nicht geernteter Früchte verhindert werden sollten.<sup>20)</sup> In demselben Sinne haben die Reichsgesetze vorgeschrieben, daß Wein, Getraide und andere Früchte vor der Ernte nur dann Gegenstand eines gültigen Kaufs sein sollen, wenn der gemeine Werth, den sie zur Zeit des Vertragsabschlusses oder in den ersten vierzehn Tagen nach der Ernte haben, als Preis bedungen ist.<sup>21)</sup> Particularrechte

---

des Verkäufers pactum und verwahrung verblieben. In liegenden Gütern aber kan kein schade oder vorthail dem Käufer zugerechnet werden, es sey ihm dann zuvorderst vor sitzendem Rath verlassen; oder er habe sich der possession unterfangen, oder auch einen andern abscheidt mit dem Verkäufer genommen.“

19) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 95. „So lange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt bei allen freiwilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Vausch und Vogen geschlossen, oder sonst ein Anderes ausdrücklich verabrebet worden, Gefahr und Schade dem Verkäufer zur Last.“ — Oesterr. Gesetzb. §. 1048—49. 1064.

20) Capit. ai 806. cap. 7. — Legg. Langob. Carol. M. cap. 56. (L. L. Lib. II. tit. 31. cap. 1.)

21) R. P. D. v. 1577. Tit. XIX. §. 1. „Nachdem nicht ohn groß verderblich Beschwerden des armen gemeinen Volks befunden, daß demselben durch etliche eigennützige, geizige Leuth, im Schein der Kaufmannschaft, auf ihre Samen, so noch auf dem Felde stehen, auch den Wein an den Stöcken, und andere ihre Frucht, Arbeit und Viehe, Geld oder ein anders hinausgeliehen oder gegeben, dadurch dieselbe armen nothdürfftigen Leuth, was sie gar härtiglich erarbeiten, näher dann sich sonst nach gemeinen gewöhnlichen Kauf gebührt, zu geben verursacht und gedrungen werden. §. 3. Hierauf setzen und ordnen wir abermals, daß gleichwol männiglich dem armen Mann in der Noth, und damit er seine Güther desto stattdlicher erbauen, auch sonst mit anderer Nothdurfft sich erhalten mög, auf Wein, Frucht und anders fürzuleyhen, oder zuvor auszugeben, oder auch jährlich Wein- und Treyd-Gülten, um ein bestimbt Geld-Summa, von ihm zu kaufen erlaubt seyn soll: Jedoch daß dasselbig fürlehyen, oder zuvor ausgeben, anders und mehrers nicht, als auf den Schlag, und gemeinen Kauff, was nemlich der Wein, oder Treyd, zur Zeit des Contracts, oder aber

wiederholen diese Vorschrift mit verschiedenen Abänderungen, während neuere Gesetze sie ganz beseitigt haben.<sup>22)</sup>

VI. Schlüssel- oder Heerdgeld. In manchen Gegenden ist es Sitte, daß bei dem Verkauf von Häusern und Landgütern der Ehefrau des Verkäufers<sup>23)</sup> außer dem Kaufpreis eine Summe Geldes gewährt wird, welche entweder von dem Verkäufer ausdrücklich bedungen oder von dem Käufer freiwillig gegeben wird. Im ersten Fall liegt ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten, im zweiten Fall eine Schenkung vor. Eine rechtliche Verbindlichkeit zur Zahlung eines solchen Geldes ohne ausdrückliche Verabredung würde ein bestimmt darauf gerichtetes Gewohnheitsrecht voraussetzen, welches aber wohl kaum irgendwo vorkommt.<sup>24)</sup>

---

vierzehn Tag die nächsten nach dem Herbst, oder Ernden gelten wird, beschehe.“ — — Vgl. Gerstlacher, Handbuch X. S. 2141—49.

22) Das Trier'sche Landrecht Tit. XVIII. §. 8. läßt die Annahme des Wuchers von der Erwägung des einzelnen Falles abhängen; in Hannover ist jeder Vertrag über den Ankauf von Getraide auf dem Stalm und in Aehren verboten, wenn er nicht obrigkeitlich angeordnet oder bestätigt ist, s. Grefe, Leitfaden II. §. 112. Das Baier. Landr. Th. IV. Cap. 4. §. 4. gestattete allgemein den Verkauf künftiger Früchte, verbot aber den Verkauf des auf der Wurzel stehenden Getraides, wogegen neuere Gesetze wieder strengere Vorschriften enthalten, s. Phillips, Grundsätze §. 75. Note 2. 5. Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 594. — Th. II. Tit. 7. §. 12. hatte beschränkende Bestimmungen für die Bauern, welche aber durch die Verordnung v. 9. Nov. 1843 aufgehoben worden sind.

23) Andere Personen, welche statt der Hausfrau dem Hauswesen vorstehen, z. B. den Töchtern des Verkäufers, wird das Schlüssel- oder Heerdgeld seltener gegeben.

24) Vgl. überhaupt F. Kämmerer, Beiträge zur Lehre vom Schlüssel- oder Heerdgelde. Rostock 1833. Die rechtliche Auffassung des Instituts ist hier freilich in manchen Beziehungen verfehlt, weil der Verfasser die Gültigkeit der Verträge zu Gunsten dritter Personen leugnet, und daher zu künstlichen Deductionen genöthigt ist. — Eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Schlüssel- oder Heerdgeld hat das Strick- und Halftergeld bei dem Vieh- und Pferdehandel.



## §. 124.

## Der Kauf (Fortsetzung). Das Näherrecht.

Beschränkungen des Eigenthümers in der Veräußerung seiner Sachen können in verschiedener Weise und aus verschiedenen Gründen statt finden. Sie beruhen entweder auf gesetzlicher Anordnung oder auf Privatwillkühr, und setzen die Sache ganz außer dem Verkehr, wie bei dem Familiensfideicommiss, oder schließen gewisse Personen, z. B. Ausländer, Juden von dem Erwerbe aus, oder machen die Rechtsbeständigkeit der Veräußerung von der Einwilligung Anderer, des Lehenherrn, Grundherrn u. s. w. abhängig. Von diesen Einrichtungen unterscheidet sich ein anderes Rechtsverhältniß, nach welchem zwar die Veräußerung an und für sich freigelassen, für den Fall aber, daß sie durch Kauf geschieht, gewissen Personen ein Vorrecht bei der Erwerbung der Sache eingeräumt ist. Sieht man einmal von dem nur obligatorisch wirkenden Vorkaufsrechte ab, welches durch einen Nebenvertrag beim Kaufgeschäfte begründet wird, so findet sich ein solches Vorrecht namentlich in zwiefacher Anwendung: als Beschränkung des gewerblichen Verkehrs mit gewissen beweglichen Sachen, wie Gutsproducte, Rohstoffe für den Handwerksbetrieb und dgl. zu Gunsten bestimmter Personen, oder bei Grundstücken als die Bevorzugung Einzelner, in das über dieselben abgeschlossene Kaufgeschäfte einzutreten und sie von jedem dritten Besitzer an sich zu ziehen. Jene Beschränkungen des gewerblichen Verkehrs durch Vorkaufsrechte, welche in der Regel nur eine locale Bedeutung haben und immer mehr außer Übung kommen, sind hier nicht weiter zu beachten<sup>1)</sup>; dagegen ist das Vorrecht Einzelner bei dem Verkauf von Grund-

1) In früherer Zeit kamen solche Einrichtungen häufig vor, s. Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 15. (Arnold, Beiträge II. S. 450.) — v. Kampff, Mecklenburg. Civilrecht §. 125. Note \*. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 117. Ueber das Vorkaufsrecht des Fiscus an einzelnen Mineralien s. oben §. 93. Note 11.

stücken, welches unter der Benennung: Näherrecht, Retractrecht, Zugrecht, Einstandsrecht, Losung, Abtrieb u. s. w. sich findet, einer näheren Erörterung zu unterziehen.

Zuvörderst sind die wichtigsten Arten des Näherrechts anzugeben.

a. Die Erblosung (*retractus gentilitius s. ex jure consanguinitatis*). Während nach älterem Rechte die Zustimmung der Erben zur Veräußerung des Grundbesitzes nicht erforderlich war, und nur die Sitte gebot, ihren Rath zu hören und ihr Interesse nicht willkürlich zu verletzen<sup>2)</sup>; so entwickelte sich im Mittelalter bis zur Zeit der Rechtsbücher eine andere Rechtsanschauung, nach welcher Grundstücke, welche ohne Genehmigung der Erben veräußert waren, von diesen wie anerstorbenes Gut an sich gezogen werden konnten.<sup>3)</sup> Hierin liegt schon die Regel ausgedrückt, daß es eben die nächsten Erben waren, welche das Beispruchsrecht hatten, deren Zustimmung also die Veräußerung gültig machte<sup>4)</sup>; außerdem wurde der Erwerber geschützt, wenn er Jahr und Tag nach der Auflassung die rechte Gewere am Gute gewonnen hatte, und endlich findet sich bereits in sehr alten Rechtsquellen die Bestimmung, daß der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher es aus echter Noth (*necessitas legitima*: Gefängniß, Verarmung) veräußern will, dazu befugt ist, indem er nur seinen nächsten Erben die Sache zuerst zum Kauf anzubieten hat.<sup>5)</sup> — Von hier aus scheidet sich nun

2) Bei den Sachsen scheint jedoch das Recht der Erben von Alters her ein stärkeres gewesen zu sein; vgl. überhaupt oben §. 89. Note 9.

3) Sächs. Landr. B. I. Art. 52. §. 1. „Ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven. — — Gist he't weder rechte sunder erven gelof, die erve underwinde's sik mit ordelen, als of he dot si jene de't dar gaf, so he's nicht geven ne mochte.“ — Baier. Landr. (Heumann) S. 106. Vgl. v. Sydow, Darstellung des Erbrechts S. 220–21. — Albrecht, Gewere S. 36. — Pauli, Darstellung des Rechts der Erbgüter (Abhandlungen I.) S. 129–31.

4) v. Sydow a. a. D. §. 43. — Pauli a. a. D. S. 140 ff. — Siegel, das deutsche Erbrecht §. 34.

5) L. Saxon. tit. 17. — Wormser Dienstrecht (Walter, 21\*

die weitere Rechtsentwicklung: während die Familie des hohen Adels durch autonomische Beliebigungen ihr Vermögen zum Besten des Mannsstammes genossenschaftlich zusammenhielt, und auch der landsässige Adel, durch das Lehenrecht und die Fideicommissstiftung unterstützt, denselben Zweck, wenn auch mit geringerem Erfolge, zu erreichen suchte, so trat in den andern Ständen und besonders in der städtischen Bürgerschaft die entgegengesetzte Richtung hervor, welche das Grundeigenthum dem Einfluß der Familie mehr entzog. Was ursprünglich nur für den Fall der echten Noth als Ausnahme gegolten hatte, wurde jetzt die Regel: statt des Weispruchsrechts bei jeder Art der Veräußerung trat ein Vorkaufsrecht der nächsten Erben, jedoch mit dinglicher Wirkung als Retract ein. Die verschiedenen Rechtsformen, welche man zur Durchführung dieses Instituts angewandt hat (Angebot und Verkündigung), werden später bei der allgemeinen Erörterung der Lehre erwähnt werden; hier sind nur einige andere Punkte, welche für die Erblosung von besonderer Bedeutung, hervorzuheben.

Während nämlich manche Rechte dem Princip der Rechtsbücher treu geblieben sind, und das Anrecht der Erben auf alle Grundstücke, seien es ererbte (Erbgüter) oder wohlgewonnene, anerkennen, haben andere auch dem Gegenstande nach eine Beschränkung eingeführt, indem sie die Erblosung nur auf Güter der ersten Art sich erstrecken lassen.<sup>6)</sup> Auch ist man später an

---

corp. jur. germ. III. p. 775.) Art. 2. Lex erit familiae: Si quis praedium vel mancipia in haereditatem acceperit, et in paupertatem incidit et ex hac necessitate haereditatem vendere voluerit; prius proximis haeredibus cum testimonio proponat ad emendum; si autem emere noluerint, vendat cui voluerit. Vgl. v. Sydow a. a. D. S. 223. — Pauli a. a. D. §. 15.

6) Das Schwanken einer Uebergangsperiode zwischen dem älteren und dem neueren Rechtsinstitute zeigt sich, wie Eichhorn, Einleitung §. 99. Note f., schon bemerkt hat, noch in manchen Statuten. So hält das Hamburger Stadtrecht v. 1270. I. Art. 8. für die Erbgüter das Weispruchsrecht der Erben aufrecht, gewährt aber Art. 5. 6. bei dem Verkaufe von Grundstücken überhaupt den zwei nächsten Blutsfreunden ein

einigen Orten, wo das Institut beibehalten worden ist, noch einen Schritt weiter gegangen, indem man das Näherrecht als Vorkaufrecht fallen ließ und nur darauf hielt, daß der Werth des Erbgoods, zu welchem dann auch das ererbte bewegliche

---

Vorkaufrecht. In fast allen späteren Rechtsquellen ist nun das Weispruchsrecht ganz weggefallen, in vielen aber die Erblosung bei allen unbeweglichen Gütern zugelassen; s. Statuten des Amtes Hagen Tit. 4. bei Pufendorf, observat. jur. III. app. p. 8. — Habeler Landr. Th. II. Tit. 11. l. c. I. app. p. 19. — Wurstener Landr. Tit. 6. l. c. p. 72. — Rehdingener Landr. Tit. 21. l. c. p. 155—56. — Butjadinger Landr. Art. 18. (l. c. IV. p. 604.) — Solmsf. Landr. Tit. 12. — Rainzer Landr. Tit. 24. — Zweibrücker Untergerichtsbordnung Cap. 106. (v. d. Rahmer, Landrechte des Ober- und Mittelrheins II. S. 1035.) — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 3. (Arnold, Beiträge II. S. 447.) — Bayreuther Landesconfit. v. 1722. Tit. 6. §. 1. (a. a. D. S. 211.) — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 5. §. 8. Die Ansicht von Pauli, welcher annimmt, daß das Weispruchsrecht für die Erbgiiter, aber auch nur für diese von Alters her begründet gewesen sei, und daß die Erblosung gleichfalls nur in dieser Beschränkung sich zeige (a. a. D. S. 127.), findet in letzterer Beziehung durch die angeführten Quellen, welche das Gegentheil aussprechen, ihre Widerlegung. Doch kommt die Beschränkung auf Erbgiit auch häufig vor; s. Statut des alten Landes bei Pufendorf l. c. IV. app. p. 43. — Bremisches Mitterr. Tit. 13. (l. c. p. 34.) — Lüneburger Stadtr. Th. II. Tit. 4. l. c. p. 661. — Nassau-Kagenelnbogische Landordnung I. Cap. 5. §. 2. bei von der Rahmer a. a. D. I. S. 142. — Sarbrücker Landr. Cap. II. Art. 4. bei v. d. Rahmer a. a. D. II. S. 965. — Wimpfener Stadtr. Th. III. Tit. 4. §. 4. a. a. D. S. 1116. Die beiden letzten Statuten nehmen bei dem retract der Seitenverwandten dann noch besondere Rücksicht auf das Fallrecht (vgl. Pauli a. a. D. S. 136.), welches Walsh, das Näherrecht S. 310 ff. auf eine wunderliche Weise allgemein maaßgebend sein läßt. — Uebrigens soll nicht in Abrede gestellt werden, daß die Beschränkung des Weispruchsrechts und der Erblosung auf die Erbgiiter nach einigen Rechten sehr hoch hinauf geht, so daß sie vielleicht die im Sachsenspiegel und andern Quellen ausgedrückte Mittelstufe dieser Entwicklung gar nicht mit durchgemacht haben; s. z. B. das Wormser Dienstrecht Art. 2. und 6. Die Ausdrücke Erbe, hereditas u. s. w. sind nur von so unsicherer Bedeutung, daß man sich vor voreiligen Schlüssen hüten muß. Vgl. Lehre von den Erbvertr. I. S. 13—18. — Heise und Cropp, jur. Abhandlungen II. S. 435—37.

Vermögen gerechnet wurde, ungeschmälert an die Erben gelangte.<sup>7)</sup> — Eine wichtige Frage ist ferner, welchen Erben denn das Näherrecht zukommt. Nach älterem Rechte unzweifelhaft nur denselben, welche früher das Beispruchsrecht gehabt hatten, also denjenigen, welche jedesmal zur Zeit der Verauferung die nächsten waren.<sup>8)</sup> Doch haben spätere Rechtsquellen die Befugniß in der Regel weiter ausgedehnt, indem sie entweder allen erbahigen Verwandten den Retract einräumten<sup>9)</sup> oder, was das Gewöhnliche ist, den Seitenverwandten nur bis zu einem gewissen Grade der Entfernung.<sup>10)</sup> Unter den Verufenen, für

7) So in Hamburg und Lübeck, zum Theil in Folge neueren Wohnheitsrechtes; s. Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 3. 4. — Th. III. Tit. 1. Art. 5–14. — Lüb. Recht B. I. Tit. 10. Art. 6. — B. III. Tit. 7. Art. 1. 2. — Gries, Commentar I. S. 318. II. S. 141. — Dreves, das Recht der Erbgüter (Hamburg 1844.) S. 52. 89. — Trummer, das Hamburg. Erbrecht (Hamburg 1852.) I. S. 229. — Pauli a. a. D. S. 181–200. — Seuffert, Archiv II. Nr. 83.

8) S. Note 4. Dieser Grundsatz findet sich auch noch in späteren Statuten; s. Zweibrücker Untergerichtsordnung a. a. D. „Erflich soll hinfurter von Verkündigung dieser unser Constitution an, niemand einen Kauff abzutreiben Macht oder Recht haben, dann allein der oder die, so zur Zeit des Abtriebs des Verkäufers allernächste Erben seynd, also daß sie auff die Zeit, so der Kauff geschicht, möchten des Verkäufers Gut, so der stürbe, vor allen andern Menschen an sich erben, und so der oder dieselben, so — die Nächsten seynd, nicht abtreiben wollen, so soll es auch keinem andern Gesipten oder eines ferners Grads zugelassen oder gestattet werden, sondern im selbigen Fall der erste Kauff in Krafft und ohnverhindert furgehen.“ — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 3. — Lüb. Stadtr. B. III. Tit. 7. Art. 1.

9) Freiburg. Stadtr. v. 1520. Bl. 35 b. — Habeler Landr. a. a. D. — Das Rehdinger Landrecht a. a. D. ruft sogar außer den Blutsfreunden auch solche, „die dem Verkäufer mit Schwiegerschaft von der Schwerts- oder Spillseite herrührende, verwandt seyn.“

10) Selten über den vierten Grad. Nach einigen Statuten sind die Descendenten und Ascendenten auch sonst günstiger gestellt als die Seitenverwandten; die Bayreuther Landesconstitution a. a. D. §. 3. und das Hohenloher Landr. a. a. D. §. 3. geben den letzteren nur bei Erbgutern den Retract. Das Bremische Ritterrecht a. a. D. läßt erst die Agnaten und nur wenn diese ausschlagen, die Spillmagen zum Vorkaufe zu.

welche dieselbe Frist zur Ausübung ihres Rechts läuft, hat dann der nähere Erbe in der Regel den Vorzug.<sup>11)</sup>

b. Die Marklosung (*retractus ex jure incolatus*), bei städtischen Grundstücken auch Bürgerretract genannt. Sie steht den Gemeindegliedern zu, wenn die in deren Bezirk (Feldmark, Stadt) belegenen Grundstücke an einen Auswärtigen verkauft werden<sup>12)</sup>, und ist nicht mit der Landlosung (*Territorialretract*) zu verwechseln, welche gegen die Erwerbung durch fremde Unterthanen gerichtet ist.<sup>13)</sup>

c. Die Nachbarlosung, Fürnossenrecht (*retractus ex jure vicinatus*). Nur die unmittelbare Nachbarschaft der Grundstücke begründet dieß Näherrecht, für welches besondere Gesetze und Gewohnheiten manches Eigenthümliche bestimmen.<sup>14)</sup>

11) Walch a. a. D. S. 337 ff. Nach dem Solmsf. Landr. Tit. 12. schließt der Verkauf an einen Verwandten die Erblosung auch des näher stehenden aus.

12) Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16. — Bayreuther Landesconstitution Tit. 6. §. 7. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 11. 12. — v. Kamptz, Mecklenburg. Civilr. §. 129. — Grefe, Leitfaden II. §. 126. — Sachsse, Handbuch des Großh. Sächsl. Privatrechts §. 345. Auch dieses Näherrecht scheint sehr alt zu sein, s. Grimm, Rechtsalterthümer S. 531., und kommt in den Schweizer Dessnungen als das Vorkaufsrecht der Getheilen (Inhaber der Theilrechte an der Allmende?) vor, s. Bluntzschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 268—70. Ein Gespilderecht mit Bluntzschli hier anzunehmen, ist wohl nicht zulässig, weil vorausgesetzt wird, daß bei jedem Verkaufe eine Anzahl von „Getheilen“ vorhanden sind, was bei der Zufälligkeit einzelner Güterzerlegungen nicht angenommen werden konnte. — Ganz willkürlich ist es, wenn Renaud, Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 241 ff. annimmt, die übrigen Näherrechte hätten sich aus der Erblosung entwickelt.

13) Mainzer Landr. Tit. 24. §. 3. — Bayreuther Landesconstitution Tit. 6. §. 8. — Walch a. a. D. S. 464. — Wächter, Handbuch I. S. 520. — Arnold, Beiträge II. S. 214. Note 1.

14) Hadelser Landr. Th. II. Tit. 11. — Rehbinger Landr. Tit. 21. §. 1. — Bayreuther Landesconstit. a. a. D. §. 6. — Hohenloh. Landr. a. a. D. §. 13. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 650—57. — J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. III. exerc. 51. cap. 2. — Pufendorf, observatt. jur. III. Nr. 41. §. 2. — Profsch, das

d. Das Gespilderecht, Theillosung (*retractus ex jure congrui*). Eigenthümer von Grundstücken, welche früher zusammen gehörig, von einander getrennt sind, können, wenn eins derselben zum Verkaufe kommt, ein Näherrecht geltend machen. Begründete die ursprüngliche Verbindung die Gemeinschaft der Zins- und Frohnpflicht, so heißt der *Retract* Zins- und Frohnlosung.<sup>15)</sup>

e. Das Näherrecht aus dem Miteigenthume (*retractus ex jure condominii*). Es kommt entweder in einer allgemeineren Anwendung vor<sup>16)</sup>, oder für besondere Verhältnisse bei Ganerbschaften<sup>17)</sup>, Häusern unter Einem Dach (*Dachlosung*)<sup>18)</sup> und in andern Fällen.<sup>19)</sup>

f. Der Lehenretract; s. oben §. 112. Nr. VI.

g. Der guthsherrliche *Retract*, bei dem Verkauf der im Obereigenthum einer Grundherrschaft befindlichen Bauer-

Recht der Nachbarn §. 6. — v. Kampß a. a. D. §. 131. Ueber das hohe Alter dieses *Retracts* s. Reyscher II. §. 427. Note 5.

15) Hohenloh. Landr. a. a. D. §. 9. 14. — Württemb. Landr. Th. II. Lit. 16. — Walch a. a. D. S. 480. 626. 635. 650. 660. — Sachsse a. a. D. §. 344. — J. H. Boehmer l. c. — Kind, quaest. for. (edit. II.) II. Nr. 74. — Pauli a. a. D. S. 142. Note 232. Das Wort *Gespilde* kommt von *spalten*, Goth. *spilda*, Scheit Holz, abgespaltener Theil, Mittelhochdeutsch *spelte*, Scheit, Brett, Plattdeutsch *spilden*, zertheilen, verstreuen.

16) Lüneburg. Stadtr. Th. II. Lit. 5. — Sarbrücker Landrecht Cap. II. Art. 4. §. 2. — Bayreuther Landesconst. a. a. D. §. 5.

17) Frankf. Reformation Th. II. Lit. 4. §. 1. — Lit. 5. §. 1. 2. — Lehre von den Erbverträgen I. S. 83. Note 28. Es ist ein Mißverständnis, wenn man den *Retract* aus dem Miteigenthume allgemein als *retractus ex jure ganerbinatus* bezeichnet.

18) Brumhardt, Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 160.

19) S. j. B. Hamburg. Stadtr. Th. II. Lit. 8. Art. 5. Auch bei dem Verkauf von Schiffsparten kommt unter Mitredern ein *Retractrecht* vor (Pr. A. L. R. Th. II. Lit. 8. §. 1437—38. vgl. mit Th. I. Lit. 20. §. 573.), welches in diesem Fall ausnahmsweise auf bewegliche Sachen geht.

güter<sup>20</sup>), nicht mit dem Recht der Einwilligung in Veräußerungen zu verwechseln.

Anderer Näherrechte, wie die der früheren unmittelbaren Reichsritterschaft, des landsässigen Adels bei dem Verkauf von Rittergütern haben, obgleich späteren Ursprungs, entweder nur noch eine geschichtliche Bedeutung oder hängen mit anderen, hier nicht näher zu erörternden Rechtsverhältnissen zusammen.<sup>21</sup>)

### §. 125.

Der Kauf (Fortsetzung). Das Näherrecht.

Der ursprüngliche Zweck des Näherrechts in seiner volksthümlichen Bedeutung ist darauf gerichtet, gewissen Personen wegen ihrer Stellung in der Familie oder Gemeinde oder in Folge besonderer Eigenthumsverhältnisse einen Vorzug bei der Veräußerung fremder Grundstücke zu gewähren, ohne die Veräußerung selbst zum Nachtheil des Eigenthümers zu beschränken. Daher findet es sich nur bei dem Kaufgeschäfte<sup>1)</sup>, bei welchem es für den Verkäufer in der Regel nur auf die Höhe und Sicherheit des Kaufpreises ankommt, und zwar ausschließlich zum persönlichen Vortheile des Berechtigten, so daß die Ausübung

20) Baier. Landr. Th. IV. Cap. 5. §. 14. — Bayreuther Landesconstitution a. a. D. §. 9. — Bluntschli a. a. D. I. S. 269. — Walch a. a. D. S. 397 ff. giebt diesem Näherrecht eine viel zu große Ausdehnung; über den Unterschied, der zwischen demselben und dem Vorkaufsrecht bei der römischen Emphyteuse besteht, s. Glück, Commentar XVI. S. 173—74.

21) Vgl. Walch a. a. D. S. 419—56. Im älteren Rechte findet sich auch ein Näherrecht des Zinsherrn an dem belasteten Grundstücke, s. Kraut, Grundriß §. 145. Note 33. 34.

1) Nur ausnahmsweise kommt auch bei der Pfandsetzung, unter welcher wohl die ältere Form mit Besitzübertragung zu verstehen ist, ein Näherrecht vor, s. Haderer Landr. Th. II. Tit. 6. (Pufendorf l. c. I. p. 16.). — Sarbr. Landr. Cap. II. Art. 4. (Das „Verlauchen“, Verleihen ist hier auf die Erbpacht zu beziehen, s. §. 6., während im Butjadinger Landr. Art. 29. auch bei der Verpachtung der Ländereien auf Zeit ein Näherrecht gegeben ist). — Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 158.



des Rechts zum Besten eines Dritten und die Abtretung an einen Andern durchaus verboten ist.<sup>2)</sup> Außerdem aber hatte man das Institut mit solchen Einrichtungen umgeben, welche geeignet erschienen, es schnell und bestimmt festzustellen, ob der Nähergelter von seinem Rechte Gebrauch machen wollte oder nicht, und also eine dem Geschäftsverkehr nachtheilige Verzögerung zu verhindern. Um diesen Zweck zu erreichen, hat man zwei Mittel angewandt. Wo es sich bloß um das Näherrecht weniger, in der Regel genau bekannter Personen handelte, der nächsten Erben oder der unmittelbar angrenzenden Nachbarn, da hatte der Eigenthümer diesen den Vorkauf anzubieten.<sup>3)</sup>; war aber die Zahl der Verufenen größer, wie bei der Erblosung, welche sich nicht allein auf die Nächsten beschränkte, oder bei der Marklosung, so wandte man das Mittel der öffentlichen Verkündigung an, und gab dadurch den Betheiligten Gelegenheit, von ihrem Rechte Gebrauch zu machen.<sup>4)</sup> In beiden Fällen

2) Dieß ist in fast allen Statuten vorgeschrieben und beruht auf der Natur des Instituts, wie es sich positiv ausgebildet hat. Im Fall des Verdachts mußte der Nähergelter schwören, daß er sein Recht für sich selbst ausübe. Dieß gilt nicht bloß, wie Mittermaier, Grundsätze II. §. 287. Note 20. angiebt, in der Praxis einzelner Länder, sondern ist in vielen Gesetzen ausdrücklich so angeordnet, s. Statut des alten Landes, bei Pufendorf l. c. p. 44. — Solmsf. Landr. Tit. 12. — Trier. Landr. Tit. 20. §. 50. bei von der Rahmer a. a. D. II. S. 675. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 16. — Zweibrücker Untergerichtsordnung Cap. 106. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16. a. G. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 4. — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 5. §. 12. (vgl. jedoch §. 14.). — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 594. Gewöhnlich ist dann zugleich bestimmt, daß der Nähergelter den Eid des Verkäufers fordern kann, wenn derselbe einer Simulation bei Angabe des Kaufpreises verdächtig erscheint.

3) Lübb. Stadtrecht B. I. Tit. 10. Art. 6. — B. III. Tit. 7. Art. 1. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 4. — Bremisches Ritterr. Tit. XIII. §. 1.

4) Vgl. oben §. 89. Note 13. — Hadelers Landr. Th. II. Tit. 11. — Statut des Amtes Hagen ad IV. bei Pufendorf l. c. III. app. p. 8. — Würstener Landr. Tit. 6. eod. I. app. p. 72. — Schweizer Deffnungen bei Bluntschli a. a. D. S. 168—70. — Solmsf.

konnte dann eine kurze Frist zur Abgebung der Erklärung gesetzt werden, und nur für den Abwesenden war wie bei der Auffassung eine Fristerstreckung bis zur Zeit der Wissenschaft erforderlich. War aber das Angebot oder die Verkündigung unterlassen oder nicht gehörig geschehen, so war entweder der abgeschlossene Verkauf nichtig<sup>5)</sup>, oder der übergangene Nähergelter war befugt, binnen einer gewissen Frist in das Geschäft einzutreten, und dieß war die gewöhnliche Folge.<sup>6)</sup>

Wie nun die romanisirenden Juristen überhaupt den deutschen Rechtsformalismus nicht zu fassen und weiter zu führen verstanden, so geschah es auch bei dem Näherrecht.<sup>7)</sup> Sie erkannten wohl die wichtigen Formen des Angebots und der Verkündigung und behielten sie zum Theil in den von ihnen ausgearbeiteten

---

Landr. Tit. 12. — Nassau-Kagenelnbogische Landordnung I. Cap. 5. §. 5. — Mainzer Landr. Tit. 24. §. 7. — Zweibr. Untergerichtsordnung Cap. 106. — Wimpfen. Stadtr. Th. III. Tit. 4. §. 16. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16.

5) Bremisches Ritterrecht a. a. D. §. 1.

6) Die älteren Quellen schreiben gewöhnlich vor, daß, wenn der Eigenthümer einen Verkauf beabsichtigt, derselbe angeboten oder verkündigt werden soll, um den Betheiligten Gelegenheit zur Ausübung ihres Rechts zu geben, und erst wenn mit ihnen das Geschäft nicht zu Stande kommt, wird der Verkauf frei; später wird die Verkündigung des abgeschlossenen Geschäftes gewöhnlich, und das Vorkaufsrecht dadurch zum Einstandsrecht. In beiden Fällen konnte das Näherrecht aber selbständig gegen den dritten Besitzer geltend gemacht werden; s. Oeffnung von Roffikon bei Bluntzschli a. a. D. S. 270. „Beschach aber daz einer die guoter nit veil butte in vorgeschribner wise, so möcht je der nechste einem frömden die gueter abz ühen mit dem rechten und den köff bezaln und fünf schilling pfenning minder geben als denn vorgeschriben ist, denn der summ, als der ungenosß geköft hat.“

7) Die wichtigsten Bearbeitungen sind: Andr. Tiraquellus, de utroque retractu, municipali et conventionali, commentarii duo (opp. tom. III. Francof. 1574. fol.). -- A. Gaill, pract. observatt. II. Nr. 19. — Th. Rein king, de retractu consanguinitatis. Marp. 1631. 4. — S. Stryk, tractatus de successione ab intestato (zuerst Francof. 1687. 4.) diss. VI. — C. F. Walch, das Näherrecht. 3. Aufl. Zena 1795. (eine unerquickliche Arbeit, trotz des fleißig zusammen getragenen Materials dürftig, in der Rechtsentwicklung ungesund und verfehlt).

Gesetzen bei, aber sie nahmen der ersteren Einrichtung wieder ihre Bedeutung, indem sie eine Erklärung des Nähergelters auf das Angebot nicht für nothwendig hielten, dieselbe auch nach der strengen Regel über die Auslegung des Verzichts beurtheilten, überhaupt aber die kurzen Fristen des älteren Rechts mit der von Jahr und Tag vertauschten, und so dahin gelangten, den Retract als ein selbständiges, von seiner geschichtlichen Entwicklung und thatsächlichen Voraussetzung abgetrenntes Recht aufzufassen.<sup>8)</sup> Dadurch wurde dann das ganze Institut, welches überhaupt auf Zeiten berechnet war, in denen der Grundbesitz nicht als eine gewöhnliche Waare betrachtet wurde, eine schwere Last. Die neueste Gesetzgebung hat es in dem größten Theile Deutschlands ganz aufgehoben oder doch wesentlich beschränkt.<sup>9)</sup>

---

8) Chursächf. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 32. — „wo auß Statuten oder verwerter Gewonheit herbracht, daß Freunden oder jemand anders der Vorfauff zustehet, unnd der so das gut verkauffen will, läßt es demselbigen ankündigen, er thut sich aber dessen verzeihen, so mag dann das gut einem andern verkaufft werden. Wo aber solche denunciation nicht geschicht, oder der so die Nehergekung hat, den Kauff gänglich nicht abschlägt, sondern Bedenckzeit nimmet, ob er Gelt könte auffbringen oder dergleichen, so soll er innerhalb Jahres Frist nochmals zulässig seyn, obgleich das Gut verkaufft, und einem andern tradirt, den Kauff zu hinderziehen, auch das Kauffgeld und die Besserung, da die aufgewandt, zu erstatten.“ In Württemberg und anderswo verfäh man es besonders dadurch, daß nach der Verkündigung dem Nähergelter eine Frist von Jahr und Tag gegeben wurde, was viel zu lang war; auch sonst aber ist das Landrecht in dieser Lehre mißrathen, s. Wächter, Handbuch I. §. 44. 73. — Die beste Arbeit hat Joh. Fichard im Solmsischen Landrechte geliefert. — Die zuerst von Cujacius als V. F. 13. dem longobardischen Lehenrecht angehängte, später von Perz (L. L. II. p. 332—33.) vollständig veröffentlichte constitutio Friderici II. de jure prothomiseos hat in Deutschland nie gesetzliche Kraft erhalten, wenn auch einzelne Juristen sie mehr wie billig berücksichtigt haben. Auch Renaud, Zeitschr. für deutsches Recht VIII. S. 245—46. scheint über das Verhältniß dieses Gesetzes sich nicht klar gewesen zu sein, obgleich er es richtig als nicht recipirt bezeichnet; es ist höchst wahrscheinlich für Neapel und Sicilien erlassen worden.

9) In Oesterreich wurde das gesetzliche Näherrecht durch das Josephinische bürgerliche Gesetzbuch Cap. II. §. 4. 6. und das Patent v. 8. März 1787 aufgehoben, s. Winiwarter, das österr.

I. Die allgemeine Natur des Rechtsverhältnisses, um welches es sich hier handelt, wird am Besten mit dem Ausdrucke Näherrecht bezeichnet. Indem dasselbe sich als die Befugniß darstellt, einen fremden Käufer auszuschließen und statt seiner in das Geschäft einzutreten, wird es Einstands- oder Vorkaufsrecht genannt; auf die unbedingte Wirksamkeit dieses Rechts, welches gegen jeden dritten Besitzer der verkauften Sache geltend gemacht werden kann, beziehen sich die Ausdrücke: Zugrecht, Retract, während Abtrieb und Losung, ersteres besonders im fränkischen, letzteres im schwäbischen Recht, die allgemeinere Bedeutung von Näherrecht wiederholen. Es ist nun aber nicht zu übersehen, daß der verschiedene Sinn dieser Worte in den Rechtsquellen gewöhnlich nicht streng geschieden wird, indem man dieselben neben einander als gleichbedeutend oder zur Bezeichnung der verschiedenen Seiten desselben Rechtsverhältnisses gebraucht.<sup>10)</sup> Der Zweck desselben ist, ein Vorkaufrecht bei dem Kaufe zu gewähren; die Klage gegen den dritten Besitzer ist nur Eines der zu diesem Behuf angewandten Mittel.

---

bürgerliche Recht IV. §. 281. Note \*; in Schleswig-Holstein durch das Gesetz v. 8. Febr. 1794, in Baden durch das Gesetz v. 21. Juli 1839, in Bremen durch die Erbe- und Handfestenordnung v. 1833. §. 12. In Preußen kommt es nach dem Edict v. 9. Oct. 1807. §. 3. und der Ablösungsordnung v. 2. März 1850. §. 4. nur in einigen seltenen Ausnahmefällen zur Anwendung (Koch, Lehrbuch I. §. 333.); in Baiern gilt nur noch die Erblosung, s. Phillips, Grundsätze I. §. 76. Note 29.; in Sachsen-Weimar das Gespilde- und Marklosungsrecht, s. Sachsse, Handbuch §. 342.); in Württemberg seit dem Gesetze v. 2. März 1815 nur die Erblosung bei lehenbaren Stammgütern, s. Wächter, Handbuch I. §. 91. Vgl. Mittermaier, Grundsätze II. §. 284. Note 33. — Renaud in der Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 248—51.

10) S. z. B. Lüb. Stadtr. B. III. Tit. 7. Rubr. de jure protomi seos. „Von dem Rechte, welches vermag, daß einer den andern von gethanem Kauf abtreiben kan, Kauffs-Einstands-Recht genannt.“ — Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 4. „Wann jemandt in dieser guten Stadt des juris retractus oder Vorkauffß genießen, und in den kauff treten wil.“ — Mainzer Landr. Tit. 24. Rubr. Vom Abtrieb-Recht, Einstand oder Näher-Kauff.

Es ist daher verfehlt, auf dieses Moment ein ausschließliches Gewicht zu legen, und erst nach Vollziehung des Kaufgeschäftes das Näherrecht für begründet zu halten.<sup>11)</sup> Dasselbe ist vielmehr schon mit dem Abschlusse des Vertrags wirksam<sup>12)</sup>; die Frage aber, ob die Ausführung desselben nicht durch den Rücktritt der ursprünglichen Contrahenten verhindert werden kann, läßt sich weder unbedingt bejahen noch verneinen, und ist auch nicht darnach zu entscheiden, ob der Kauf schon vollzogen war oder nicht. Es wird vielmehr darauf ankommen, ob der Rücktritt geschieht, um den Nähergelter an der Ausübung seines an sich vollkommenen Rechts zu verhindern oder aus andern Gründen. Im ersten Fall, der im Zweifel anzunehmen, wenn die Absicht, in den Kauf einzutreten, den Betheiligten schon angezeigt worden ist, erscheint die Wiederauflösung des Geschäftes unzulässig.<sup>13)</sup>

II. Da das Näherrecht auf keinem bestimmten Obligationsgrunde, sondern auf einer persönlichen Eigenschaft oder einem Eigenthumsverhältnisse des Berechtigten beruht, und gegen jeden dritten Besitzer der verkauften Sache geltend gemacht werden kann, so ist es klar, daß es über die Grenzen bloß obligatorischer Beziehungen hinausgeht. Betrachtet man nun allein die Wirksamkeit der Klage, so ließe diese sich, wenn sie gegen den dritten Besitzer angestellt wird, noch immer als eine *actio in rem scripta* in dem weiteren Sinn, welchen die neuere Juris-

11) Diese Ansicht ist vertheidigt von Walch, das Näherrecht S. 88. — Renaud a. a. D. S. 257. 267.

12) Eichhorn, Einleitung §. 100. — v. Dunge, liv- und esth-ländisches Privatrecht I. §. 174. Note e. — Reyscher II. §. 430. Am deutlichsten ergibt sich dieser Grundsatz aus den gesetzlichen Bestimmungen, welche die dem Nähergelter gesetzten Fristen von dem Angebot oder der Verkündigung oder von der Zeit der Abschließung an laufen lassen; vgl. oben Note 4. und Wächter, Handbuch I. S. 548. Note 102.

13) Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 40. §. 5. Andere Ansichten bei Walch a. a. D. S. 281—82. — Glück, Commentar XVI. S. 196—99. — Renaud a. a. D. S. 268—69.

prudenz mit derselben verbindet, auffassen; aber das Rechtsverhältniß selbst, aus welchem sie entspringt, findet darin nicht seinen Ausdruck, was sich am deutlichsten herausstellt, wenn dem Nähergelter sein Klagegrund bestritten wird.<sup>14)</sup> In diesem Fall ist mit der Forderung auf Herausgabe der Sache der Antrag auf Anerkennung des Rechts zu verbinden, und dieser Umstand entscheidet überhaupt dafür, daß das ganze Rechtsverhältniß und die daraus hervorgehende Klage als dinglich bezeichnet werden, letztere also auch vor dem Gericht der belegenen Sache angestellt werden kann. Die gewöhnlichen, im römischen Rechte wurzelnden Kategorien der verschiedenen Klagen bieten allerdings für die richtige Beurtheilung dieses besonderen Verhältnisses manche Schwierigkeit, und so erklärt sich der Streit der Meinungen in dieser Frage.<sup>15)</sup>

III. Wenn gleich das Näherrecht sich von dem rein obligatorischen Vorkaufsrechte durch seine Dinglichkeit unterscheidet, so ist doch zu erwägen, ob es nicht durch einen Vertrag, der ja nicht nothwendig, wenn auch in der Regel eine bloß obligatorische Wirkung hat, bestellt werden kann. Dabei ist zunächst von dem Fall abzusehen, wenn durch Privatwillkühr ein Rechtsverhältniß begründet wird, mit welchem ein Näherrecht gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich verbunden ist, z. B. ein Lehenverhältniß: denn hier ist nicht das Näherrecht selbst, sondern seine thatsächliche Voraussetzung Gegenstand des Vertrags. Im Uebrigen muß aber an dem Grundsatz festgehalten werden, daß das Näherrecht in seiner dinglichen Wirkung ein anomalisches Rechtsinstitut ist, durch Gesetz und Gewohnheit zur Befriedigung individueller Bedürfnisse ausgebildet und an bestimmte thatsächliche Verhältnisse geknüpft.<sup>16)</sup> Eine solche Einrichtung kann

14) Ist es doch sogar vorgekommen, daß in *possessorio* über ein *Retractrecht* gestritten worden; s. *Walch* a. a. D. S. 571. Anhang Nr. 16.

15) *Walch* a. a. D. S. 233 ff. — *Renaud* a. a. D. S. 256—58.

16) Die anomalische Natur des Näherrechts beschränkt auch die Anwendung desselben dem Gegenstande nach, so daß, wenn es für Grundstücke

nicht beliebig durch Privatwillkühr ausgedehnt und auf verwandte Fälle übertragen werden.<sup>17)</sup> Doch haben Particularrechte die Bestellung des Näherrechts durch Vertrag („den bedungenen oder bedingten Retract“) zum Theil günstiger behandelt, indem sie ihn überhaupt zugelassen<sup>18)</sup>, oder doch dem vertragsmäßigen Vorkaufsrechte, wenn es durch Bestellung einer Hypothek gesichert ist, eine dingliche Wirkung beigelegt haben.<sup>19)</sup>

IV. Ein gemeines Recht in dem Sinne, daß es ohne bestimmte Begründung im Particularrechte zur Anwendung gebracht werden könnte, ist das Näherrecht nicht; auch nicht die Erblosung, welche in früherer Zeit wohl sehr verbreitet, aber doch ihrer Beschaffenheit und dem Umfange ihrer Geltung nach

eingeführt ist, Gerechtigkeiten, welche denselben sonst gleich stehen, ihm deswegen noch nicht unterworfen sind; s. Arnold, Beiträge II. S. 213. Note 3.

17) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen IV. Nr. 7. — Eichhorn, Einleitung §. 101. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 286. — Seuffert, Archiv III. Nr. 87. — Renaud a. a. D. S. 258—63. hält die Analogie des Pfandrechts für zutreffend; Andere erkennen den testamentarischen, nicht aber den bedungenen Retract an, s. Walch S. 303. 497—506. — Glück a. a. D. S. 167—72. Für beide Fälle muß aber dasselbe Princip maßgebend sein; die älteren Gesetze berühren indessen meines Wissens den testamentarischen Retract gar nicht, was denn wohl auf die geringe practische Bedeutung der Frage über seine Gültigkeit hinweist.

18) Württemb. Landr. Th. II. Tit. 16. vgl. Wächter, Handb. S. 535—39. — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 5. §. 17.

19) Churfächf. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 32. — Bayreuther Landesconstitution v. 1722. Tit. V. §. 10. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 569. „Ein durch Vertrag oder letztwillige Verordnung bestelltes Vorkaufsrecht ist in der Regel nur ein persönliches Recht, wodurch nur der gegenwärtige Eigenthümer und dessen Erben verpflichtet werden. §. 570. Die Eigenschaft eines dinglichen Rechts erlangt dasselbe, bei unbeweglichen Sachen, erst durch die Eintragung in das Hypothekenbuch. §. 572. Auf bewegliche Sachen kann ein Vorkaufsrecht, in der Eigenschaft eines dinglichen Rechts, durch Vertrag oder letztwillige Verordnung gar nicht bestellt werden.“ — Oesterr. Gesetzb. §. 1073.

burchaus nicht gleichmäßig entwickelt war.<sup>20)</sup> Doch wird, wenn es sich um die Erkundung einer Regel des Gewohnheitsrechts handelt, auch in diesem Fall dieselbe nicht auf ein civilproceßmäßiges Beweisverfahren zu beschränken sein, und die allgemeinen Grundsätze des Instituts können, seine Geltung vorausgesetzt, auch ohne eine besondere Anerkennung im Particularrechte zur Anwendung gebracht werden. Das Näherrecht ist daher dem bedingt gemeinen Rechte beizuzählen (s. Band I. §. 2.).

V. Das Näherrecht findet nur bei dem Kaufe und den demselben rechtlich gleichstehenden Geschäften statt, wozu namentlich die Angabe an Zahlungsstatt zu rechnen ist, nicht aber der Tausch, schon weil die Gegenleistung hier eine individuelle ist.<sup>21)</sup> Auch bei dem s. g. Menge- oder Klumpenkauf, wenn mehrere an sich getrennte Sachen zum Gegenstande desselben Geschäftes gemacht werden, ist der Retract in der Ausübung seines Rechts in Betreff der dem Retract unterworfenen Sachen nicht beschränkt, da ihm dasselbe vom Eigenthümer nicht einseitig verkümmert werden darf; es wird also eine Auseinandersetzung wegen des Preises eintreten müssen, wenn das ganze Geschäft nicht zurückgehen soll.<sup>22)</sup> Ebenso schließt die gericht-

20) Auch Andr. Gaill (pract. observatt. II. obs. 19. nr. 1.) behauptet nicht, wie man wohl angegeben findet, daß die Erbfung ein gemeinrechtliches Institut sei und keiner Anerkennung im Particularrechte bedürfe; sondern er sagt nur, daß der Retract überhaupt ex generali quadam consuetudine fast überall in Deutschland vorkomme.

21) Baier. Landr. a. a. D. §. 9. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 575—76. Bei dem Tausche wollen Einige freilich eine Ausnahme zulassen, z. B. wenn andere fungibele Sachen als Geld für ein Grundstück gegeben werden; aber solche spitzfindig erfundene Ausnahmefälle haben auf die Entwicklung des Näherrechts als eines allgemeinen Institutes keinen Einfluß ausgeübt.

22) Kind, quaest. for. (edit. II.) II. cap. 76. — Renaud a. a. D. S. 265. Abweichende Ansichten bei Glück a. a. D. S. 182. Die Statuten stimmen gleichfalls unter einander nicht überein, s. Solmsf. Landr. Tit. 12. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 18. — Baier. Landr. a. a. D. §. 12.



liche Versteigerung das Näherrecht nicht aus, obgleich Particularrechte oft das Gegentheil bestimmt haben.<sup>23)</sup>

VI. Der Nähergelter soll sein Vorrecht ungeschmälert behaupten, der Verkäufer aber durch dasselbe keinen Schaden leiden. Jener kann daher keine vortheilhafteren Bedingungen verlangen, als der erste Käufer, braucht sich aber auch keine ungünstigeren gefallen zu lassen; er hat vielmehr in das Geschäft einzutreten, so wie es ursprünglich abgeschlossen ist. Da nun aber ein Kauf auf Credit nur in Folge besonderer Verabredung und auf Grund persönlichen Vertrauens abgeschlossen wird, so folgt schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß vor Auszahlung oder Niederlegung des Kaufpreises der Nähergelter die Herausgabe der verkauften Sache nicht verlangen kann; und Particularrechte haben dieß zum Zweck der Rechtssicherheit noch näher ausgeführt, und das Anerbieten zur Zahlung des Kaufpreises zu einer wesentlichen Bedingung für die Ausübung des Näherrechts gemacht.<sup>24)</sup>

a. Der Nähergelter muß den bedungenen Kaufpreis bezahlen, und überhaupt die Verbindlichkeit des Käufers übernehmen. Sind Nebenbedungen hinzugefügt, welche die Natur des Geschäftes nicht verändern, aber eine Schätzung in Geld nicht

23) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. Nr. 56. — Vgl. Mainzer Landr. Tit. 24. §. 6. — Hohenloh. Landr. a. a. D. §. 19. — Baier. Landr. a. a. D. §. 9. u. a.

24) Auf diesen Punkt, nicht aber wie im älteren Recht auf Angebot oder Verkündigung von Seiten des Verkäufers werden die Solennia retractus vorzugsweise in der Jurisprudenz bezogen. A. Gaill, pract. observatt. II. obs. 19. nr. 7. — Walch a. a. D. S. 188 ff. — Glück a. a. D. S. 188—89. — Renaud a. a. D. S. 279. — Seuffert, Archiv II. Nr. 217. — Solmsf. Landr. Tit. 12. — Statut des alten Landes bei Pufendorf, observatt. jur. IV. p. 43. — Budjadinger Landr. Art. 23. (l. c. p. 605.) — Rehdingen Landr. Tit. 21. l. c. I. p. 156. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 24. (vgl. Wächter a. a. D. S. 542.) — Mainzer Landr. Tit. 24. §. 4. 5. 8. — Baier. Landr. a. a. D. §. 5—7. — Hohenloh. Landr. a. a. D. §. 23. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 602—7. 632 ff.

zulassen, und wegen ihrer individuellen Beschaffenheit von dem Nähergelter nicht erfüllt werden können, so darf sein Recht nicht darunter leiden. Das erfordert der gute Glaube. Ist dagegen der Kauf mit einem andern Geschäfte vermischt, welches seinen selbständigen Zweck hat, und von dem Kaufe nicht getrennt werden kann, z. B. ein auf persönliche Pflege gerichteter Alimentationsvertrag, so ist das Näherrecht ausgeschlossen.<sup>25)</sup> Abminderung des Preises aus Rücksicht für den ersten Käufer (der s. g. Freundschafts- oder Gnadenkauf) kommt auch dem Nähergelter zu Gute, denn sein Recht beschränkt ja den Eigenthümer in der freien Verfügung über die Sache.<sup>26)</sup>

b. Das Näherrecht hindert an sich nicht den Uebergang des Eigenthums der verkauften Sache auf den Käufer; es geht aber belastet mit der Möglichkeit des Retracts auf ihn über, und wenn daher der Nähergelter sein Recht ausübt, so wird jener Eigenthumsübergang rückwärts aufgelöst. Daher geht die Retractsklage gegen jeden späteren Inhaber, ohne daß der Nähergelter andere Verbindlichkeiten als die aus dem ersten Kaufe sich herschreibenden zu übernehmen hätte. Ob im Uebrigen der Inhaber als Besitzer im guten oder im bösen Glauben

---

25) Die richtigen Vorschriften über diese allerdings schwierigen Verhältnisse hat das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 578—83. Vgl. Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 40. §. 6.

26) Das Baier. Landr. a. a. D. §. 9. entzieht überhaupt die Freundes- oder Gnadenkäufe dem Näherrecht, dagegen bestimmt das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 584. „Das Vorkaufrecht findet nicht statt, wenn der Besitzer die Sache seinem nächsten gesetzlichen Erben noch unter Lebendigen käuflich überläßt. §. 585. Außer diesen Fällen kann das Vorgeben einer besonderen Zuneigung des Verkäufers gegen den Käufer, den Vorkaufsberechtigten an der Ausübung seines Rechts nicht hindern.“ In Uebereinstimmung mit der ersten Vorschrift hatte sich auch in Württemberg ein festes Gewohnheitsrecht gebildet, welches bei dem Verkauf der Eltern an die Kinder das Näherrecht ausschloß; s. Wächter a. a. D. S. 546. Note 98. Ich vermuthete, daß man dabei hauptsächlich an die Gutsabtretung mit Aikentheil gedacht hat, die irrthümlich nicht selten als Kaufgeschäft aufgefaßt worden ist.

zu behandeln ist, hängt von den Umständen ab; nur läßt sich im Allgemeinen die, besonders wegen der Verwendungen und der Fruchtvertheilung wichtige Regel aufstellen, daß der Inhaber erst durch das Anerbieten des Kaufpreises in Verzug gesetzt wird.<sup>27)</sup>

VII. Wa nicht im Sinne des älteren Rechts bestimmte Formen des Angebots bestehen, da wird im Allgemeinen eine Erklärung des Nähergetters über seine Absicht, ob er von dem ihm zustehenden Rechte Gebrauch machen oder darauf verzichten will, nicht zu erzwingen, und eine stillschweigende Entfagung nur dann anzunehmen sein, wenn die Umstände mit Sicherheit darauf schließen lassen.<sup>28)</sup> Das Angebot hat jedoch immer die Wirkung, den Nähergetter von dem Abschluß des Verkaufs in Kenntniß zu setzen, und das ist von besonderer Wichtigkeit, weil die ihm gesetzte Frist in der Regel erst von diesem Zeitpunkte an läuft. Die Dauer der Frist ist gemeinrechtlich Jahr und Tag<sup>29)</sup>;

---

27) v. Bülow und Hagemann a. a. D. III. Nr. 2. Das Solmsische Landrecht a. a. D. hat genaue Bestimmungen darüber, wie der Käufer sich zu verhalten hat, bis er vor dem Abtrieb sicher gestellt ist; das Württemb. Landr. a. a. D. über Früchte und Verwendungen, f. auch Baier. Landr. a. a. D. §. 6.

28) Die Verhältnisse müssen ex bona fide erwogen werden, wobei auf Sitte und Volksmeinung bei der Auslegung der Rechtsgeschäfte Rücksicht zu nehmen ist; auch zeigt sich die ältere Rechtsanschauung in Particularrechten noch vielfach wirksam, f. Mainzer Landr. Tit. 24. §. 10. „Obchon einer bey einem Privat-Kauff zugegen gewesen, oder wann es ihme vor dem Verkauf auch wäre feil gebotten worden um denselbigen Werth, wofür es hernach an einen Andern verkauft, und es damahlen nicht zu kauffen verlangt hätte, so mag er nachgehends alsdann zum Abtrieb nicht zugelassen werden.“ — Baier. Landr. a. a. D. §. 13. Zu weit geht jedenfalls in der Begünstigung des Nähergetters Renaud a. a. D. S. 281—83.

29) Darüber besteht keine Meinungsverschiedenheit, f. auch II. F. 9. §. 3. — 26. §. 14. (oben §. 112. Note 26. 27.) Ueber die Berechnung des Tages f. Band I. §. 51. Note 13—15., doch wird auch bei der Verjährung der Retractsklage zuweilen der Tag nur zu 24 Stunden berechnet, f. Wächter, Handbuch I. S. 540. — Pauli, das Recht der Erbgüter S. 179. Unbedingt und ohne Rücksicht auf die Zeit der Wissenschaft tritt die Klagenvorjährung von 30 Jahren subsidiarisch ein, f. Glük a. a. D.

doch haben die meisten Particularrechte eine weit kürzere Zeit gegeben.<sup>30)</sup>

VIII. Wenn mehrere Näherrechte collidiren, so kommt es darauf an, ob sie von derselben oder von verschiedener Art sind. Im ersten Fall entscheidet bei der Erblosung das bessere Erbrecht<sup>31)</sup>, während sonst in der Regel zwischen den Ansprüchen aus demselben Rechtstitel kein Unterschied besteht, und daher, wenn eine Theilung nicht zulässig ist, die Prävention und zuletzt das Loos entscheiden müssen.<sup>32)</sup> Auch die verschiedenen Arten des Näherrechts stehen sich gemeinrechtlich einander gleich<sup>33)</sup>, und es kann daher der Vorrang unter ihnen aus der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses selbst nicht entnommen werden, so daß wieder mit Ausschluß der Theilung, welche für diesen Fall nirgends gestattet ist, Prävention und Loos denselben bestimmen.<sup>34)</sup> Das Zusammentreffen mehrerer Näherrechtstitel in derselben Person kann für diese den Ausschlag nicht geben, da

---

§. 190., umgekehrt kommt den Minderjährigen auch hier ihre Rechtswohlthat zu statten, s. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen V. Nr. 25.

30) Sehr häufig ist die Frist auf 12 Wochen festgesetzt, zuweilen auch noch kürzer. Solmsf. Landr. Tit. 12. — Nassau-Kagenelnbogische Landordnung Th. I. Cap. 5. §. 5. — Mainz. Landr. Tit. 24. §. 1. 3. — Zweibr. Untergerichtsordnung Cap. 106. — Bayreuth. Landesconst. Tit. VI. §. 11. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 5. §. 23. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 4. — Wursten. Landr. (Pufendorf, observatt. jur. I. app. p. 72.). — Oesterr. Gesetzb. §. 1075.

31) S. jedoch oben §. 124. Note 11.

32) Solmsf. Landr. a. a. D. — Lüneburger Stadtr. Th. II. Tit. 4. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 24. — Baier. Landr. a. a. D. §. 3. — Walch, Näherrecht S. 515—22. — Eichhorn, Einleitung §. 106. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 289. — Phil. Lips, Grundsätze I. §. 77.

33) Particularrechte haben freilich einzelnen Arten, besonders der Erblosung ein Vorzugsrecht eingeräumt, s. Walch a. a. D. S. 522 ff. und über den Lehenretract oben §. 112. Nr. VI.

34) S. Eichhorn a. a. D.

auf dem Rechtsgebiet ohne ausdrückliche Vorschrift das Gewicht der Gründe nicht durch die Zahl erhöht wird.<sup>35)</sup>

## §. 126.

### Die Miethc.

Der Miethvertrag wird im Allgemeinen nach den Grundsätzen des römischen Rechts beurtheilt; hier sind nur die Abweichungen des heutigen deutschen Rechts, insofern sie nicht bei der Darstellung besonderer Rechtsinstitute zu erörtern sind, zu berücksichtigen.

I. Die Sachenmiethc. Der Sprachgebrauch unterscheidet von der Miethc die Pacht<sup>1)</sup>, wenn eine fruchttragende Sache, z. B. ein Landgut, eine Viehheerde, eine Mühle, Gegenstand des Geschäftes ist<sup>2)</sup>, und dann wieder bei Grundstücken

35) Eichhorn a. a. D. — Abweichende Ansichten s. bei Balch S. 534. — Mittermaier a. a. D.

1) Miethc von meta, Preis; Pacht von pactum. In Norddeutschland sagt man für miethen auch heuern, namentlich wenn der Vertrag über Grundstücke abgeschlossen wird, so wie bei der Dienstmiethc des Schiffsvolks und Gesindes; im letzteren Fall kommt auch der Ausdruck „sich verdingen“ (von Gehing) vor.

2) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 21. §. 258. „Wenn für den Gebrauch der geliehenen Sache ein bestimmter Preis bedungen wird; so heißt das Geschäft ein Miethungsvertrag. §. 259. Eine Sache heißt verpachtet, wenn dieselbe Jemanden gegen einen bestimmten Zins, nicht nur zum Gebrauche, sondern auch zur Nutzung überlassen worden. §. 260. Ist eine fruchttragende Sache mit einer andern, die nur durch den Gebrauch der Substanz genutzt werden kann, zugleich und in einem Contracte eingeräumt worden; so giebt bei der Bestimmung: ob das Geschäft nach den Regeln des Pacht- oder Miethcontracts zu beurtheilen sei, die Beschaffenheit der Hauptsache den Ausschlag. §. 261. Im zweifelhaften Falle wird bei städtischen Grundstücken ein Miethvertrag, bei Landgütern aber eine Pacht angenommen.“ — Oesterr. Gesetzbuch §. 1091. „Der Bestandvertrag wird, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt, ein Miethvertrag, wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benutzt werden kann, ein Pachtvertrag genannt. Werden durch einen Vertrag Sachen von der ersten und zweyten Art zugleich in Bestand gegeben; so ist der Vertrag nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurtheilen.“

allgemein die Erbpacht und die Zeitpacht. Hier ist nur von der Mieth auf Zeit die Rede, indem die Pacht und insbesondere die Erbpacht im Landwirthschaftsrechte zu behandeln sind.

Da durch den Miethvertrag nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß begründet wird, so läßt sich dasselbe gegen einen dinglichen Anspruch dritter Personen nicht aufrecht erhalten, und daher entspricht die Regel: Kauf bricht Mieth, wenn sie auf die Zeit nach der Uebertragung des Eigenthums an den Käufer bezogen wird, durchaus den allgemeinen Grundsätzen des gemeinen Rechts.<sup>3)</sup> Nach der älteren deutschen Rechtsanschauung war aber auch in dieser Beziehung die Herrschaft des Eigenthumsbegriffs beschränkt, indem der Miether von Grundstücken während der bedungenen Miethzeit von dem Käufer nicht ausgetrieben werden konnte.<sup>4)</sup> Jetzt ist das römische Recht auch in dieser Beziehung zur gemeinrechtlichen Geltung gelangt; doch ist in Particularrechten das Princip des einheimischen Rechts nicht selten beibehalten worden.<sup>5)</sup> Dasselbe ist aber nicht über

3) Glück, Commentar XVIII. §. 11—19.

4) Sydffe Lov B. II. Cap. 32. §. 3. vgl. Paulsen, Lehrbuch §. 99. — Ostfr. Landr. Th. II. Cap. 270. — Verm. Sachsenp. (Ortloff) B. IV. Cap. 4. Dist. 5. — Goslar. Stadtr. (Götschen) §. 24. §. 19 ff. — Zürich. Rathserkenntniß v. 1487 bei Bluntzschli, Staats- und Rechtsgeschichte v. Zürich II. §. 279.

5) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 9. Art. 13. „Wann einer sein Haus auff ein oder mehr Jahr verheuret hat, und mittler weile dasselbige verpfendet, verkauft, oder sonst alienirt: So sol solcher Contract allezeit dem Heurer an seinem habenden Rechte und noch restierender Zeit, unvorfenglich sein.“ — Lüneburg. Stadtr. Th. II. Tit. 15. — Mainz. Landr. Tit. 27. §. 3. (Ueber die Frankf. Reformation Th. II. Tit. 14. §. 11. vgl. Souhay, Anmerkungen I. §. 323—26.) — Pr. A. L. R. a. a. O. §. 350. „Auch innerhalb der contractmäßigen Zeit muß der Pächter oder Miether sich die Aufkündigung gefallen lassen, wenn der Fall einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung der Sache eintritt. §. 358. Durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nicht geändert.“ — Das Oesterr. Gesetzb. läßt hier dasselbe Mittel wie bei dem Näherrecht zu, s. §. 1095. „Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist; so ist

seine ursprüngliche Bedeutung auszudehnen; es schützt nur den Miether gegen das einseitige Kündigungsrecht des Käufers, so daß er nicht allein auf eine Entschädigungsklage gegen den Vermiether angewiesen ist; in andern Beziehungen wird aber die Dinglichkeit des Rechtsverhältnisses dadurch nicht begründet.<sup>6)</sup> — Auch sonst kommen noch hie und da bei der Mieth von Grundstücken abweichende Bestimmungen vor, z. B. ein Pfändungsrecht des Vermiethers an den Effecten des Miethers, besondere Regeln über die Relocation; doch sind sie vereinzelt und lassen sich mit älteren Rechtsgrundsätzen in keine sichere Verbindung bringen.<sup>7)</sup>

II. Die Dienstmieth. Dieselbe scheidet sich in die *locatio conductio operarum* und *operis*; es wird später noch wiederholt sich die Gelegenheit bieten, auf diese Vertragsverhältnisse in ihrer besonderen Anwendung zurückzukommen.

Nur das Gesinderecht ist hier zu erörtern, denn obgleich der Inhalt desselben nicht rein obligatorisch ist, da der Dienstbote in eine allgemeinere Abhängigkeit zu der Brodherrschaft tritt und sich der Hausordnung fügen muß, so hängt doch die

---

das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß.“

6) Mittermaier, Grundsätze II. §. 292. — Wie Albrecht, *Gewere* S. 278. Note 798. annehmen kann, der Grundsatz: Kauf bricht nicht Mieth, schliesse sich an die allgemeinen Principien über die gemeine *Gewere* an, ist mir nicht klar. Denn es wird doch zuletzt auf eine Collision der *Gewere* durch Auflassung, aber ohne Besitz, und der *Gewere* auf Grund eines Vertrags hinauskommen, und da läßt sich nicht wohl einsehen, warum die letztere nach allgemeinen Principien vorgehen soll. Ein Widerspruchsrecht gegen die Vornahme der Auflassung hatte der Miether natürlich nicht, s. *Berm. Sachsensp. a. a. D.*

7) Ueber das Pfändungsrecht s. Auer, *Stadtrecht von München* S. LXXI., vgl. Paulsen *a. a. D.* §. 99., über die Relocation im Allgemeinen Glück, *Commentar* XVII. S. 274 ff. Von der Abtretung der Gutspachtung (Pachtabstand) ist im *Landwirthschaftsrecht* zu handeln; über die Cession des Pachtcontracts durch den Verkäufer an den Käufer s. Heise und Croy, *juristische Abhandlungen* II. Nr. 10.

Dauer des Verhältnisses von der freien Willensbestimmung der Betheiligten ab, was die dem Familienrecht zugewandte Seite desselben als die untergeordnete erscheinen läßt. Der Vertrag stellt sich vielmehr als das herrschende Princip dar, wenn auch Sitte und Herkommen oder das Gesetz ihm eine bestimmte Richtung geben und genauere contractliche Verabredungen zu ersetzen pflegen, wodurch wieder in Verbindung mit den Ansprüchen der Herrschaft auf Aufrechterhaltung der Hausordnung für manche Beziehungen statt der Zuständigkeit der ordentlichen Civilgerichte die der Polizeibehörden begründet wird. Im Allgemeinen aber unterscheidet sich die rechtliche Lage des Gesindes von der anderer Personen, welche gleichfalls ihre Dienste vermietthen, theils durch die Beschaffenheit der übernommenen Arbeit, theils durch das nähere Verhältniß zur Herrschaft, indem es nicht allein in deren Kost und Lohn steht, sondern auch dem Haushalte derselben angehört.<sup>8)</sup>

Weil aber Sitte und Herkommen und die besonderen Verhältnisse der verschiedenen Gegenden auf das Gesinderecht einen so überwiegenden Einfluß ausüben, so eignet sich das gemeine Privatrecht nicht für eine genauere Darstellung desselben<sup>9)</sup>, und wo die Particulargesetzgebung umfassende Normen aufgestellt hat, tragen dieselben zum Theil den Charakter polizeilicher Vorschriften an sich.<sup>10)</sup> Bestimmungen über ein Vorzugsrecht

8) Vgl. Volksrecht und Juristenrecht S. 144—46.

9) Desferr. Gesetz b. §. 1172. „Die Rechte und Pflichten zwischen den Dienstherrn und dem Dienstgesinde sind in den besonders darüber bestehenden Vorschriften enthalten.“

10) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 5. An die Stelle dieser Vorschriften und der einzelnen Provinzialgesindeordnungen ist später für den Theil der Monarchie, in welchem das A. L. R. Gültigkeit hat, die Gesindeordnung v. 8. Nov. 1810 getreten; für Neu-Vorpommern und Rügen gilt eine besondere Gesindeordnung v. 11. Apr. 1845. Vgl. Koch, Lehrbuch II. §. 780—88. Ueber andere Particularrechte s. Paulold, Lehrbuch §. 95—104. — Meyser, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 453. — Grefe, Zeitsfaden §. 113. — Steinacker, braunschweig. Privatrecht §. 32—36. — v. Kampß, mecklenburg. Civilrecht §. 141. — Paulsen,



des Liedlohns im Concurse <sup>11)</sup>, über die Verpflichtung der Herrschaft, sich wenigstens vorläufig des erkrankten Gesindes anzunehmen <sup>12)</sup>, über die Ehe des Diensthoten als Grund, das Dienstverhältniß von seiner Seite aufzuheben <sup>13)</sup> u. s. w. wiederholen sich meistens in den verschiedenen Rechtsquellen, wenn auch mit manchen Abweichungen. Im Allgemeinen ist an dem Grundsatz festzuhalten, daß das Gesinde der Herrschaft zum Gehorsam verbunden ist, daß ihm aber nichts Unehrbares, Gefesz- und Vertragswidriges zugemuthet werden darf, und die wechselseitigen Beziehungen nach den Regeln der Sitte und des guten Glaubens zu beurtheilen sind. Ein Züchtigungsrecht der Herrschaft ist nur da anzunehmen, wo es ausdrücklich eingeführt ist, und selbst dann darf es nicht in einer Weise ausgeübt werden, daß Gesundheit oder Ehre des Diensthoten darunter leiden. <sup>14)</sup> Auch Beleidigungen und Schmähungen, welche die

---

Lehrbuch §. 107. Eine fleißige Arbeit ist G. P. F. Mölling, Versuch einer systematischen Darstellung des holsteinisch-deutschen Gesinderechts. Oldenburg 1832. Vgl. überhaupt Ortloff, Grundzüge S. 560—61.

11) Mittermaier, Grundsätze II. §. 294. Note 24. nimmt für dieß, schon im Sächf. Landr. B. I. Art. 22. anerkannte Vorzugsrecht ein allgemeines Gewohnheitsrecht an.

12) Gewöhnlich wird ein Unterschied gemacht, ob sich der Diensthote die Krankheit im Dienste zugezogen hat oder nicht, und im ersteren Fall der Herrschaft die Verpflichtung auferlegt, für seine Kur und Verpflegung zu sorgen, s. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 86. 87. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 9. Art. 8.

13) Sächf. Landr. B. II. Art. 33. — Lübfch. Stadtr. B. III. Tit. 8. Art. 5. — Hamburg. Stadtr. a. a. D. Art. 4.

14) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 37. — Eichhorn, Einleitung §. 328. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 294. Von viekfachem Interesse ist folgende Stelle des Kaiserrechts (Endemann) B. II. Cap. 28. „Ein iglich man, dem got hat beschert, daz er hat gefinde, beide magede und knechte, der en hat kein recht uber sie nit, dan alz vil alz im ir dienst gewellet um sinen lon. und komt ez also, daz sich zorn under in hebet, wez dan die schulde ist, der mag dem andern urloub geben mit rechte, un geht die unschulde den knecht an, so sal der herre im sinen verdienten lon geben, ab er von im wil scheiden, ist aber die schulde des knechtes, un were gern von deme heren, des en hat

Herrschaft dem Diensthöten zufügt, sind strafbar, wenn auch das allgemeine Abhängigkeitsverhältniß desselben bei der Beurtheilung des einzelnen Falles in Betracht zu ziehen ist.<sup>15)</sup>

## §. 127.

## Das zinsbare Darlehen.

Obgleich die Zinsverbote des kanonischen Rechts schon früh bei den Deutschen Geltung erhielten<sup>1)</sup>, so war dieß doch für den Geschäftsverkehr von geringer Wichtigkeit, weil im Allgemeinen das Rentengeschäft und das nutzbare Pfand die Stelle des zinsbaren Darlehens vertraten, und die Gelegenheit zur vortheilhaften Anlegung von Capitalien gewährten.<sup>2)</sup> Für beide Geschäfte bestand kein gesetzliches Maaß des jährlichen Ertrags, so daß die Gelder oft zu sehr hohen Procenten angelegt wurden.<sup>3)</sup> Als daher die Reichsgesetzgebung darauf bedacht war, überhaupt dem Wucher zu steuern, und eine Reihe von Verträgen aus diesem Grunde verbot, wandte sie auch ihre Aufmerksamkeit auf den Kaufpreis der Renten, und setzte als das höchste Maaß desselben fünf Procent fest, verfügte auch, daß die Kündigung nicht von dem Capitalisten (dem Rentenkäufer), sondern

---

er kein recht, wan er muz dem heren dienen, biz an die zit, die er gedingt hat. legt auch der here sine hende an den knecht mit unschulde zu zorne und zu slahen, dez muz er dem keiser verbuzzen. Sint der keiser in des riches recht gesc. (schriben) hat: wer umb lon gewonnen ist, den ensal man nit unrecht tun; un me ist auch gesc. (schriben) von dem keiser: wer siner erbait lebt, der sal des riches Frid han.“

15) v. Bülow und Hagemann a. a. O. — Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 294.

1) Capit. ai 806. cap. 1. (Pertz, L. L. I. p. 144.) — Capit. Langob. ai 813. cap. 10. (l. c. p. 193.) — Capit. Olonn. ai 825. cap. 5. (l. c. p. 249.) — Capit. Wormat. ai 829. cap. 20. (l. c. p. 343.) — Capit. Picin. ai 850. cap. 19. (l. c. p. 404.) — Glossen zum Sächf. Landr. B. I. Art. 54.

2) S. oben §. 95.

3) Bis zu 14 Procent; s. v. Meiern, Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zins-Thalers in Deutschland (Hannover 1732. 4.) S. 69—109. — Kraut, Grundriß §. 145. Nr. 71—77.

nur von dem Schuldner ausgehen dürfe.<sup>4)</sup> In dieser letzteren Vorschrift liegt schon eine Andeutung, daß man den Rentenkauf durch Nebenverträge in das zinsbare Darlehen umzusetzen versuchte, und wenn auch die Reichsgesetzgebung und die Praxis der Reichsgerichte einer solchen Umwandlung des Geschäfts entgegentraten, so zeigte sich doch das Bedürfniß des gesteigerten Verkehrs mächtiger als dieses Bestreben. Schon in der zweiten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts ließen einzelne Landesgesetze eine Zinsvereinbarung bei dem Darlehen oder doch bei den Theilen die Kündigung beim Rentenkauf frei<sup>5)</sup>, und die Reichsgerichte gestatteten wenigstens bei dem Verzuge dem Gläubiger, sein Interesse, und zwar in der Regel zu fünf Procent, zu liquidiren, was denn auch die Anerkennung der Gesetzgebung

4) Zuerst wurde im R. A. v. 1500. Tit. 32. (R. S. II. S. 81.) dem Reichsregiment überlassen, „der Wiederkauff halben ziemliche Form, Maas und Ordnung fürzunehmen und zu machen.“ Dann bestimmte die R. P. D. v. 1530. Tit. 26. §. 8. (a. a. D. S. 342.) „Und nachdem die Wiederkauffs-Gülden, allenthalben in Landen gemein seynd, so soll hinfürter von dem Hundert nicht mehr dann fünff, wie gebräuchlich gegeben und genommen werden. — was darüber gegeben, genommen und gehandelt, wöllen Wir, daß selbig für wucherlich geacht und gehalten, und wie obgemelbt, gestrafft werde.“ Das wurde dann später noch bestimmter dahin wiederholt, „daß mit hundert Gülden Haupt-Gelds nicht mehr dann fünff Gülden, jährlicher Gülden, — gekauft werden, und die Loskündigung der Gültverschreibung auff Wiederkauff, wie Wiederkauffs-Recht, bei dem Verkaufer und nicht bei dem Kaufer stehen, unangesehen, wie dieselbige Gültverschreibung gestellt ist, und was darüber gegeben, genommen oder gehandelt, daß dasselbig und alle andere unziemliche Pacta und Geding, für wucherlich und unkräftig geacht, gehalten, und von dem Richter nicht darüber erkennt oder geurtheilt, sondern wie obgemelbt, gestrafft werden soll.“ S. R. P. D. v. 1548. Tit. 17. §. 8. (a. a. D. S. 597.) — R. P. D. v. 1577. Tit. 17. §. 9. (a. a. D. III. S. 387.) vgl. Tit. 20. §. 6.

5) Das Edict Erzbischofs Heinrich von Bremen vom Jahre 1580, über welches D. Mevius seinen Commentar schrieb (s. unten Note 9.), gestattet den Eingeseffenen ausdrücklich gegen die R. P. D. sechs Procent zu verschreiben und dem Käufer (Gläubiger) die Kündigung frei zu lassen. Es wird dabei auf den gleichen Gebrauch der benachbarten Fürstenthümer, Lande und Städte Bezug genommen. Die Frankfurter Reforma-

fand.<sup>6)</sup> So machte sich das zinsbare Darlehen allmählich freie Bahn<sup>7)</sup>, und das Unglück des dreißigjährigen Krieges nöthigte auch die Reichsgesetzgebung, indem sie für die während desselben entstandenen Schulden Vorsorge treffen wollte, auf Renten und Zinsen aus Darlehen gleichmäßige Rücksicht zu nehmen, und für beide die schon früher angenommenen fünf Procent als das gesetzliche Maaß aufzustellen.<sup>8)</sup>

Von nun an konnte das kanonische Zinsverbot sich in keiner Weise mehr halten. Hatte auch die Reichsgesetzgebung das zinsbare Darlehen nur mittelbar und für eine bestimmte Zeit anerkannt, so legte die Praxis doch ihrer Verfügung einen allgemeineren Sinn unter, und wandte die früheren Vorschriften über das gesetzliche Maaß des Rentenpreises als allgemeine Norm über den Zinsfuß an.<sup>9)</sup>

---

tion Th. II. Tit. 11. §. 10. 11. erkennt das zinsbare Darlehen unumwunden an; über den schwer zu vereinigenden Inhalt beider §§. vgl. Souchay, Anmerkungen I. S. 263—67.

6) R. D. A. v. 1600. §. 139. (R. S. III. S. 494.). Vgl. Gaill, pract. observatt. II. obs. 5. nr. 14. 15.

7) Das Württemb. Landr. v. 1610. Th. II. Tit. 1. steht noch auf dem Standpunkt des R. D. A.'s, aber bereits im Jahre 1620 wurde es gestattet, Geld um einen gewöhnlichen landläufigen Zins auszuleihen, der dann später auf fünf-Procent festgestellt wurde; s. Wächter, Handbuch I. S. 496—500. Die Nassau-Kapenelnbogische Landesordnung von 1616. Th. I. Cap. 9. §. 7. erlaubt bei dem Darlehen Zinsen (fünf bis sechs Procent), und so noch viele andere Statuten des 17. Jahrhunderts.

8) Die Aussicht auf eine allgemeine Anordnung wegen der Schulden aus den Kriegszeiten gab das J. P. O. art. VIII. §. 5. De indaganda etc. (R. S. III. S. 591.), und darauf erfolgte, nachdem die Reichsgerichte mit ihren Gutachten gehört waren, die Vorschrift des J. R. A. v. 1654. §. 174. (a. a. O. S. 672.). Die erwähnten Bedenken und das Reichsgutachten mit dem Protokoll des Fürstenrathes s. bei v. Meiern a. a. O. Beilagen Nr. 4—10.

9) D. Mevius, rechter Verstand, sonderbahrer Nuß und rechtliche Uebung des Herzogthums Bremen Constitution von wucherlichen Contracten Th. I. Cap. 6. §. 9. Cap. 7. §. 7. Diese Schrift ist nach des Verfassers Tode herausgegeben von dessen Erben, Wismar 1671. 4.

I. Die allgemeine Bedeutung der hier geschilderten Rechtsentwicklung geht über den Kreis des Darlehens hinaus. Bei der Aufnahme des römischen Rechts im funfzehnten und sechs- zehnten Jahrhundert hatte das kanonische Zinsverbot es ver- hindert, daß auch die römische Lehre von den Zinsen in Deutsch- land zur Geltung kam. Mit der Hinwegräumung des Hinder- nisses stand der Aufnahme jener Lehre kein Bedenken mehr entgegen, sie ist nachträglich durch das Gewohnheitsrecht erfolgt, indem nur für die Höhe des Zinsfußes selbständige Normen aus- gebildet wurden. Die übrigen Vorschriften des römischen Rechts über Zinsen, insbesondere auch das Verbot der Zinsen von Zinsen (Anatocismus) und der Steigerung rückständiger Zinsen über den Verlauf des Hauptstuhls (ultra alterum tantum) sind zur gemeinrechtlichen Geltung gelangt.<sup>10)</sup>

II. Der gesetzliche Zinsfuß des gemeinen Rechts beträgt fünf Procent. Doch sind ausnahmsweise höhere Zinsen ge- stattet, z. B. bei gewagten Geschäften, unter Kaufleuten, bei Wechselfn<sup>11)</sup>, und auch hiervon abgesehen ist der sechste Zins- thaler zwar unerlaubt, begründet aber noch keinen Bucher.<sup>12)</sup> Auch haben Particularrechte, zunächst wohl auf Grund der

---

10) Thibaut, System I. §. 197. 198. — Mittermaier, Grund- sätze II. §. 275. — Dagegen hält Glück, Commentar XXI. §. 109 ff. §. 119. inconsequenter Weise die usurae ultra alterum tantum für erlaubt, während er für den Anatocismus das römische Verbot anwenden will. Ueber letzteren s. noch Seuffert, Archiv II. Nr. 150.

11) Deutsche Wechselordnung §. 50. 51.

12) Mehr hat v. Meiern in der angeführten Schrift nicht dargethan. Dieselbe bezieht sich übrigens zunächst auf einen Proceß zwischen v. Knigge und Sachsen-Eisenach, und hat zu weiteren Erörterungen geführt, s. Resu- tation derer Meierischen Gedanken u. s. w. Frankf. und Leipzig 1734. 4. — Antwort auf die s. g. Resutation u. s. w. Hannover 1734. 4. — Anhang zur Antwort u. s. w. s. l. 1735. 4. — Die Particularrechte, welche dem gemeinen Rechte folgen, weichen übrigens in der rechtlichen Beurtheilung des sechsten Zinsthalers unter einander ab; während z. B. in Braunschweig auf Zurückerstattung erkannt wird (Steinacker §. 102.), kann er in Mecklenburg nur nicht eingeklagt werden, s. v. Kampz,

römischen Vorschrift, sechs Procent allgemein als ein erlaubtes Zinsmaaß anerkannt.<sup>13)</sup> Der Begriff des gesetzlichen Zinsfußes begreift übrigens sowohl die erlaubten wie die landüblichen Zinsen: erstere bestimmen das Maaß rechtsgültiger Zinsbedingungen, letztere stellen die gesetzliche Regel dar, welche ohne besondere Verabredung zur Anwendung kommt, z. B. bei Verzugszinsen. Einzelne Particularrechte haben jedoch für beide ein verschiedenes Maaß aufgestellt.<sup>14)</sup>

III. Es ist früher des Rentenkaufs in seinem Uebergange zum modernen Hypothekenrecht erwähnt worden<sup>15)</sup>; hier sehen wir ihn sich in das zinsbare Darlehen auflösen. Das letztere Geschäft beherrscht seitdem den Geldverkehr, wird aber freilich nach der Einführung der allgemeinen Wechselfähigkeit durch die deutsche Wechselordnung einen Theil seines Einflusses an die formelle Vertragsform wieder abgeben müssen, wie auch das Mutuum des römischen Rechts häufig in den Kreis der Sti-

---

Civilrecht §. 114. Note 10. Vgl. Eivers, pract. Arbeiten Nr. 5. — In Württemberg ist das Verbot des sechsten Zinsgulden im Jahre 1806 aufgehoben worden, s. Meyser II. §. 404.

13) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 1. Art. 4. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 12. §. 6. — D. Mevius a. a. D. I. Cap. 6. §. 8. In manchen Ländern hat die Gesetzgebung je nach dem Bedürfnis des Geldverkehrs sehr geschwankt, s. v. Kampß a. a. D. §. 114.

14) Oesterr. Gesetzb. §. 994. „Durch Vertrag können bey einem gegebenen Unterpfande fünf, ohne Unterpfand sechs vom Hundert auf ein Jahr von Jedermann bedungen werden. Dieses Maß der erlaubten Vertragszinsen ist auch dann zu verstehen, wenn zwar Zinsen bedungen, aber ihr Betrag nicht bestimmt worden ist. §. 995. Wenn jemanden Zinsen, ohne ausdrückliche Bedingung, aus dem Gesetze gebühren, so sind vier von Hundert, und zwischen den von den Behörden berechtigten Handelsleuten und Fabrikanten bey einer aus einem eigentlichen Handelsgeschäfte entsprungenen Schuld sechs von Hundert auf das Jahr als die gesetzmäßigen zu entrichten.“ Ueber Preußen, wo fünf Procent die Regel der erlaubten und landüblichen Zinsen bilden, s. Koch, Lehrbuch II. §. 463. — Daß übrigens, wenn Zinsen schlechtthin bedungen sind, das höchste Maaß der erlaubten und nicht die landüblichen angenommen werden sollen, ist als eine singuläre Vorschrift des Oesterreichischen Gesetzbuchs anzusehen.

15) S. oben §. 95. Note 23—25.

pulation hineingezogen ward. Im Allgemeinen ist nun freilich das Mutuum in seiner römischen Gestalt und also als Realcontract bei uns aufgenommen worden; es erstreckt sich auch nicht allein auf Geldanleihen, sondern kann auch über andere fungibele Sachen geschlossen werden.<sup>16)</sup> Indessen ist doch ein wesentlicher Unterschied zwischen dem heutigen und dem römischen Rechte darin begründet, daß wir es auch in diesem Falle mit einem bonae fidei negotium zu thun haben<sup>17)</sup>, was sich denn unter Anderem dadurch wirksam erweist, daß eine Zinsberebung durch einen Nebenvertrag hinzugefügt werden kann. — Das Darlehen selbst wird freilich erst durch die Uebergabe der Sache vollendet. Dieß schließt aber die Möglichkeit nicht aus, daß sich die Betheiligten durch eine Vertragsberebung über die künftige Abschließung des Geschäftes bindend vereinigen, und also eine Klage beziehungsweise auf die Herausgabe und die Annahme der Sache erwerben (pactum de mutuando).<sup>18)</sup> Dabei muß jedoch vorausgesetzt werden, daß bei einem Geschäft, welches sich auf Vermögensverhältnisse bezieht, auch wirklich ein schätzbares Interesse für den einen oder den andern Theil besteht. Während man ein solches z. B. für den Darleiher, welcher die

16) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 653. „Das eigentliche Darlehen ist ein Vertrag, vermöge dessen jemand gangbares ausgemünztes Geld, oder geldwerthe an jeden Inhaber zahlbare Instrumente, unter bedingener Wiedererstattung in gleicher Qualität und Quantität, einem Andern zum Verbrauch übergibt. §. 653. Sind Sachen, welche nicht unter die Gegenstände des eigentlichen Darlehens gehören, mit der Bedingung gegeben worden, daß eben so viel Sachen von gleicher Art und Beschaffenheit zurückgegeben werden sollen, so finden in der Regel alle wegen des eigentlichen Darlehens ertheilten Vorschriften Anwendung.“ Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung III. S. 181—82. — Oesterr. Gesetzb. §. 984. „Ein Darlehen wird entweder in Geld oder in andern verbrauchbaren Sachen, und zwar ohne oder gegen Zinsen gegeben. Im letztern Fall nennt man es auch einen Zinsvertrag. §. 985. Ein Gelddarlehen kann klingende Münze, oder Papiergeld, oder öffentliche Schuldscheine (Obligationen) zum Gegenstände haben.“

17) S. oben Band I. §. 53. Note 10.

18) Glück, Commentar XII. S. 1. 2.

Sache unentgeltlich hergeben will, nicht annehmen kann, wird es umgekehrt auch bei dem, welcher die Sache empfangen soll, fehlen, wenn er sich nicht ausbedungen hat, daß er dieselbe wenigstens eine gewisse Zeit unkündbar behalten darf. Unter dieser Voraussetzung muß aber nach dem allgemeinen Princip der heutigen Vertragslehre ein solches Uebereinkommen für bindend und rechtsbeständig angesehen werden, und die Klage und folgeweise das Urtheil ist zunächst auf die Erfüllung desselben zu richten, wenn auch bei der etwa sich ergebenden Unmöglichkeit der Vollstreckung, die aber doch nicht unbedingt anzunehmen ist, der Gegenstand des Streites sich zuletzt in die Leistung des Interesse auflösen wird. Eine Schwierigkeit ist freilich nicht zu verkennen. Es kann sich nach dem Abschluß der Vertragsbere- dung die Sicherheit des Empfängers so verschlimmert haben, daß der Darleiher unmöglich noch geneigt sein wird, das Ge- schäft auszuführen, ja der erstere kann ja geradezu zahlungs- unfähig geworden sein; — soll nun das Uebereinkommen doch aufrecht erhalten werden? Die neuere Gesetzgebung hat auf diesen Umstand besondere Rücksicht genommen, und wenn er eintritt, den Darleiher seiner Verbindlichkeit enthoben<sup>19)</sup>; aber auch nach gemeinem Recht wird sich, wenn wirklich die Rück- zahlung, auf welche ja der Zweck des Hauptgeschäftes gerichtet ist, durch neue Thatfachen gefährdet erscheint, wegen des Weg- fallens der im Vertrage enthaltenen Voraussetzung<sup>20)</sup> mit der exceptio doli helfen lassen. Es darf aber über diese Erwägung doch auch nicht verkannt werden, daß Verabredungen über ein Darlehen oft längere Zeit vor der Auszahlung getroffen werden; daß die Betheiligten, auf solche Zusicherungen gestützt, ihre Ge- schäfte zu ordnen pflegen, und daß nicht bloß die abstracte

19) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 654–60. Vgl. Bornemann a. a. D. S. 141–43. — Desferr. Gesetzbuch §. 936.

20) Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraus- setzung. Düsseldorf, 1850. — Rudorff bei Puchta, Pandekten (6. Aufl.) §. 63. Note 1.



Regel von der allgemeinen Verbindlichkeit der Verträge, sondern auch der gute Glaube im Geschäftsverkehr und der den materiellen Interessen zu gewährende Schutz die Aufrechterhaltung solcher Vereinbarungen erfordern.<sup>21)</sup>

### §. 128.

#### Die Bürgschaft.

Das ältere deutsche Recht verstand unter der Bürgschaft die Uebernahme der Verpflichtung, für einen Anderen zu haften und insbesondere eine fremde Schuld zu bezahlen. Dabei konnte der Bürge mit seiner Person (Leibbürge, Geißel<sup>1)</sup>) oder kraft des Gedinges mit seinem Vermögen für den Andern eintreten. Die erste Form des Geschäftes ist in privatrechtlichen Verhältnissen ganz untergegangen; aber auch die Vermögensbürgschaft hat ihre eigenthümlich deutsche Ausbildung verloren, und ist von dem verwandten Institute des römischen Rechts verdrängt worden, nachdem dieses die Natur eines besonderen Formalcontractes verloren hatte.<sup>2)</sup> Indessen ist das deutsche Recht in dieser Lehre nicht ohne allen Einfluß geblieben.

I. Der deutsche Bürge haftete als Selbstschuldner, so daß ihm die Einrede der Vorausklage gegen den Gläubiger nicht zustand.<sup>3)</sup> Dieser Grundsatz gilt freilich in seiner Allgemeinheit

21) Vgl. im Allgemeinen §. 110. und \*Seuffert, Archiv II. Nr. 165. — IV. Nr. 32. — Flach, Entscheidungen des herzoglich Nassau. Oberappellationsgerichts in Wiesbaden III. Nr. 16. Die Gründe, aus denen von dieser letzteren Erörterung in einzelnen Beziehungen abgewichen ist, ergeben sich aus dem im Text Gesagten; s. auch Band I. S. 270. Note 11.

1) Grimm, Rechtsalterthümer S. 619.

2) Brinkmann, wissenschaftlich praktische Rechtskunde I. Nr. 46.

3) Sächf. Landr. B. III. Art. 85. §. 3. „Svie bürgen sat also, dat he selve gelde oder sin bürge vor ine, mach he't vulbringen dat he't vergulden hebbe, he hevet sine bürgen geledeget. §. 4. Swie aver bürge wert vor den anderen und lovet en besceiden gelt to geldene, dat mut he

Im heutigen Rechte nicht mehr; er kommt aber noch zur Anwendung, wenn sich der Bürge als Selbstschuldner verpflichtet, — eine Auffassung, welche nicht allein in zahlreichen Particularrechten anerkannt ist, sondern auch die gemeinrechtliche Begründung für sich hat.<sup>4)</sup>

II. Im älteren deutschen Rechte findet sich ein dem Gesamteigenthume entsprechendes Obligationsverhältniß, welches in einer Mischung solidarischer und partieller Verhaftung besteht. Es können nämlich mehrere Personen sich einem Gläubiger gegenüber in der Art verpflichten, daß jeder Einzelne auf das Ganze belangt werden kann, derjenige aber, welcher zahlt, die Schuld aufhebt und nun von seinen Genossen pro rata Ersatz zu verlangen befugt ist.<sup>5)</sup> Dieß Verhältniß, auf dessen be-

---

selbe vulbringen mit getüge dat he vergulden hebbe, oder jeman von sinent halven.“ — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 382. „Wirt ein man des andern bürge, jener habt sich an dem bürgen oder an den selbstscholn. Schwelhen er wil, da hab sich an, unde ist der ander ledic.“ — Süd. Lov. B. II. Cap. 62.

4) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 6. Art. 7. — Württemb. Landr. Th. II. Tit. 5. §. 3. — Baiet. Landr. Th. IV. Cap. 10. §. 11. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 297. — Oesterr. Gesetz b. §. 1347. — Müller, Zeitschrift für deutsches Recht I. S. 341—45. — Paulsen a. a. D. IV. S. 124—47. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 295. Note 7. — Eine abweichende Bestimmung haben die Churfürstlichen Constitutionen v. 1572. P. II. const. 18.

5) Sächf. Landr. B. III. Art. 85. §. 1. „Svar mer lüde den ein geloven to samene en weregelt oder en ander gelt, al sin sie it plichtig to lestene, die wile it unvergulden is, unde nicht ir jewelf al, mer manlik also vele alse ime geboret, unde alse vern als man in dar to gedvingen mach von gerichtes halven die, deme it dar gelovet is, oder die it mit ime gelovebe, of he it vor ine vergulden hevet. §. 2. Geloven of vele lüde enem manne ene scult to geldene, unde untvan dat gelovebe mer lüde, svar man jeneme lestet, deme man gelden sal, oder mit sinen minnen maket, dar hevet man in allen gelest, den man't gelovet hadde.“ — Hamburg. Stadtr. v. 1270. (Lappenberg) VII. Art. 8. „So wor mer lude den eyn man lovet eneme manne een gelt, alle sint se dat schuldiich to geldene, unde nicht en jewelf al, mer malk (jeder) also vele, also eme to boren mach. Mer lovet lude mit sameder hand, alle de men hebben mach,

stimmtere Gestaltung die Uebernahme der Verpflichtung in der Form der gesammten Hand ohne Zweifel einwirkte<sup>6)</sup>, mußte für die Bürgschaft von besonderer Wichtigkeit sein. Es finden sich auch in späteren Statuten noch Spuren desselben, besonders in der Klausel der Bürgschaftsbestellung: „alle für Einen und Einer für alle“, oder „samt und sonders“, durch welche die Einrede der Theilung ausgeschlossen wird.<sup>7)</sup> Umgekehrt ist aber auch particularrechtlich der Grundsatz durchgeführt, daß mehrere Bürgen in der Regel nur pro rata haften, so daß ein ausdrücklicher und specieller Verzicht erforderlich ist, wenn sie der Rechtswohlthat der Theilung entbehren sollen.<sup>8)</sup>

### III. Nach älterem Rechte hafteten die Erben nicht aus

de scholen gelden to der loveden tit. Were it of also, dat he welken vordregen wolde dor vruntschop ofte dor leve, unde mochten de anderen dat getugen, dat se alle leveden unde wol gelden mochten, so (ne) scholde malk (nicht) mer (den) syn deel gelden. Mer were erer kumpane welk dot oft verarmet, de dar leveden, ofte ere erven (unde) de gelden mochten, scholden dat gud gelden alle gelik. — Lovet of vele lude eneme manne schult to geldene unde to betalende, unde untfeit (untfeit) dat lovede vele lude, unde gelt men deme men schuldic is, alle sint se ledich. Sit men of mit syneme willen, de anderen de dat lovede untfengen, de mogen den anderen nene schult geven.“ — Beide Stellen behandeln übrigens das Rechtsverhältniß, welches in der Schweiz noch von practischer Bedeutung ist, auch nach der Seite des Gläubigers hin, indem sie mehrere Personen das ungetheilte Gelübde empfangen lassen. Vgl. über das ganze Institut, welches eine genauere Untersuchung und Vergleichung mit der römischen Correalobligation verdient, Bluntzli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich II. S. 235—47. — Trummer, Vorträge II. S. 274 ff.

6) Duncker, Gesamteigenthum §. 3.

7) Vgl. Hamburger Stadtr. Th. II. Tit. 6. §. 8. 9. — Sasbeler Landr. Th. II. Tit. 4. (Pufendorf I. app. p. 15. 16.), und über die angeführte Klausel: Lüb. Stadtr. B. III. Tit. 5. Art. 2. — Würsthen. Landr. Tit. VIII. §. 2. (Pufendorf l. c. p. 73.) — Württemberg. Landr. Th. II. Tit. 5. — Hohenloh. Landr. Th. III. Tit. 15. §. 6. — Baier. Landr. Th. IV. Cap. 10. §. 13.

8) Mecklenburg. Landesreversalen v. 1621. Art. 26. — v. Kampß, Civilrecht §. 154.

der von dem Erblasser übernommenen Bürgschaft.<sup>9)</sup> Auch dieser Grundsatz hat sich noch hier und da erhalten.<sup>10)</sup>

IV. Ueber die Verbürgung der Weiber hat das deutsche Recht keine besonderen Bestimmungen, indem die allgemeinen Regeln über die Zuziehung von Geschlechtsvormündern bei wichtigeren Rechtsgeschäften auch hier zu genügen schienen.<sup>11)</sup> Nach der Aufnahme des römischen Rechts kamen nun freilich auch die weiblichen Bürgschaftsgerechtfame zur Geltung; doch wurde die Strenge derselben durch den gewohnheitsrechtlich festgestellten Grundsatz, daß ein Verzicht auf dieselben zulässig sei, wesentlich gemildert. Nur über die nothwendige Form desselben blieben Zweifel bestehen, indem man zwar den eidlich bekräftigten Verzicht nach der Auffassung des kanonischen Rechts allgemein für verbindlich hielt<sup>12)</sup>, dagegen in der Theorie schwankte, ob außerdem auch der formlos ausgestellte gültig sei, oder die Gerichtlichkeit der Handlung und die vorgängige Belehrung (Certio-

9) L. Burgund. tit. 82. §. 2. — Sächf. Weichbild Art. 107. — Verm. Sachsenf. B. III. Cap. 12. dist. 1. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 295. Note 5. — Albrecht, Gewere S. 203. Note 521. — Trummer a. a. D. S. 305—19. Das Sächf. Landr. B. I. Art. 6. §. 2., auf welches sich Eichhorn, Einleitung §. 120. für die entgegengesetzte Ansicht beruft, handelt nicht von den Erben des Bürgen, sondern von dem Fall, wenn der Erbe selbst sich verbürgt hatte. Das Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 237. a. E. sagt zwar: „Bürgschaft müezen die erben gelten“, und das mag auf die schwäbischen und bairischen Rechte eingewirkt haben, s. Auer, Stadtr. von München S. LXXIV., aber gerade in dieser Lehre hat der Spiegler, der sich ja Cap. 9. ausdrücklich auf den „Meister Adrianus“ beruft, dem römischen Recht Einfluß verstattet.

10) Nach einigen Particularrechten muß die Bürgschaft ausdrücklich auf die Erben gerichtet sein, um sie zu verpflichten, s. Mecklenburg. Landesreversalen v. 1621. Art. 25. vgl. v. Kamph a. a. D. §. 153. — Haderer Landr. Th. II. Tit. 4. Vgl. Pufendorf, observatt. jur. I. obs. 129. §. 2.

11) Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen I. Nr. 10. §. 1—3.

12) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. III. ex. 50. De efficaci mulierum intercessione cap. I. §. 9. II. §. 13.

ration) hinzukommen müßten.<sup>13)</sup> Die Praxis ist jedoch stets entschieden für diese Beschränkung gewesen<sup>14)</sup>, welche auch in die meisten Particularrechte übergegangen ist<sup>15)</sup>, indem nur für die Bürgschaft einer Regentin, sowie einer Handelsfrau für ihre Handelsgeschäfte die weiblichen Gerechtsame überhaupt nicht als gültig anerkannt werden<sup>16)</sup>, und auf das Recht der Ehefrau die bestehende Gütergemeinschaft überhaupt modificirend einwirken muß. In neuerer Zeit haben einzelne Gesetzgebungen die Ausnahmestellung der Weiber bei der Bürgschaft entweder ganz aufgehoben oder doch sehr wesentlich beschränkt.<sup>17)</sup>

## §. 129.

## Der Versicherungsvertrag.

Die neueren Gesetzbücher führen unter der Bezeichnung: gewagte oder aleatorische Verträge, Glücksverträge eine Reihe von Rechtsgeschäften auf, bei deren Definition man von dem Begriff des Hoffnungskaufs oder des Spiels ausgegangen ist<sup>1)</sup>,

13) Boehmer l. c. cap. II. §. 15—19. — Heise und Croy a. a. D. §. 12.

14) Das erkennt auch v. Bülow, Abhandlungen II. Nr. 5. S. 64. an; vgl. Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 245—46. Die Certioration erscheint in dieser Auffassung als gesetzliche (gewohnheitsrechtliche) Form, wenn sie auch aus der doctrinären Ansicht, daß man der Frau die Berufung auf einen Rechtsirrtum entziehen müsse, hervorgegangen ist.

15) Nassau-Kapenellenb. Landesordnung Cap. 15. §. 11. — Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 34. — Th. IV. Cap. 10. §. 26. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 14. §. 221—44. — Haubold, Lehrbuch §. 299 a. — Grefe, Leitfaden II. §. 118. — Paulsen, Lehrbuch §. 119. Im Einzelnen kommen freilich Abweichungen vor, s. Lübb. Stadtr. B. I. Tit. 5. Art. 7. — Frankfurt. Reform. Th. II. Tit. 16. §. 11.

16) J. H. Boehmer l. c. cap. II. §. 4. 11.

17) Oesterr. Gesetzb. §. 1349. „Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechtes jedermann auf sich nehmen, dem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht.“ — K. Sächf. Mandat v. 6. Nov. 1828. vgl. Haubold, Lehrbuch (3. Aufl.) §. 299 b. — Württemb. Gesetz v. 21. Mai 1828. vgl. Meyfcher II. §. 478.

1) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 527. „Verabredungen, nach

indem der Erfolg des Geschäftes bei der Ungewißheit der von der Einen oder von beiden Seiten übernommenen Leistung vom Zufalle abhängt. Auch die neuere gemeinrechtliche Theorie hat sich diese Eintheilung angeeignet, ohne sie jedoch für die Rechtswissenschaft fruchtbar machen zu können. Denn es werden darunter so verschiedenartige Geschäfte befaßt, daß die allgemeinen Grundsätze, welche für dieselben aufgestellt werden, ohne rechtliche Bedeutung sind, oder im Einzelnen nicht immer zutreffend erscheinen.<sup>2)</sup> Mit dem Spielvertrage fällt aber diese

---

welchen eine gewisse Sache, oder ein bestimmter Preis, gegen die Hoffnung eines künftigen, noch ungewissen Vortheils, oder gegen Ueberlassung künftiger Vortheile, die nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zwar zu erwarten, aber an sich noch unbestimmt sind, versprochen oder gegeben wird, heißen gewagte Verträge.“ — *Desterr. Gesetzb.* §. 1267. „Ein Vertrag, wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen Vortheils versprochen und angenommen wird, ist ein Glücksvertrag. Er gehört, je nachdem etwas dagegen versprochen wird oder nicht, zu den entgeltlichen oder unentgeltlichen Verträgen. §. 1269. Glücksverträge sind: die Wette; das Spiel und das Loos; alle über gehoffte Rechte, oder über künftige noch unbestimmte Sachen errichtete Kauf- und andere Verträge; ferner, die Leibrenten; die gesellschaftlichen Versorgungsanstalten; endlich die Versicherungs- und Bodmereiverträge.“ — *Code civ.* art. 1964. Le contrat aléatoire est une convention réciproque, dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Tels sont: Le contrat d'assurance; Le prêt à grosse aventure; Le jeu et le pari; Le contrat à rente viagère. — Die Schwäche der Definition des Preuß. Landrechts ist klar; die Gesetz-Revision-Commission schlug später folgende Fassung vor: „Verträge, wodurch Vortheile, die an sich oder ihrem Bezüge nach ungewiß sind, gegen etwas Gewisses oder etwas gleichfalls Ungewisses versprochen werden, heißen gewagte Geschäfte.“ *S. Penum XIV.* Entwurf. N. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 335. (Berlin 1830. 4. als *Misc.* gedruckt) S. 36.

2) Man vergleiche nur die allgemeinen Bestimmungen des Pr. N. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 528–45. — Aber auch gegen die Annahme, daß bei Glücksverträgen die Verletzung über die Hälfte nicht herüchichtigt werden soll (*Desterr. Gesetzb.* §. 1268. — *Runde, Grundsätze* §. 210.), ist zu bemerken, daß sich das nur auf den Hoffnungskauf (*ematio spei* und *rei speratae*) bezieht, hier aber bei der Unbestimmtheit des Gegenstandes zur Zeit des Vertragsabchlusses sich von selbst versteht. Wenn ferner die

Kategorie auch nicht zusammen, weil dessen Begriff weit enger und auch seine beschränkte Wirksamkeit für die anderen s. g. Glücksverträge nicht maßgebend ist. Für die Rechtswissenschaft ist daher diese Eintheilung ohne Werth, ja sie wirkt auf die unbefangene Würdigung der betreffenden Lebensverhältnisse leicht verwirrend ein, und bleibt füglich aus dem Systeme ganz ausgeschlossen.<sup>3)</sup>

Jedenfalls aber erscheint es fehlerhaft, wenn auch der Versicherungsvertrag zu den gewagten Geschäften gerechnet wird. Der Zweck desselben besteht darin, daß der Versicherer (Assicurateur) gegen einen bestimmten Preis (Prämie) eine Gefahr übernimmt, indem er den Ersatz des etwa eintretenden Schadens verspricht. Der Versicherte bringt also ein bestimmtes Opfer, um eine unbestimmte Gefahr von sich fern zu halten: er will keinen Gewinn machen, sondern nur einen Schaden von sich abwenden; der Versicherer übernimmt gegen den gewissen Vortheil die Möglichkeit eines unverhältnißmäßig großen Verlustes, und insofern hat für ihn der Vertrag allerdings einen aleatorischen Character. Aber es ist zu beachten, daß solche Geschäfte selten oder nie über vereinzelte Rechtsverhältnisse nach Art anderer Privatverträge abgeschlossen werden. Die Versicherung oder Assuranz wird vielmehr in der Art betrieben, daß dieselbe Person sie für eine größere Zahl einzelner Fälle übernimmt, welche eine Wahrscheinlichkeitsberechnung des möglichen Schadens und Gewinns zulassen, und die Prämie also als der Durchschnittspreis der übernommenen Gefahr erscheint. Dadurch kommt Stätigkeit und Solidität in das Geschäft, welches

---

Regel aufgestellt wird, daß bei gewagten Geschäften der gesetzliche Zinsfuß nicht eingehalten zu werden braucht, so gilt auch dieß nur für einzelne Verträge (Wodmerei, Leibrentenvertrag), folgt aber aus der besonderen, im positiven Recht anerkannten Natur derselben, indem das Interesse hier nicht allein auf den Ersatz für die Benutzung des Kapitals beschränkt wird.

3) von der Pfordten, Abhandlungen S. 227–29. — Wilda, Zeitschrift für deutsches Recht VIII. S. 200–7.

sich in dem modernen Leben zu einer unentbehrlichen Stütze der häuslichen Einrichtungen und der Gewerbsverhältnisse entwickelt hat. Seine erste und principielle Ausbildung hat dieses Institut aber im Seerecht erhalten; dort wird es in Beziehung auf die Seeasscuranz eine genauere Darstellung finden, welche dann auch für die anderen Arten fruchtbar zu machen ist. Hier mögen nur einige allgemeine Bemerkungen ihren Platz finden.<sup>4)</sup>

I. Die Versicherung pflegt gewerbsmäßig von eigens dazu errichteten Anstalten betrieben zu werden, welche in der Regel als Genossenschaften mit juristischer Persönlichkeit constituirt sind. Dabei macht sich aber ein wesentlich verschiedener Zweck geltend. Entweder beabsichtigt die Genossenschaft einen Gewinn aus dem Geschäfte, indem sie den Ueberschuß aus den Prämien als Dividende unter ihre Mitglieder vertheilt, oder die Versicherten selbst bilden die Genossenschaft, indem sie gemeinsam die Gefahr tragen und den Schaden des Einzelnen durch Prämien, oder durch nachträgliche Einzahlungen, die nach Berechnung des stattgefundenen Schadens ausgeschrieben werden, decken.<sup>5)</sup> Zuweilen werden die Versicherungen, besonders gegen Feuergefahr auch von Staatsanstalten übernommen; doch hat die neuere Zeit der Association freiere Bahn geschaffen.

4) Das Hauptwerk über die Lehre ist: W. Benecke, System des Affecuranz- und Bodmereiwesens 5 Bände 2. Aufl. Hamburg 1810—21. Es beschäftigt sich jedoch fast ausschließlich mit der Seeasscuranz. Unter den neueren Gesetzbüchern hat besonders das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 1934—2358. die Versicherung weitläufig behandelt, und zwar in ihrem ganzen Umfange, wobei aber manche nur für die Seeasscuranz hergebrachten Rechtsgrundsätze eine nicht unbedenkliche Ausdehnung erhalten haben.

5) Es kommen auch Anstalten mit gemischter Einrichtung vor: die Aachen-Münchener Feuerversicherungsgesellschaft z. B. verwendet einen Theil des Ueberschusses zu gemeinnützigen Zwecken, die Berliner Lebensversicherungsgesellschaft berechnet den Versicherten einen Theil als Dividende, beide beruhen aber nicht auf Gegenseitigkeit. Auf Gewinn sind gewöhnlich die Seeasscuranzcompagnien gegründet, doch nicht immer; in Neuvorpommern z. B. besteht eine solche mit dem Princip der Gegenseitigkeit, jedoch nur für Versicherungen auf Casco.



II. Der Zweck des Geschäftes ist für den Versicherten Abwendung eines Schadens, nicht aber eine Bereicherung. Daher ist die Versicherung über den Werth, eine mehrfache Versicherung und in der Regel selbst die Einrechnung des gehofften Gewinns (Versicherung auf imaginären Gewinn) in die Versicherungssumme unzulässig<sup>6)</sup>, dagegen die Rückversicherung, durch welche der Versicherer selbst sich wieder deckt, unbedenklich.

III. Der Vertrag wird schriftlich abgeschlossen, indem die Urkunde (Police) alle wesentlichen Punkte desselben enthält. Dahin gehören:

- a. der Name des Versicherten;
- b. der Gegenstand;
- c. die Versicherungssumme, welche das Maximum des zu gewährenden Schadenersatzes darstellt;
- d. die Prämie: wenn sie nicht creditirt ist, pflegt die Police auch die Quittung über die gezahlte Prämie zu enthalten;
- e. Art und Dauer der Gefahr;
- f. Unterschrift des Versicherers mit Ort und Datum<sup>7)</sup>;

IV. Gegenstand der Versicherung kann jede Gefahr sein, deren Uebernahme nicht gegen die guten Sitten oder gegen Prohibitivgesetze verstößt<sup>8)</sup>; von besonderer Wichtigkeit ist der Unterschied der See- und Landgefahr. Was die letztere anbelangt, so kommen besonders in Betracht:

- a. Versicherung gegen Feuergefahr, sowohl hinsichtlich der Gebäude, als auch der Mobilien. Jede Art der Feuergefahr, die nicht ausdrücklich ausgenommen ist, ist dabei von dem Versicherer zu tragen, also auch die durch das Gewitter<sup>9)</sup> oder

6) Die Ausnahmen finden sich vornämlich bei der Seeassuranz, s. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 1983—2000. — Heise und Croy, jur. Abhandlungen II. Nr. 17. Von der Einrechnung der Prämien in die Versicherungssumme.

7) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 2064—99.

8) a. a. D. §. 1952—53. — Duncker, Archiv für civil. Praxis XVI. S. 221 ff.

9) In Frankreich haben, wie öffentliche Blätter mel deten, Gerichte

durch den Krieg<sup>10)</sup> herbeigeführte, und zwar mit Einschluß der bei der Rettung veranlaßten Schäden und Kosten.

b. Versicherung gegen Hagelschlag; für diese sind in neuerer Zeit zahlreiche Genossenschaften errichtet und fast ohne Ausnahme auf Gegenseitigkeit gegründet;

c. Versicherung gegen Viehseuchen<sup>11)</sup>;

d. Versicherung gegen Gefahr bei dem Landtransporte.<sup>12)</sup>

e. Lebensversicherung.

Dies letztere Geschäft ist hier genauer zu betrachten, weil es für die rechtliche Beurtheilung manches Eigenthümliche darbietet. Schon das ältere deutsche Recht kannte die Einrichtung, daß einer bestimmten Person gewisse Hebungen zum lebenslänglichen Unterhalt gesichert wurden, indem man ihr an den Grundstücken, aus welchen die Ruzungen zu beziehen waren, ein dingliches Recht bestellte. In dieser Form wurde der Frau ein Leibgeding zur Wittwenversorgung gegeben, und die Gutsabtretung mit Altentheil, welche noch jetzt besonders im Bauernrechte vorkommt, beruhte auf demselben Princip, indem hier das dingliche Recht gewöhnlich in dem bei der Uebergabe des Vermögens gemachten Vorbehalte begründet wurde.<sup>13)</sup> Aber

---

sogar den Schaden, der durch Windhosen angerichtet war, unter Feuergefahr mit begriffen, weil eine solche Erscheinung elektrischen Ursprungs sei.

10) Nur wenn der Kriegschaden aus einem andern Rechtsgrunde entsteht wird (Schenkungen kommen hier nicht in Betracht), erlischt die Verhaftung des Versicherers, s. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 106. Es kommt hier das Princip zur Anwendung, daß der Zweck des Geschäftes nicht auf die Bereicherung des Versicherten geht. Ueber den Feuerschaden bei Aufruhr und Tumult, der analog zu beurtheilen ist, s. Benecke a. a. O. IV. S. 524—26. Ist nur Aussicht auf anderweitigen Ersatz, so wird der Versicherer zu zahlen haben, aber Abtretung der Ansprüche verlangen können.

11) Gesetz über die Versicherungsgesellschaften der Provinz Schlesien zur Vergütung der durch die Rindviehseuche veranlaßten Verluste. Vom 30. Juni 1841. (G. S. S. 285—87.)

12) Statuten der Berliner Land- und Wasser-Transport-Versicherungsgesellschaft v. 5. März 1850.

13) S. Lehre von den Erbverträgen I. §. 12. — II. 2. §. 43. Da

selbst ein gewöhnliches Rentengeschäft konnte, ohne daß das Princip des Instituts verletzt wurde, zu diesem Zwecke angewandt werden, indem die Dauer der Hebung auf die Lebenszeit einer bestimmten Person beschränkt wurde, — eine Abweichung von der Regel, von der sich auch schon früh Beispiele finden.<sup>14)</sup> All' diese Geschäfte bewegten sich aber ursprünglich auf dem Gebiete des Sachenrechts, wenn nicht, wie bei den altnordischen Alimentationscontracten, die Aufnahme des zu Ernährenden in die Familie des Ernährers erfolgte.<sup>15)</sup> Später hat sich auch dieß Rechtsverhältniß in andere Formen aufgelöst, und mag nun jemand sein ganzes Vermögen zur Sicherung seines Unterhaltes an einen Anderen abtreten<sup>16)</sup>, oder sich nur gegen die Hingabe einer bestimmten Sache oder einer Geldsumme lebenslängliche Renten bedingen, so wird dadurch zunächst nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß begründet, welches, abgesehen von dem Fall eines vorbehaltenen Eigenthums, erst durch die Bestellung einer Hypothek einen dinglichen Charakter bekommt.<sup>17)</sup>

---

die Gutsabtretung für die bäuerlichen Rechtsverhältnisse von besonderer Wichtigkeit und vorzugsweise ausgebildet ist, so wird sie erst später im Bauernrechte zur Erörterung kommen, wo dann auch die allgemeinere Seite des Instituts zu berücksichtigen ist.

14) Mittermaier, Grundsätze II. §. 301. — Weiske, Rechtslexikon VI. S. 652. — Pauli, Abhandlungen II. S. 202. N. St. B. Inscription v. 1332.

15) Süd. Lov. B. I. Cap. 32. Van Flaedfoeringe. — Michelsen über altnordisches Armenrecht in Falk's Granien III. S. 71 ff. — Paulsen, Lehrbuch §. 113. Vielleicht gehören auch die von Pauli a. a. O. I. S. 107. Note 170. und II. S. 202. aus dem 13. Jahrhundert angeführten Beispiele hierher; vielleicht stellt sich aber auch in diesem Falle eine Fortentwicklung der städtischen Verkehrsverhältnisse von der Gebundenheit an Grund und Boden zu freieren Geschäftsformen dar.

16) Das preussische Recht nennt nur dieses Geschäft einen Vitalizien- oder Alimentationscontract, s. Anhang zum Landrecht §. 19. Gemeinrechtlich faßt man den Begriff des contractus vitalicius gewöhnlich weiter.

17) Die ältere Einrichtung hat aber offenbar noch auf manche Ansichten der Praxis eingewirkt, wenn z. B. der bedungenen Rente eine besondere Sicherung im Concurse gewährt wird, während nach heutigem

Der Leibrentenvertrag (*contrat de rente viagère*) ist nun wissenschaftlich ausgebildet, und Gegenstand umfassender Gesetzgebungen geworden<sup>18)</sup>, wobei denn die eigenthümlichen Momente, welche bei diesem Geschäfte in Betracht kommen: die Amortisation des Capitals durch die jährliche Zahlung, der größere oder geringere Betrag der Rente nach der wahrscheinlichen Lebensdauer der berechtigten Person u. s. w. zu berücksichtigen, auch ungeeignete Analogien, namentlich aus der römischen Lehre von den *Innominatcontracten* fern zu halten waren. Weil aber der Erfolg des Geschäftes für den Schuldner von dem früheren oder späteren Tode des Rentengläubigers abhängt, so hat man dasselbe zu den gewagten Verträgen gerechnet.

Die angeführten Geschäfte haben nun ihr besonderes Ziel und ihre selbständige Bedeutung; in neuerer Zeit sind sie jedoch zum großen Theil in den Kreis der Lebensversicherungen hineingezogen worden, welche von Anstalten, die auf Grund technischer Wahrscheinlichkeitsrechnungen gegen bestimmte Einzahlungen bestimmte Vortheile an Capital oder Leibrenten gewähren, übernommen werden. Gewöhnlich wird dabei die Verfallzeit auf den Tod einer bezeichneten Person gestellt; doch kommen auch andere Formen des Vertrags vor, welche es möglich machen, daß dem Versicherten selbst die Vortheile unmittelbar zu Gute kommen. Die Verwandtschaft solcher Geschäfte mit der Versicherung gegen eine bestimmte Gefahr ist nicht zu verkennen, und daher hat man sie auch dem allgemeinen Begriff unter-

---

Recht der obligatorische Anspruch des Gläubigers nur insoweit zu berücksichtigen ist, daß der Werth, den die Leibrente zur Zeit des Concurſes hat, capitalisirt und ohne weiteres Vorzugsrecht collocirt wird. S. Eichhorn, Einleitung §. 118. Doch mag in Particularrechten die ältere Auffassung noch gewöhnheitsrechtlich ihre Geltung behauptet haben.

18) Pr. A. R. Th. I. Tit. 11. §. 606—50. — Code civ. art. 1968—83. — Dester. Gesetzb. §. 1284—86. Vgl. Im. Weber, de contractu vitalitio, quo alimenta ad dies vitae comparantur. Giess. 1706. 4. — Ph. H. Seybert, de redditu annuo praesertim vitali, tontina, et fisci viduarum liber. Francof. et Lips. 1768. 4.

geordnet. Doch stellen sich in dieser besonderen Anwendung des Affecuranzprincips Eigenthümlichkeiten dar, welche so bedeutend sind, daß sie die Natur des Geschäftes wesentlich modificiren. Selbst wenn die Versicherung gegen den Tod des Versicherten gerichtet ist, so erscheint die Gefahr, welche übernommen worden, nur der Zeit, nicht dem endlichen Eintritt nach unbestimmt, es sei denn, daß das Geschäft nur auf eine beschränkte Dauer eingegangen wird; es kommt aber außerdem in Betracht, daß die Schätzung des Interesse, welches durch die Versicherung gedeckt werden soll, nach einem Geldwerthe selten zu bestimmen ist.<sup>19)</sup> Das allgemeine Princip der Versicherung, daß sie auf Abwendung eines Schadens, nicht auf Bereicherung gerichtet sein muß, kann daher in der Regel nicht zur Geltung gelangen; höchstens ließe sich sagen, daß es in dem Werthverhältnisse der Einzahlung zu dem bedungenen Vortheile, statt in dem Werthe des versicherten Gegenstandes selbst seinen Ausdruck findet. Aber jenes Verhältniß beruht ja überhaupt nur auf einer Wahrscheinlichkeitsrechnung, welche wieder die Grundlage für den besonderen Vertrag bildet. — Das Eigenthümliche des ganzen Verhältnisses zeigt sich am Deutlichsten, wenn man die verschiedenen Wendungen, in denen dieser Versicherungsvertrag vorkommen kann, betrachtet.

1) Die Lebensversicherung im engeren Sinne. Es wird die Prämie auf einmal oder, was das Gewöhnliche ist, in jährlichen Zahlungen entrichtet, und dafür nach dem Ableben der versicherten Person die Versicherungssumme bezahlt. Der Vertrag kann aber auch auf mehrere Personen gestellt werden, so daß die Versicherungssumme verfallen ist nach dem Tode des zuerst oder des zuletzt Sterbenden. Es kann ferner jemand sein eigenes Leben zum Vortheile seiner Erben, Gläubiger oder einer anderen bezeichneten Person versichern, so daß er selbst die Prämie zahlt, oder das Leben eines Dritten; doch kommen für

19) Heise und Cropp, jur. Abhandlungen II. Nr. 17. §. 12.

den letzteren Fall, um Mißbräuchen vorzubeugen, gesetzliche Beschränkungen vor<sup>20)</sup>, welche auch für die Uebertragung der Police auf Andere angemessen sind, damit die Lebensversicherung nicht zu einer gewöhnlichen Geldspeculation ausgebeutet werde, oder gar die öffentliche Sicherheit gefährde.

2) Versicherungen auf den Fall, daß die versicherte Person ein bestimmtes Alter erreicht, s. g. Aussteuer-Versicherungen.

3) Versicherungen auf Leibrenten, Wittwengehalte und Pensionen. Hierher gehören die Wittwenkassen, welche häufig als Staatsanstalten vorkommen<sup>21)</sup>, Stiftungen mit Pfünden, welche durch Einkauf erworben werden, und die s. g. Tontinen<sup>22)</sup>. Das Eigenthümliche der letzteren Einrichtung besteht darin, daß mehrere Personen, welche einen Anspruch auf eine Leibrente haben, eine besondere Gruppe für sich bilden, so daß, wenn Einer wegfällt, den Anderen sein Antheil zuwächst, und der Längstlebende die Gesammtrente bezieht.

4) Die Sterbekassen, Todtenbeliebungen u. dgl., bei denen die Versicherungssumme zur Bestreitung der Begräbniskosten bestimmt ist.

Das Nähere entscheidet im einzelnen Fall der Vertrag, beziehungsweise das Statut der Genossenschaft. Die wenigsten Lebensversicherungsgesellschaften sind jedoch auf alle Arten des Geschäftes eingerichtet.

20) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 8. §. 1968. „Jedermann kann sein eigenes Leben versichern lassen. §. 1791. Aeltern, Kinder, Ehegatten, oder Verlobte, können für eigne Rechnung das Leben ihrer Kinder, Aeltern, des andern Ehegatten oder Verlobten, versichern. §. 1973. Außer diesem kann Niemand, zu seinem eigenen Vortheile, auf das Leben eines Dritten, ohne dessen gerichtliche Einwilligung Versicherung nehmen.“ In England verlangt man ein bestimmtes Geldinteresse und gestattet über dieses hinaus die Versicherung des Lebens eines Dritten nicht, s. *Venecken a. a. D.* S. 541.; wird dieß Princip streng zur Anwendung gebracht, so bleiben freilich wenig zulässige Fälle übrig, z. B. wenn die Gläubiger das Leben ihres Schuldners versichern.

21) Pfeiffer, Zeitschrift für deutsches Recht IX. Nr. 12. S. 440—86. Vgl. Practische Ausführungen VIII. (VII. 2.) Nr. 5.

22) So benannt von deren Erfinder Lorenz Tontin.

## §. 130.

## Spiel und Wette.

Wenn man den Unterschied zwischen Spiel und Wette auf die äußere, formelle Erscheinung, in der beide Verträge sich darstellen, zurückführen will, so ist derselbe darein zu setzen, daß bei dem Spiele gewöhnlich eine Thätigkeit der Betheiligten nach allgemein festgesetzten Regeln (Herkommen, Reglements, Lotterienplan) zur Herbeiführung der Thatsache, von deren Eintritt Gewinn oder Verlust abhängig gemacht sind, mitwirkt, während bei der Wette diese Thätigkeit ganz fehlt oder nur nach dem besonderen Uebereinkommen für den einzelnen Fall geordnet ist. Dieser Gegensatz ist aber kein nothwendiger, sondern bezeichnet nur, wie es gewöhnlich bei diesen Verträgen herzugehen pflegt; er ist aber auch rein äußerlich, ohne das Wesen der Verhältnisse irgend wie zu treffen, und daher nicht geeignet, zur Grundlage einer wissenschaftlichen Begriffsbestimmung zu dienen. Der Zweck des Spiels ist Unterhaltung, der Zweck der Wette die Entscheidung einer Meinungsverschiedenheit. Die Absicht eines Gewinns kann bei beiden Verträgen vorkommen und ist sogar bei Geldspielen gewöhnlich vorhanden, bei Wetten wenigstens nicht ausgeschlossen: aber diese Absicht darf nur zur Erhöhung des Spielreizes hinzutreten, den Ausgang der Wette pikanter machen; beherrscht sie allein den Vertrag, so tritt derselbe aus seinem natürlichen Kreise heraus, wenn auch der Begriff des gewerbmäßigen Spielens noch nicht nothwendig dadurch begründet wird.<sup>1)</sup>

I. Die Wette. Sie ist ein nach dem römischen und

---

1) Wilda, die Lehre von dem Spiel, in der Zeitschrift für deutsches Recht II. 2. S. 133—93. — Derselbe, die Wetten ebendas. VIII. S. 200—39. — v. Vangerow, Leitfaden III. S. 496—500. Die Abhandlungen von Wilda bieten außer einer sinnigen Betrachtung der Lebensverhältnisse ein reiches geschichtliches Material dar; in letzterer Beziehung ist auch zu vergleichen Trummer, Vorträge III. S. 17—31.

dem gemeinen deutschen Rechte vollgültiger Vertrag<sup>2)</sup>, auch wenn die Wettsumme, die beide Theile gesetzt haben, nicht gleich ist, — vorausgesetzt, daß der Gegenstand nicht den guten Sitten widerstreitet, daß kein Betrug vorgekommen, der aber natürlich wegen des Besserwissens des einen Theils noch nicht angenommen werden darf, und daß der Preis kein übermäßiger ist. Wenn letzteres der Fall, so steht dem Richter die Befugniß der Ermäßigung zu, wobei er alle in Betracht kommenden Verhältnisse gehörig zu berücksichtigen hat.<sup>3)</sup>

II. Das Spiel. Von civilrechtlicher Bedeutung sind nur Spiele um Geld oder Geldeswerth, diese aber nach römischem Rechte unbedingt verboten, was der deutschen Volkssitte nicht entspricht. Doch hat sich auch nach deutschem Rechte von Alters her der Grundsatz festgestellt, daß das Spielen auf Borg unzulässig sei, und eine Spielschuld kann daher nicht eingeklagt, nicht compensirt werden: sie ist überhaupt rechtlich ohne Wirkung.<sup>4)</sup> Ebenso verhält es sich, wenn Darlehen zum

2) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 129. — Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 8. — Seuffert, Archiv II. Nr. 291. 292. Die neueren Gesetzbücher behandeln die Wette im Wesentlichen wie das Spiel; s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 577—81. — Dester. Gesetzb. §. 1270—72. — Code civ. art. 1965—67.

3) Dieß hat die Praxis stets angenommen, s. Glück, Commentar XI. S. 357. — v. Bülow und Hagemann a. a. D. S. 396. — Strippelmann a. a. D. S. 155. Vgl. Wilda a. a. D. VIII. S. 230—33. Wenn v. Wangerow a. a. D. S. 499. für den Fall, daß die Wettsumme übermäßig groß ist, gar keine Klage geben will, weil aus jenem Umstande regelmäßig folge, daß keine wahre Wette, sondern ein Spiel vorliege, so ist dagegen zu bemerken, daß die Größe der übernommenen Gefahr kein wesentliches Merkmal für die Unterscheidung beider Beträge ist. Uebrigens legt v. Wangerow allerdings nach Wilda's Vorgang auf die Freude am Gewinn (nicht am Gewinnen) bei der Wette zu wenig Gewicht.

4) Sächf. Landr. B. I. Art. 6. §. 2. — Reuterbestallung v. 1570. §. 211. (R. S. III. S. 339.). — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 577. — Bornemann, systemat. Darstellung III. S. 127. — Wilda a. a. D. II. 2. S. 182. — Seuffert, Archiv I. Nr. 345. (Das hies angeführt hannoversche Urtheil nimmt freilich nur auf römisches Recht Rücksicht).



Spiele gegeben sind.<sup>5)</sup> Im Uebrigen aber unterscheidet das deutsche Recht erlaubte und verbotene Spiele, und zwar mit der Wirkung, daß der Verlust aus einem erlaubten Spiele nicht zurückgefordert werden kann, was bei dem verbotenen Spiele zulässig ist, wenn nicht dem Fiscus ein Confiscationsrecht zusteht.<sup>6)</sup> Dagegen ist auch das verbotene Spiel ohne ausdrückliche Strafandrohung nicht strafbar<sup>7)</sup>, und die Unterscheidung überhaupt bei dem Mangel besonderer Gesetze schwer durchzuführen. Der Gegensatz von Kunst-, Glücks- und gemischten Spielen wird schon durch die letztere Kategorie für die Rechtswissenschaft unbrauchbar, und nur das unverhältnißmäßig hohe Spiel ist im Allgemeinen als unerlaubt zu bezeichnen.<sup>8)</sup>

Als eine besondere Art des Spiels erscheint im Allgemeinen die Lotterie, welche als Classen- und Zahlenlotterie vorkommt. Doch wird das Eigenthümliche der Einrichtung durch diese Bezeichnung nicht genügend characterisirt. Es ist namentlich zu bemerken, daß die Lotterien entweder vom Staate unternommen werden, oder doch der Staatsgenehmigung bedürfen, und daß gewöhnlich das Spielen in fremden Lotterien oder wenigstens das Collectiren für dieselben verboten ist. Was ferner die rechtliche Natur des Lotterievertrags betrifft, welcher

5) Pr. A. L. N. a. a. D. §. 581. — Bornemann a. a. D. S. 128—29. — Wilda a. a. D. S. 190—92.

6) Die Frage, ob der Verlust zurückgefordert oder vom Fiscus eingezogen werden kann, ist sehr bestritten, s. Wilda a. a. D. S. 186—90. — Elvers, jurist. Zeitung v. 1828. Nr. 51. 119. — v. 1830. Nr. 35. 36. 83.

7) Nulla poena sine lege. A. N. ist Wilda a. a. D. S. 183.

8) Das Pr. Strafgesetzbuch §. 266—67. stellt nur das gewerbemäßige Hazardspielen und die Inhaber öffentlicher Versammlungsorter, welche das Hazardspielen begünstigen, unter Strafe, und bedroht außerdem diejenigen mit einer Polizeistrafe, welche an öffentlichen Wegen oder Plätzen oder in öffentlichen Versammlungsortern Hazardspiele halten, s. §. 340. Nr. 11. Die civilrechtlichen Beschränkungen der Spielverträge werden durch diese Bestimmungen aber nur insoweit berührt, daß der Begriff der verbotenen Spiele dadurch beschränkt worden ist.

durch den veröffentlichten Plan normirt wird, so wird derselbe in der neueren Theorie als ein Hoffnungskauf zwischen den Spielern und der Direction aufgefaßt, bei welchem der Einsatz den Kaufpreis enthält, das Loos oder Lotteriebillet die Vertragsurkunde vertritt, und die Hoffnung auf den Gewinn den Gegenstand des Kaufes bildet. Erscheint aber auch diese Auffassung nicht unbedenklich, (Geld gegen Geld setzen pflegt man doch nicht kaufen zu nennen), so ist doch die volle Rechtsbeständigkeit der vom Staate unternommenen oder von ihm genehmigten Lotteriegeschäfte nicht zu bezweifeln.<sup>9)</sup> Das Verhältnis der Direction zu ihren Collecteurs beruht auf einem Vollmachtsvertrag, der häufig jedoch mit dem Trödelvertrag vermischt ist<sup>10)</sup>; die Direction haftet für die Handlungen derselben nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre, welche auch für die Beziehungen zwischen den Spielern und der Direction, beziehungsweise den Collecteurs maassgebend sind.<sup>11)</sup> — Von der Lotterie unterscheidet sich wieder der Ausspielvertrag<sup>12)</sup>, welcher jedenfalls als Hoffnungskauf zu betrachten ist, aber nicht auf der planmäßigen Einrichtung einer dauernden

9) Vgl. überhaupt Vender, die Lotterie. Heidelberg, 1832. (Beilageheft zum 15. Bande des Archivs für die civilistische Praxis.) — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen V. Nr. 28. — Bornemann, systemat. Darstellung III. S. 107. 25. — Haubold, Lehrbuch §. 285 b. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 471. — Grefe, Leitfad. §. 119. Die Auffassung der Lotterie als eines Hoffnungskaufes erklärt sich aus dem Bestreben, das vom Staate gepflegte Geschäft als ein an sich gültiges darzustellen; vgl. Destr. Gesetzbuch §. 1274. und dazu v. Zeiller, Commentar III. S. 672—73.

10) v. Bülow und Hagemann a. a. D. S. 131—32.

11) Strube, rechtliche Bedenken IV. Nr. 160. 173. Daher gehen v. Bülow und Hagemann a. a. D. II. Nr. 46. zu weit, wenn sie denjenigen, der ein ihm übersandtes Lotterieloos nicht zurückschickt, unbedingt für den Preis des Einsatzes haften lassen.

12) C. Grolmann, Entwicklung der rechtlichen Natur des Ausspielgeschäftes. Gießen 1817. — Jo. Chr. Lange, die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft. Erlangen 1818.

Anstalt beruht, sondern die Verwerthung einzelner Sachen zum Gegenstande hat. Abgesehen von den Auspielungen zum Zweck der geselligen Erheiterung und überhaupt in Privatzielen darf ein solches Geschäft nur mit obrigkeitlicher Genehmigung veranstaltet werden; doch hängt das Nähere von den besonderen Vorschriften der Particularrechte ab.<sup>13)</sup>

### Drittes Kapitel.

#### Obligationen aus unerlaubten Handlungen.

##### §. 131.

##### Allgemeines.

Der Kreis des Obligationenrechts ist nicht mit den aus Verträgen hervorgehenden Forderungen und Schulden abgeschlossen; es können vielmehr leztwillige Verfügungen und unerlaubte Handlungen<sup>1)</sup> dieselbe Wirkung hervorrufen. Außerdem giebt es manche Rechtsverhältnisse, welche in Folge gesetzlicher Vorschrift einen obligatorischen Charakter an sich tragen, entweder auf Grund eines allgemeinen Rechtsprinzips, wie die Familienpflicht der Alimentation und Dotation, die Pflicht der Gemeinden zur Armenunterstützung, oder indem sie an zufällige

13) Koch, Lehrbuch des Preuß. gemeinen Privatrechts II. §. 679. — Steinacker, Braunschweig. Privatrecht §. 115. — Pr. Strafgesetzbuch §. 268. „Wer ohne obrigkeitliche Erlaubniß öffentliche Lotterien veranstaltet, wird mit einer Geldbuße bis zu fünfhundert Thalern bestraft. Den Lotterien sind hierbei alle öffentlich veranstaltete Auspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen gleich zu achten.“

1) Daß die Obligationen nicht die einzigen privatrechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen sind, braucht hier unter Verweisung auf die In dignitätsfälle, die beschränkte Testirfähigkeit u. s. w. nur angedeutet zu werden; s. Württemb. Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen, v. 5. Sept. 1839. und dazu Wächter im Archiv für civil. Praxis XXIII. S. 33—111.

Beziehungen der Person oder der Sache geknüpft sind, denen eine bestimmte rechtliche Wirkung beigelegt ist. — Was nun von diesen Rechtslehren dem Gebiete des Familien- und Erbrechts angehört, wird später, insofern es Stoff zur germanistischen Betrachtung darbietet, erörtert werden; ebenso ist, um das Zusammengehörige nicht zu trennen, von dem Wildschaden und dessen Ersätze im Jagdrechte zu handeln, und der Nachdruck wird in Verbindung mit dem Verlagsvertrag bei dem Buchhandel seine Darstellung finden. Hier sind daher nur vom Standpunkte des deutschen Rechts einige allgemeine Bemerkungen über die Obligationen aus unerlaubten Handlungen hervorzuheben.<sup>2)</sup>

I. Das deutsche System der Privatstrafen war schon vor der Aufnahme des römischen Rechts in der Auflösung begriffen, und daher erklärt es sich, daß die verwandten Institute der fremden Rechtsquelle bei uns keine Stätte fanden. Nur ausnahmsweise ist für einzelne Fälle das Princip aufrecht erhalten worden, z. B. in der ästimatorischen Injurienklage, der Lehenemende.<sup>3)</sup> — Ein Nachklang der alten Privatbuße findet sich ferner im Schmerzensgelde, wenn auch die technische Ausbildung des Begriffs erst dem neueren Gewohnheitsrechte angehört.<sup>4)</sup>

II. Die Lehre vom Schaden und Schadenersätze in nicht contractlichen Verhältnissen ist im Allgemeinen nach den Grundsätzen des römischen Rechts über die Lex Aquilia und deren Ausdehnungen zu beurtheilen, insofern nicht der Pönalcharacter der Klage in Betracht kommt.<sup>5)</sup> Neuere Gesetzgebungen haben

2) Vgl. Haubold, Lehrbuch §. 302—304b. — Reyscher, gemeines und württemb. Privatrecht II. §. 503—7. — Grefe, Zeitfaden II. §. 127.

3) S. oben Band I. S. 271—72.

4) P. G. D. Art. 20. — Gensler, Archiv für civilist. Praxis I. S. 143—65. — Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 13. — Seuffert, Archiv I. Nr. 220. — IV. Nr. 227.

5) Glück, Commentar X. S. 382—91. — Strippelmann a. a. D. III. Nr. 32. — Seuffert I. Nr. 66.

freilich auch für diese Lehre manches Abweichende bestimmt <sup>6)</sup>, und vielleicht würde bei genauerer Untersuchung sich ergeben, daß Einzelnes davon auch in dem gemeinen Gewohnheitsrechte seine Begründung findet. — Von besonderer Wichtigkeit, aber für das gemeine Recht noch nicht gehörig erörtert, ist die Frage, wann und in welchem Maaße der Staat und beziehungsweise die Gemeinde für den Schaden haftet, der bei Ausläufen und Tumulten durch Verletzung der Personen und des Eigenthums angerichtet wird. <sup>7)</sup>

III. Ueber die Verhaftung des Eigenthümers wegen des durch Thiere angerichteten Schadens kommen im älteren deutschen Rechte Bestimmungen vor, welche mit den Vorschriften des römischen Rechts über die *actio de pauperie*, namentlich in Betreff der Wahl des Eigenthümers zwischen Ersatz und Hingabe, manche Aehnlichkeit haben. <sup>8)</sup> Das neuere Recht ist aber von dieser Strenge abgegangen, und beschränkt die Ersatzverbindlichkeit in der Regel nur auf den Schaden, der durch an sich gefährliche Thiere oder in Folge einer Nachlässigkeit des Eigenthümers angerichtet ist. <sup>9)</sup> Besondere Rechtsgrundsätze gelten aber in Betreff des Wildschadens und der Beschädigung fremder Grundstücke und Früchte durch zahme Thiere; in letzterer Hinsicht hat das Pfändungsrecht auch im heutigen Rechtsleben noch eine selbständige Bedeutung. <sup>10)</sup>

6) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 6. — Oesterr. Gesetzb. §. 1293—1341.

7) Pr. Gesetz, betreffend die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatz des bei öffentlichen Ausläufen verursachten Schadens. Vom 11. März 1850. (O. S. S. 199—200.) — Seuffert a. a. O. II. Nr. 54. — III. Nr. 326. — V. Nr. 288.

8) Sächs. Landr. B. II. Art. 40. 62. — Schwäb. Landr. (Laßberg) Cap. 204—5. Vgl. Meyser a. a. O. §. 509. und über das ältere Recht überhaupt Kraut, die Vormundschaft I. S. 347—58.

9) Lübb. Stadtr. B. III. Tit. 11. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 6. §. 70—78. — Oesterr. Gesetzbuch §. 1320.

10) S. oben Band I. §. 55.

## Vierter Abschnitt.

### Das Familienrecht.

---

#### §. 132.

##### Einleitung.

Als die erste und ursprüngliche Grundlage des gemeinsamen Lebens, dessen weitere Entfaltungen als Gemeinde, Stamm, Volk hervortreten, stellt sich bei den Germanen die Verbindung der ehelichen Blutsverwandten in der Familie (Sippe, <sup>1)</sup> parentela) dar. Hatte sie in älterer Zeit auch noch nicht die Bedeutung einer Genossenschaft mit juristischer Persönlichkeit gewonnen, wie sie nach dem Rechte des hohen Adels im späteren Mittelalter erscheint, so machte sich doch der tief greifende Einfluß der Blutsfreundschaft in den verschiedensten Beziehungen geltend, indem sich allmählich die Sitte des Volks zu bestimmt ausgebildeten Rechtsinstitutionen entwickelte.<sup>2)</sup> In

---

1) J. Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 467. Vgl. unten §. 149.

2) Dieser Uebergang von der Sitte zum Rechte läßt sich nach verschiedenen Seiten hin verfolgen; so bildete sich der Familienrath bei Veräußerungen des Grundbesitzes zum Beispruchsrecht der nächsten Erben aus, s. Lehre von den Erbvertr. I. §. 5., während ihm in anderen Beziehungen eine solche feste Organisation bei uns leider nicht zu Theil geworden ist. Ich glaube mich nicht zu irren, wenn ich die untergeordnete Stellung, welche die Blutsfreunde der Mutter nach späterem Rechte in der Familie einnehmen, während die ältesten Quellen namentlich den Mutterbruder so hoch stellen, einer solchen Entwicklung von der Sitte zum Rechte hin zuschreibe, indem die Bedeutung des Mannsstammes sich erweiterte.

der Fehde und zur Eideshülfe, wie zur Unterstützung verarmter Genossen hält die Familie zusammen; sie haftet für das Wehrgeld, welches der Genosse verwirkt hat, bezieht es aber auch für den Erschlagenen; der einzige Grund der Erbfolge ist die Familie, und in allen wichtigen Angelegenheiten der Einzelnen und der Gesamtheit treten die Häupter des Geschlechts zum Familienrathe zusammen.<sup>3)</sup> — Die einzelnen Verwandten waren aber in ihrer Beziehung zu der Familie nicht gleichgestellt; einen wesentlichen Unterschied begründete es, ob sie männlichen Geschlechtes, vom Manne her verwandt waren (die Schwertmagen, der Mannsstamm, die Agnaten<sup>4)</sup>, oder weiblichen Geschlechtes, oder vom Weibe herstammten (die Spinnmagen, Cognaten). Auch löste sich die Gesamtsippe wieder in einzelne Gruppen auf, indem der Hausvater Frau und Kinder zu einem engeren Vereine um sich versammelte, in welchem der natürliche Einfluß elterlicher Machtvollkommenheit und der Hausgenossenschaft oder Vere<sup>5)</sup> sich geltend machte und eine besondere Rechtssphäre begründete.

Die bezeichneten Unterschiede sind aber nicht die einzigen, welche sich für die rechtliche Lage der einzelnen Blutsfreunde wirksam zeigen. Nach deutschem Rechte schied sich die ganze Bevölkerung in Freie und Unfreie; die letzteren, unfähig im Volksgerichte selbständig zu handeln, bedurften einer Vertretung, welche ihnen durch ihre Herren zu Theil ward. Ein ähnliches Verhältniß wiederholte sich in der freien Familie: Weiber und Kinder entbehrten der vollen Rechtsfähigkeit und waren auf

3) *Waig*, deutsche Verfassungsgeschichte. I. S. 198–224. — *Wilde*, das Strafrecht der Germanen. S. 370 ff. — *Michelsen*, über altnordisches Armenrecht, in *Falks* *Eraniens* III. S. 71 ff. — *Laboulaye*, recherches sur la condition civile et politique des femmes. (Paris 1843.) p. 77 — 80.

4) Bei der Uebertragung dieser römischen Bezeichnung darf nicht übersehen werden, daß die *filiafamilias* noch zu den Agnaten gehört, während nach deutschem Recht auch die Tochter Cognatin ist. Vgl. unten §. 149.

5) S. oben §. 79. Note 4.

Schutz und Vertretung hingewiesen, welche ihnen die Familie bot. Auch finden wir noch in späteren Quellen den Familienrath leitend, fördernd, überwachend in mannigfachen Beziehungen thätig<sup>6)</sup>; aber die eigentliche Vertretung als organisirte, regelmäßig wirksame Gewalt ist nur bei Einzelnen: es ist das *Mundium* (von *Munt*, die Hand<sup>7)</sup>), welches dem Eheherrn und Hausvater, in dessen Ermangelung dem nächsten Schwertmagen zusteht. Der römischen *Potestas* verwandt, trägt doch dieß Institut einen selbständigen Charakter an sich; es begründet kein einseitiges Recht des Vaters oder Vormundes (*soramoto*), und in Betreff seiner Dauer hängt es auch für den selbständig gewordenen Sohn nicht von der Willkür des Vaters ab.

In seiner ältesten Form wird nun das *Mundium* als Inbegriff der Familienmacht im Wesentlichen gleichartig gewesen sein, mochte es von dem Ehemann, dem Vater oder einem Vormunde ausgeübt werden; doch mußten sich von jeher für die einzelnen Verhältnisse wieder besondere Einflüsse geltend machen, indem in der Ehe die Stellung der Frau als der Genossin des Mannes und Mutter der Kinder nothwendig eine andere war wie die der letzteren, und dem Vater über diese wieder Rechte zustanden, welche dem Vormunde gewiß zu keiner Zeit eingeräumt worden sind.<sup>8)</sup> Allmählich traten nun die verschiedenen

6) Kraut, die Vormundschaft I. S. 30. 40 — 50. 91. 249. — II. S. 35. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 353. — Donandt, Versuch einer Geschichte des Bremischen Stadtrechts II. S. 140. — Pauli, Abhandlungen II. S. 169. — Trummer, Vorträge III. S. 168. — Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 459. — v. Rönne, die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft im Herzogthum Cleve und der Grafschaft Mark. S. 2. Vgl. den folgenden §. Note 11.

7) Grimm, Rechtsalterthümer S. 403. 465. — Kraut a. a. D. I. S. 1—7. Allgemeine Bezeichnungen der Schutzherrschaft, auch über Unfreie sind *Wogtei* (*advocatia*) und *Pflege*.

8) Man denke an das Aussetzen und Verkaufen der Kinder, s. Grimm a. a. D. S. 455. ff.



Institute immer bestimmter in ihrer Eigenthümlichkeit hervor. Schon während der Herrschaft des einheimischen Rechtes nahm die Geschlechtsvormundschaft, insofern sie nicht mit der ehelichen Vogtei zusammensiel, eine veränderte Gestalt an und verlor ihre ursprüngliche Bedeutung; aber auch die Altersvormundschaft schied sich mehr von der väterlichen Gewalt, indem sie immer entschiedener unter die Aufsicht der obrigkeitlichen Obervormundschaft gebracht wurde. Seit der Aufnahme des römischen Rechtes ist dieser Gegensatz noch weiter ausgebildet worden, und es führt nur zu Verwirrungen, wenn man an sich verschiedenartige Institute unter einen allgemeinen Begriff zu bringen sucht, die väterliche Gewalt insbesondere als eine Art der Vormundschaft behandelt. Dagegen ist nach deutscher Rechtsanschauung das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern nicht als getrennt vom Eherecht aufzufassen; die Beziehungen der Ehegatten unter einander und zu ihren Kindern sind in jeder Hinsicht und namentlich in Betreff der Güterverhältnisse so mit einander verknüpft und verwachsen, daß eine formelle Scheidung in der Behandlung dieser Lehren den inneren Zusammenhang derselben verdunkelt. Daher ist im folgenden Kapitel das Recht der Eltern und Kinder als Theil des Eherechts abgehandelt worden.<sup>9)</sup>

---

9) Das Hauptwerk, welches, reich an gründlichen Untersuchungen, diese Lehren vom Standpunkte des deutschen Rechtes darstellt, ist die angeführte Schrift von Wilh. Theod. Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes. 2 Bände. Göttingen, 1835. 47. Das Werk von Rudorff: das Recht der Vormundschaft. 3 Bde. Berlin 1832—34. behandelt nur die Vormundschaft im engeren Sinne, und zwar vorzugsweise nach den römischen Rechtsquellen.

## Erstes Kapitel.

### Das Eherecht.

#### §. 133.

##### I. Verlöbniß; Ehevertrag.

Der in den älteren Rechtsquellen ausgesprochene Grundsatz, daß der Mann die Frau zur Ehe kauft, indem er von dem Vater oder Vormunde das Mundium über sie gegen eine Zahlung erwirbt, tritt schon während des Mittelalters zurück<sup>1)</sup>; überhaupt kam die formelle Seite des Eherechts immer mehr unter den Einfluß der kirchlichen Gesetzgebung, ohne jedoch der Einwirkung nationaler Rechtsanschauungen ganz entrückt zu werden.

I. Das ältere Recht legte ein besonderes Gewicht auf das Verlöbniß (*desponsatio*), zu dessen Rechtsbeständigkeit bestimmte Formen erforderlich waren. Vor Allem wurde auf die öffentliche Abschließung desselben gehalten; sie geschah feierlich vor Zeugen oder vor Gericht<sup>2)</sup>, unter dem besonderen Schutze des Gesetzes, welches daher auch der Ehe seinen Namen gegeben hat.<sup>3)</sup> In Landesgesetzen hat sich diese Auffassung noch er-

---

1) Grimm, Rechtsalterthümer S. 420 ff. — Kraut, die Vormundschaft I. S. 171 ff. Ueber die weite Bedeutung des Kaufes in der älteren Rechtsprache s. jedoch Lehre von den Erbverträgen I. S. 134. 135. II. 2. S. 213.

2) In dem *mallum* (*mahal*), woher die Ausdrücke *Vermählen*, *Gemahl*, *Gemahlin* sich ursprünglich auf die Verlobung bezogen; s. Grimm a. a. D. S. 433.

3) *ewa*, *ea* heißt ursprünglich *Gesetz*, wie noch in der ehehaften Noth (*necessitas legitima*) hervortritt, und nur in abgeleiteter Bedeutung *Bund*, *Ehe*; s. Grimm a. a. D. 417.

halten, indem abgesehen von der Einwilligung der Eltern oder Vormünder, zur Abschließung gültiger Sponsalien eine gewisse Deffentlichkeit durch Zuziehung bestimmter Zeugen verlangt wird.<sup>4)</sup> Nach gemeinem Rechte kommen dagegen die allgemeinen Regeln über die Vertragsbereubung zur Anwendung.

II. Die volle rechtliche Wirkung der Ehe trat ursprünglich mit der formellen Abschließung derselben noch nicht ein; die Beschreitung des Ehebettes, das Beilager mußte hinzukommen, um namentlich die Standesgemeinschaft und das gesetzliche Güterrecht zu begründen.<sup>5)</sup> Auch dies Princip findet noch in einigen Particularrechten Anwendung<sup>6)</sup>, während es sich gemeinrechtlich nicht in Geltung erhalten hat.<sup>7)</sup>

III. Obgleich die Ehe selbst in ihrer sittlich-rechtlichen Bedeutung kein bloß obligatorisches Rechtsverhältniß ist, so wird

4) Pufendorf, observatt. jur. I. obs. 72. 74. 75. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen, III. Nr. 52. 53. — VI. Nr. 84. — VII. Nr. 19. — Seuffert, Archiv V. Nr. 136. — v. Rettelsbladt, Rechtsprüche V. Nr. 79. — Schriftliche Abfassung verlangt das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 82.

5) Schon in den Ausdrücken: Beschlagen der ehelichen Decke, Beschreiten des Ehebettes, consensio thalami ist es ausgesprochen, daß die Vollziehung der Ehe durch Beischlaf zu dieser Förmlichkeit nicht für nothwendig erachtet wurde. Vgl. überhaupt Sächf. Landr. B. I. Art. 45. §. 1. — Grimm a. a. D. S. 440. — Verck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 23. Note 23. — Kraut, Grundriß §. 199. Nr. 36—38. Die eheliche Vogtei, ursprünglich der Gegenstand des Kaufes, ward indessen schon nach älterem Rechte unabhängig von dem Beilager erworben, s. Sächf. Landr. Bd. III. Art. 45. §. 3., wobei es nur zweifelhaft erscheint, ob die kirchliche Trauung oder die Uebergabe der Braut das entscheidende Moment war. Letzteres nimmt Kraut, Vormundtschaft I. S. 176. ff. aus Gründen an, die Trummer, Vorträge III. S. 213. ff. nicht entkräftet hat.

6) So in Bremen (Verck a. a. D. S. 212. Note 20.) und in Lübeck, s. Pauli, Abhandlungen II. S. 2—4.

7) Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts IV. S. 391. — v. Kampß, Mecklenburg. Civilrecht, §. 189. — Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 94. — Seuffert, Archiv I. Nr. 349.

sie doch durch Vertrag begründet, der in der kirchlichen Form, beziehungsweise in dem Civilacte seinen Ausdruck findet, und entweder schlechthin auf die gesetzlichen Wirkungen abgeschlossen oder in einzelnen Beziehungen durch besonderen Verabredungen noch näher bestimmt wird. In letzterem Falle unterscheidet man von dem Ehevertrage im Allgemeinen die besondere Eheverträge (Ehezarter, Ehestiftungen, *pacta dotalia*), welche vor der Eingehung der Ehe abgeschlossen zu werden pflegen, wenn dies nach gemeinem Rechte auch nicht nothwendig ist.<sup>8)</sup>

a. Die meisten Particularrechte enthalten über die Form der Ehestiftungen genauere Vorschriften. Unabhängig nämlich von der Ansicht der älteren Theorie, daß Eheverträge, wenn sie eine Erbeeseinsetzung enthielten, nur die Kraft letztwilliger Verfügungen hätten, und auch in Betreff der Form nach deren Recht beurtheilt werden müßten<sup>9)</sup>, haben die Landesgesetze den Formalismus der Rechtsgeschäfte auf die Ehestiftung in reicher Auswahl zur Anwendung gebracht.<sup>10)</sup> Sehr häufig wird die Zuziehung der nächsten Verwandten verlangt, welche dabei gewissermaßen als Familienrath fungiren, wenn ihnen auch gewöhnlich keine bestimmten gesetzlichen Befugnisse beigelegt sind<sup>11)</sup>; auch die gerichtliche Abschließung findet sich als eine nothwendige Form vorgeschrieben<sup>12)</sup>, und zwar, zumal unter Landleuten,

---

8) L. 1. pr. L. 12. §. 1. L. 29. pr. D. de pactis dotal. — Württembergisches Landr. Th. III. Tit. 8. — Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 29. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 439. Abweichende Bestimmungen enthalten der Code civ. art. 1394. — Oesterr. Gesetzb. §. 1217. ff.

9) Darauf beruht die Unterscheidung der *pacta dotalia mixta* oder in *vim ultimae voluntatis concepta* und der *pacta dotalia simplicia* oder in *vim contractus concepta*; s. Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 14.

10) Vgl. überhaupt Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 128—35.

11) Freiburg. Stadtr. Tract. II. Tit. 2. — Solmsf. Landr. Tit. 18. — Churpfälz. rev. Landr. Th. II. Tit. 22. §. 2. — Tit. 3. §. 5. u. f. w.

12) Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 29.

mit dem ausdrücklichen Vorbehalte der Bestätigung <sup>13)</sup>, während anderswo die schriftliche Abfassung genügt. <sup>14)</sup>

b. Der Inhalt der Eheverträge kann sich über das ganze Gebiet des Eherechts erstrecken, wie denn unter dem hohen Adel bei der Ehe zur linken Hand oder der s. g. morganatischen Ehe die Standesverhältnisse der Frau und der Kinder durch dieselben festgestellt werden. Die allgemeine Schranke, welche der Privatwillkür in Verträgen gesetzt worden, ist aber auch in diesem Falle anzuerkennen, und Verabredungen, welche die guten Sitten oder Präceptivgesetze verletzen, vor Allem also solchen, welche dem wahren Wesen der Ehe widerstreiten, ist jede rechtliche Wirkung abzusprechen. <sup>15)</sup> Dahin würde also auch die Vereinbarung gehören, daß die Frau der gesetzlich bestehenden ehelichen Vogtei, insofern sie dem öffentlichen Rechte angehört, nicht unterworfen sein soll, während Verträge, durch welche das gesetzliche Güterrecht der Ehegatten verändert wird, einer besonderen Beschränkung nicht unterworfen sind. <sup>16)</sup> Dieselben haben sich vielmehr von Alters her einer unverkümmerten Wirksamkeit erfreut, und gerade, wie später gezeigt werden soll, auf die Ausbildung neuer Formen des ehelichen Güterrechts einen entschiedenen Einfluß ausgeübt. <sup>17)</sup>

---

13) Stadtr. von Wimpfen. Th. I. Tit. 3. §. 3. bei von der Nahmer II. S. 1073. — Pufendorf, observatt. jur. IV. obs. 134. — Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 110. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. Nr. 54.

14) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 11. Art. 11. — Churpfälz. rev. Landr. Th. II. Tit. 22. §. 1.

15) Thibaut, System §. 372. — Code civ. art. 1388.

16) Wenn Cropp in den juristischen Abhandlungen II. S. 490. allgemein die vertragmäßige Ausschließung der Gütergemeinschaft für unzulässig hält, weil das Mundium des Ehemanns ein Theil des öffentlichen Rechtes sei, so hängt dieß mit seiner Auffassung dieser Verhältnisse zusammen, welche erst weiter unten geprüft werden kann.

17) Der Einfluß des Vertrages auf das Güterrecht der Ehegatten ist sehr alt, und hat zuerst zu einer selbständigen Anwendung der vertrags-

c. Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, wie es sich mit dem Recht der Ehegatten und namentlich mit dem Güterrechte verhält, wenn keine besonderen Ehepacten verabredet sind, sondern die Heirath einfach auf das geltende Recht geschlossen ist, und dann die Ehegatten durch Veränderung des Wohnortes der Herrschaft einer anderen Gesetzgebung unterworfen werden. Daß diese letztere unbedingt zur Anwendung kommen muß, insofern sie absolute Regeln aufstellt, welche durch Privatwillkür nicht verändert werden können, ist unzweifelhaft, und wenn daher an dem neuen Wohnorte z. B. die Frau in der strengen ehelichen Vogtei des Mannes steht, so wird dieß auch für die Anziehenden maassgebend werden. Wie aber verhält es sich mit den Rechtsverhältnissen, welche obgleich gesetzlich geordnet, doch der Abänderung durch Privatwillkür unterworfen sind, also mit dem ehelichen Güterrechte? Bleibt hier das Recht des ersten Wohnortes geltend oder wird es durch das des späteren verdrängt? Das entscheidende Princip für die Beantwortung dieser Frage ist der Lehre von der Collision der Privatrechtsquellen, welche hier als eine successive erscheint, zu entnehmen; es kommt nämlich darauf an, ob durch die Eingehung der Ehe Güterrechtsverhältnisse unter den Ehegatten begründet werden, welche als wohlerworbene auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes anzuerkennen und zu schützen sind.<sup>18)</sup> Nach der gewöhnlichen Meinung, welche auch in der Praxis vorherrscht<sup>19)</sup>, wird

---

mäßigen Erbeseinsetzung geführt, s. Lehre von den Erbverträgen II. 1. S. 185 ff. Der Gegensatz zum römischen Dotalrechte, der erst seit dem 16. Jahrhunderte hervortrat, ist dabei nicht so bestimmend gewesen, wie Bluntzli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 103. anzunehmen scheint.

18) S. oben Band I. §. 38.

19) So in Hannover, Thürhessen, Baiern, Nassau, s. v. Bülow und Hägemann, pract. Erörterungen VI. Nr. 24. — VIII. Nr. 3. S. 11. Note 8. — Grefe, Leitfaden II. §. 49. a. E. — Pfeiffer, pract. Ausführungen II. Nr. 6. — Flach, Entscheidungen I. S. 94 — 96. Seuffert, Archiv I. Nr. 152. Vgl. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1.

dies unbedingt angenommen, weil der Ehevertrag, wenn nichts Anderes verabredet worden, das gesetzliche Güterrecht stillschweigend in sich aufnehme und zu einem vertragsmäßigen mache.<sup>20)</sup> Andere dagegen nehmen an, daß der Ehevertrag als solcher sich lediglich auf das persönliche Verhältniß der Ehegatten beziehe, und das Güterrecht nur dessen gesetzliche Wirkung sei, welche, wenn keine besondere Vereinbarung dazwischen trete, durch das Recht des neuen Wohnortes bestimmt werde.<sup>21)</sup> Allein man muß nach dem angeführten Princip unterscheiden, ob eine bestimmte Institution des Güterrechts mit der Eingehung der Ehe<sup>22)</sup> schon ins Leben getreten und für die Ehegatten als ein geltendes Rechtsverhältniß begründet worden ist oder nicht. Nur im letzteren Falle findet ein Wechsel statt; ist dagegen das Ver-

---

§. 350. „Durch Provinzialgesetze und Statuten wird die Gemeinschaft der Güter nur alsdann begründet, wenn an dem Orte, wo die Eheleute, nach vollzogener Heirath, ihren ersten Wohnsitz nehmen, dergleichen Gesetze vorhanden sind. §. 351. Die Veränderung dieses ersten Wohnsitzes verändert in der Regel nichts an den Rechten, welchen sich die Eheleuten vorher unterworfen haben. §. 352. Haben jedoch die Eheleute ihren Wohnsitz von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft obwaltet, an einen andern Ort, wo dieselbe statt findet, verlegt: so müssen alle von ihnen an diesem letzten Orte vorgenommenen Handlungen, in Beziehung auf einen Dritten, nach den Regeln der Gütergemeinschaft beurtheilt werden. §. 353. Was von der Veränderung des Wohnsitzes der Eheleute vorkehend verordnet ist, gilt auch von andern Veränderungen des Gerichtsstandes, welchem die Eheleute zur Zeit der geschlossenen Heirath unterworfen waren.“ — Lippesche Verordnung wegen der Gütergemeinschaft unter Eheleuten v. 27. März 1786. §. 32.

20) Funk im Archiv für civ. Praxis XXI. Nr. 15. — XXII. Nr. 5. — v. Wächter a. a. D. XXV. Nr. 1. S. 49 ff. — Schüler in den juristischen Abhandlungen und Rechtsfällen von Ortloff u. s. w. I. Nr. 14. — v. Savigny, System VIII. S. 327–38.

21) Eichhorn, Einleitung §. 35. Note g. §. 307. Note d. §. 310. Note e. f. — Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 37. 97.

22) Findet die Gütergemeinschaft erst statt, wenn ein Kind geboren ist oder die Ehe eine bestimmte Zeit gedauert hat, so wird die mit der Ehe verbundene Wirkung insoweit bis zu dem Eintreten dieser Thatfachen hinausgeschoben.

hältniß des Dotalrechts, der Gütergemeinschaft u. s. w. einmal begründet worden, so dauert es auch in dem neuen Wohnsitze fort, und zwar mit allen seinen Consequenzen, so daß namentlich auch die mit der Gütergemeinschaft gesetzten Successionsrechte ihre Geltung behalten. Auch wenn Erbrechte bestehen, welche als eine Folge der besonderen Anordnung der Güterverhältnisse erscheinen, z. B. der Frau statt der früheren Ansprüche auf Leibzucht und Gerade eingeräumt sind, so muß dasselbe Princip zur Anwendung kommen, während ein gewöhnliches, dem Dotalsystem angehängtes Erbrecht auf einen solchen Schutz keinen Anspruch hat.<sup>23)</sup> Fälle der letzteren Art liegen aber nur selten vor, und so kann die Unwandelbarkeit des Güterrechts, wenn auch nicht aus dem Grunde des stillschweigenden Vertrages, als die Regel angenommen werden.

§. 134.

II. Persönliche Rechtsverhältnisse der Ehegatten.

Wenn es irgend ein Lebensverhältniß giebt, welches mehr durch die freie Liebe und die Sitte, als durch die Rechtsregel beherrscht wird, so ist es der Ehestand, wie er sich im Innern des Hauses gestaltet. Ist es erst dahin gekommen, daß wegen Rechtsverletzungen die richterliche Hülfe in Anspruch genommen werden muß, so pflegt auch das ganze Verhältniß unheilbar gestört zu sein, und es erscheint daher ganz natürlich, daß unter Eheleuten fast nur Scheidungsproceße vorkommen. Selbst die Vermögensverhältnisse gewinnen vorzugsweise erst nach der Auflösung der Ehe ein rechtliches Interesse, indem bis zu diesem Zeitpunkte die feste Regel des Gesetzes, welche an sich freilich

---

23) Suerst von Rierulff, Theorie I. S. 79. Note \* a. G. angedeutet, ist diese Ansicht von Buchta, Vorlesungen §. 113. genauer formulirt worden; s. auch Gerber, System §. 229. Zwischen den verschiedenen Arten des ehelichen Erbrechts muß aber, wie oben geschehen, unterschieden werden. Vgl. unten §. 152.



in keiner Weise entbehrt werden kann, durch die Einwirkung sittlicher Motive vielfach umhüllt und gemildert wird. Daher wird es auch der Rechtsgeschichte nicht gelingen, ohne die vollständige Berücksichtigung der wichtigsten culturgeschichtlichen Momente die Ehe in ihrer Erscheinung bei einem bestimmten Volke zur klaren Anschauung zu bringen, und die Gesetzgebung hat mehr wie sonst irgendwo, in dieser Lehre darauf zu achten, daß sie sich mit der Volkssitte in Einklang erhält. Die vorstehenden Bemerkungen sollen übrigens nicht darauf hinweisen, daß etwa ein Widerspruch zwischen dem deutschen Rechte und dem innern Wesen der Ehe bestehe; wir dürfen vielmehr annehmen, daß gerade bei unserem Volke eine würdige Auffassung der Ehe in bestimmten Rechtsinstitutionen sich verwirklicht hat. Nur sind diese nicht vereinzelt, ohne die Umgebung aller thatfächlichen Lebensverhältnisse in ihrer wahren Bedeutung zu verstehen und die allgemeine Veränderung, welcher Bildung und Sitten unterworfen gewesen sind, hat auch in dieser Beziehung ihren Einfluß geäußert.

Im Allgemeinen muß nun auch für diese Lehre besonders beachtet werden, daß es der germanischen Rechtsanschauung nicht entspricht, die wechselseitigen Beziehungen nahe verbundener Personen in die Spitze der römischen universitas zusammen zu fassen, oder sie nach der andern Seite hin in abgeschlossene Sonderrechte aufzulösen, und in der Summe der einzelnen Befugnisse und Verpflichtungen das Wesen der Vereinigung zu suchen. Was früher über die Bedeutung der Genossenschaft für das deutsche Rechtsleben gesagt worden ist <sup>1)</sup>, findet auch hier seine Anwendung, nur daß sich die Ehe nicht zu einer juristischen Person im technischen Sinne verdichtet hat, sondern eine Rechtsgemeinschaft geblieben ist, welche durch die Individualität der Theilnehmer getragen wird, für diese aber eine so innige Vereinigung begründet, daß sie in den gemein-

---

1) S. oben Band I. §. 68.

samen Angelegenheiten namentlich nach außen hin als eine Einheit erscheinen und handelnd auftreten. Soll aber ein Verein eine solche Wirksamkeit haben, so bedarf er einer bestimmten Organisation, welche es möglich macht, daß sich der Einzelwille der Genossen in rechtlichen Beziehungen zu einem Gesamtwilligen gestaltet und äußerlich darstellt. Diese Aufgabe hat das deutsche Eherecht erreicht, indem es die gleiche Stellung der Ehegatten in wesentlichen Beziehungen anerkennt, dem Manne aber einen vormaltenden Einfluß einräumt.

Die Frau ist die Genossin des Mannes und nimmt Theil an seiner Ehre und seiner Arbeit<sup>2)</sup>; aber da sie wegen ihres Geschlechtes der eigenen Vertretung entbehrt, so muß er ihr im Kampfe und vor Gericht vorstehen, und übt überhaupt das Mundium, welches er bei Eingehung der Ehe von dem Vater oder Vormunde erwirbt, über sie aus. Dieß bezeichnet seine Stellung jedoch zunächst nur in Beziehung auf die formelle Vertretung; der Mann ist aber das Haupt in der ehelichen Gemeinschaft, nicht allein des Weibes Vogt, sondern auch ihr Meister<sup>3)</sup>, noch nach späteren Statuten sogar mit einem Züchtigungsrecht ausgestattet<sup>4)</sup>, und den Kindern gegenüber sowie

2) Tacitus, Germania cap. 18. *Ipsis incipientis matrimonii auspiciis admonetur (mulier): venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in proelio passuram ausuramque.* — Sächf. Landr. B. III. Art. 45. §. 3. „Dat wif is of des mannes genotinne tohant alse sie in . . . trette trit“. — Freiburger Stadtrodel §. 25. *Omnis mulier est genoz sui in hac civitate et vir mulieris similiter.*

3) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 10. — „Daz ist da von, daz der man des wibes voget ist unde ir meister.“

4) Hamburg. Stadtr. von 1270. IX. Art. 29. „Züchtiget een man syn wiff, ofte sleit he se, unde se des vorschuldet hevet, dat mot he wol don. Mer sleit he se dot, dat sal he beteren mit syneme lywe.“ — Rev. Hamb. Stadtr. Th. IV. Art. 48. „Sonst wird mäßige Züchtigung dem Ehemanne über seine Hausfrau, den Eltern über ihre Kinder, den Praeceptorn über ihre discipulen, dem Hauswirth und der Hausmutter über Knechte und Gesinde, billig erlaubt und zugelassen.“ — Vgl. Heise und Croy, jurist. Abhandlungen II. Nr. 16. §. 14.

in der Vermögensverwaltung von überwiegendem Einfluß. So erscheint der Mann als Haus- und Eheherr, indem ihm seine Gewalt aus verschiedenen Rechtstiteln erwächst, deren genauere Unterscheidung im Einzelnen nicht immer ohne Schwierigkeit ist. Die Frau nimmt dagegen als Hausfrau und Mutter ihre selbständige wenn auch beschränkte Stellung ein; muß auch, wenn sie kein Sonderrecht zu wahren hat, ihre Meinung vor der Entscheidung des Mannes in der Regel zurückstehen, so tritt sie doch, wenn derselbe erkrankt oder abwesend ist, und die Gemeinschaft deswegen des Hauptes entbehrt, an dessen Stelle und übernimmt die Leitung, soweit das Bedürfnis es erheischt und ihre unvollkommene Rechtsfähigkeit es gestattet.<sup>5)</sup> Später wird sich zeigen, wie wirksam dies Princip besonders für den Fall erscheint, wenn nach des Mannes Tode die Wittve mit den Kindern in der Werc fortsetzen bleibt.

Dies Rechtsverhältniß während der Ehe und insbesondere die bevorzugte Stellung des Mannes in der Gemeinschaft darf also nicht bloß als eine Wirkung der Geschlechtsvormundschaft aufgefaßt werden. Das Eherecht blieb vielmehr im Wesentlichen dasselbe, auch nachdem jenes Institut seinen ursprünglichen Charakter verloren hatte, und so verhält es sich auch jetzt noch, nachdem es in den meisten deutschen Staaten ganz aufgehoben worden ist. Selbst da, wo man nicht, wie an einigen Orten geschehen<sup>6)</sup>, die Vormundschaft über die Frau ausdrücklich beibehalten hat, ist doch die Familiengewalt des Mannes soweit in Wirksamkeit geblieben, als sie nicht in der Ergänzung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Frau bestand.<sup>7)</sup>

5) Pauli, Abhandlungen II. S. 42—44. — Euler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt a. M. S. 36. — Sommer im Neuen Archiv für Preuß. Recht XI. S. 307. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 346. 441—42. 502.

6) So in Bremen, s. Berck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 193. 207.

7) Falk, Handbuch IV. §. 66. — Kraut, die Vormundschaft II. §. 75. — Seuffert, Archiv III. Nr. 63. 179.

Dem Manne gebührt als dem Haupte der Familie, für deren Unterhalt er zu sorgen hat, vorzugsweise die Leitung und Vertretung der ehelichen Rechtsgemeinschaft; er hat insbesondere auch die Frau als ein Glied der Hausgenossenschaft nach außen hin zu vertreten, insoweit sie dessen bedarf<sup>8)</sup>, und gewährt ihr dadurch einen Schutz, welcher es möglich gemacht hat, daß fast allgemein die besondere Bevormundung der minderjährigen Ehefrau für überflüssig hat erachtet werden können.<sup>9)</sup>

Dies sind die leitenden Gesichtspunkte der Lehre; bei der Durchführung im Einzelnen kommt es denn freilich sehr darauf an, welche besonderen Institutionen des ehelichen Güterrechts gerade vorliegen. Doch ist dies nicht allein entscheidend, wie es denn auch vom Standpunkte des gemeinen Rechtes nicht bezweifelt werden kann, daß die Familiengewalt des Mannes an sich nicht durch die Geltung der ehelichen Gütergemeinschaft bedingt wird.<sup>10)</sup> So wie diese Gewalt aber mit der Abschie-

---

8) Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 12. — „Hört die Curatel einer minderjährigen Ehefrau nach geschehener Verehelichung alsogleich auf, und wird mit der Potestate maritali, worunter dieselbe während der Ehe zu stehen hat, verwechselt.“ — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 184. „Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft: und sein Entschluß giebt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag. §. 185. Er ist verbunden seiner Frau standesmäßigen Unterhalt zu gewähren. §. 188. Der Mann ist schuldig und befugt, die Person, die Ehre und das Vermögen seiner Frau in und außer Gerichten zu vertreten. §. 189. In der Regel kann daher die Frau ohne Zuziehung und Einwilligung des Mannes mit Andern keine Prozesse führen.“ — Oesterr. Gesesb. §. 91. „Der Mann ist das Haupt der Familie. In dieser Eigenschaft steht ihm vorzüglich das Recht zu, das Hauswesen zu leiten; es liegt ihm aber auch die Verbindlichkeit ob, der Ehegattin nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen, und sie in allen Vorfällen zu vertreten.“ — Code civ. Art. 1388. Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfans, ou qui appartiennent au mari comme chef — —.

9) S. unten §. 134. Note 25. — Pufendorf, observatt. jur. I. obs. 12.

10) Haubold, Lehrbuch §. 70. — Kraut a. a. O. II. S. 330.

fung der Ehe begründet wird, so hört sie mit der Auflösung derselben — durch Tod oder Scheidung auf; andere Gründe der Beendigung z. B. die Insolvenz des Mannes sind nach gemeinem Rechte nicht anzuerkennen. <sup>11)</sup>)

### §. 135.

#### III. Persönliche Rechtsverhältnisse der Eltern und Kinder; insbesondere von der väterlichen Gewalt.

Es entspricht der deutschen Rechtsanschauung von der Organisation der Ehe, wenn einzelne Rechtsquellen von einer Gewalt der Eltern über die Kinder sprechen <sup>1)</sup>); man darf dabei nur nicht an ein gleiches Recht beider Ehegatten denken, sondern muß die bevorzugte Stellung des Mannes in der Hausgenossenschaft als maassgebend betrachten. Wenn daher auch die Mutter an der Erziehung der Kinder Theil nimmt, so wird doch in zweifelhaften Fällen der Wille des Vaters den Ausschlag geben <sup>2)</sup>), und auch bei der Einwilligung in die Ehe der

11) Anders in Particularrechten, z. B. in Zürich, s. Bluntschli II. S. 183—5. Vgl. überhaupt Kraut a. a. D. §. 101.

1) Frankf. Reformation Th. III. Tit. 8. §. 9. — Hohenloh. Landr. Th. IV. Tit. 1. §. 3. Andere Statuten s. bei Kraut a. a. D. II. S. 685., der aber selbst keine befriedigende Erklärung des Rechtsverhältnisses giebt.

2) Dieß muß auch als das richtige Princip gelten, welches die Civilgesetzgebung für die religiöse Erziehung der Kinder in gemischten Ehen aufzustellen hat, und ist anerkannt im Hannov. Gesetz v. 31. Juli 1826. §. 1. „Dem Ehemanne als dem Haupte der Familie soll die uneingeschränkte Befugniß verbleiben, blos nach eigener Ueberzeugung zu bestimmen, in welchem Glaubensbekenntnisse seine ehelichen Kinder zu erziehen sind.“ S. dages Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 74. „Die Anordnung der Art, wie das Kind erzogen werden soll, kommt hauptsächlich dem Vater zu. §. 76. Sind die Aeltern verschiedenen Glaubensbekenntnissen zugethan, so müssen bis nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre die Söhne in der Religion des Vaters, die Töchter aber in dem Glaubensbekenntnisse der Mutter unterrichtet werden.“ — Preuß. Declarat. v. 21. Novbr. 1803. „Eheliche Kinder sind jedesmal in der Religion des Vaters zu unterrichten,

Kinder wird dieser Grundsatz zur Anwendung zu bringen sein, wenn nicht, wie allerdings meistens geschehen ist, der verneinenden Stimme der Mutter gleichfalls die Entscheidung beigelegt worden.<sup>3)</sup> Von einer mütterlichen Gewalt neben der des Vaters kann sonst während der Ehe im technischen Sinne nicht die Rede sein, und nur dann stellt sich die Sache nach manchen Rechten anders, wenn die Ehe durch den Tod des Vaters aufgelöst ist. Nach einigen Volksrechten scheint selbst eine Geschlechtsvormundschaft über die Wittve nicht bestanden zu haben<sup>4)</sup>; muß dies nun auch jedenfalls als eine Ausnahme betrachtet werden, so ist es doch unzweifelhaft, daß es sehr gebräuchlich war, der Mutter nach dem Tode des Mannes die Pflege über die Kinder anzuvertrauen<sup>5)</sup>, indem sie sich, inso-

---

und kann kein Ehegatte durch Verträge zu Abweichungen von dieser Regel sich verpflichten.“ — Pr. Rescript v. 25. Nov. 1813. „Die Mutter ist verpflichtet, die Kinder in der Religion erziehen zu lassen, in welcher sie bis zu dem Tode des Vaters erzogen sind.“ — Bai. Relig. Edict v. 26. Mai 1818. §. 12. „Wenn in einem gültigen Ehevertrage zwischen Aeltern, die verschiedenen Glaubensbekenntnissen zugethan sind, bestimmt worden ist, in welcher Religion die Kinder erzogen werden sollen, so hat es hierbei sein Bewenden. §. 14. Sind keine Ehepacten oder sonstige Verträge hierüber errichtet —; so folgen die Söhne der Religion des Vaters, die Töchter werden in dem Glaubensbekenntniß der Mutter erzogen.“ — Württemb. Relig. Edict v. 15. Oct. 1806. §. 6. „Die Kinder aus (gemischten) Ehen werden, in der Regel, bis zu den Unterscheidungs Jahren in der Religion des Vaters erzogen. Es ist jedoch den Eheleuten erlaubt, eine nach dem Geschlecht der Kinder getheilte Erziehung, oder jede andere Bestimmung dèssfalls festzusetzen —; jene Verträge sind aber nur dann gültig, wenn sie vor der Obrigkeit des Gatten abgeschlossen worden.“ Vgl. Kraut, Grundriß §. 224. — Glück, Commentar II. S. 260—62.

3) Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 11. Art. 2. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 686.

4) Kraut a. a. D. S. 267. 672.

5) L. Burgund. Tit. 85. cap. 1. — L. Wisigoth. lib. IV. tit. 2. cap. 13. Einfluß des römischen Rechtes mit Cropp, jur. Abhandlungen I. Nr. 14. S. 299. und Kraut a. a. D. S. 672. gerade in dieser Lehre so früh anzunehmen, scheint eben so bedenklich, als die erzwungene Aus-

weit es ihre beschränkte Rechtsfähigkeit nothwendig machte, des Beistandes ihres Geschlechtsvormundes oder anderer dazu bestellter Vormünder bediente<sup>6)</sup> oder im Allgemeinen nur der Aufsicht des Familienrathes unterworfen war.<sup>7)</sup> Diese Einrichtung erscheint dann als die Fortführung der Familiengewalt des Mannes über die Hausgenossenschaft, und schließt sich an die Fortsetzung der letzteren an, indem die Mutter mit den Kindern in der Were zu bleiben pflegte. Doch hat sich in Betreff der mütterlichen Gewalt der Wittve kein gemeines Recht ausgebildet; vielmehr gelten jetzt, insoweit Particularrechte nicht abweichen, die Vorschriften des römischen Rechts über die Vormundschaft der Mutter<sup>8)</sup>, deren Durchführung freilich, zumal bei der modernen Entwicklung des Vormundschaftsrechts, kein befriedigendes Ergebnis gewährt.

Was nun die väterliche Gewalt betrifft, so hat sich das *Mundium* in dieser Anwendung noch bestimmter, als es schon nach deutschem Rechte der Fall war, von der Vormundschaft geschieden, indem in dieser Beziehung das römische Recht zur Geltung gelangt ist. Die wichtigste Folge dieser Trennung besteht aber darin, daß die vielfachen Beschränkungen, welchen die Vormundschaft besonders im neueren Rechte unterworfen worden ist, von der väterlichen Gewalt fern geblieben sind. Sonst findet in Betreff der allgemeinen rechtlichen Wirkung dieses Instituts zwischen den Grundsätzen des deutschen und des römischen Rechts doch eine gewisse Uebereinstimmung statt, und

legung jener Stellen bei Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. I. §. 55. Entscheidend sind die zahlreichen Quellenzeugnisse des späteren Mittelalters, welche das Institut des älteren Rechts wiederholen, s. Kraut a. a. D. S. 675. Note 15.

6) Pauli, Abhandlungen II. S. 144.

7) Verck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 353. — Donandt, Geschichte des Brem. Stadtrechts II. S. 140 ff.

8) Pfeiffer, pract. Ausführungen II. Nr. 4. — Heise und Cropp, jur. Abhandlungen I. Nr. 14. — Kraut a. a. D. §. 111. 112.

insofern sie von einander abweichen, haben die ersteren meistens den Sieg davon getragen, indem das scharfe Princip der römischen Potestas bei uns nicht hat durchgeführt werden können. Folgende Punkte sind hier vornämlich zu berücksichtigen.

I. Die väterliche Gewalt steht nur über eheliche Kinder zu; doch ersetzt in dieser Beziehung die Legitimation den Mangel der Geburt, insofern sie nicht als s. g. legitimatio minus plena nur den Makel der Unehelichkeit zu entfernen bestimmt ist.<sup>9)</sup> Auch durch die Adoption kann die väterliche Gewalt begründet werden, indem die Vorschriften des römischen Rechts für dieses Geschäft zur Anwendung kommen; doch ist dasselbe bei uns wenig gebräuchlich geworden<sup>10)</sup>, und läßt jedenfalls die Wirkungen, welche aus den natürlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern hervorgehen, z. B. die Alimentationspflicht<sup>11)</sup> fortbestehen. Beide Institute, die Legitimation und Adoption, haben übrigens nur auf dem Gebiete des gemeinen Landrechts ihre volle Geltung; die Beschränkungen, denen sie in Betreff der Lehenssuccession und des Adelsrechts unterworfen sind, können aber erst später erörtert werden.

II. Das besondere Rechtsverhältniß zwischen dem Vater und den in seiner Gewalt befindlichen Kindern und zwischen den letzteren, welches man als unitas personarum zu bezeichnen pflegt, findet nach heutigem Rechte nicht statt; die genannten Personen können vielmehr jetzt, wie nach den Grundsätzen des älteren deutschen Rechts, gültige Verträge mit einander ab-

---

9) Bayer. Landr. Th. I. Kap. §. 9. — Haubold, Lehrbuch §. 91. — Ueber das Geschichtliche der Lehre s. Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 449. — Pauli, Abhandlungen III. S. 26—32.

10) Freiburger Stadtr. v. 1520. Bl. 78 b. „(Die Adoption) in unser Stadt bißhär nit viel gebrucht ist.“ — Pufendorf, observat. jur. III. obs. 46. — Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 62. — Sehr ausführliche Bestimmungen hat das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 666 — 716.

11) Falck, Handbuch V. §. 91. — Seuffert, Archiv I. Nr. 70.



schließen, nur daß dem minderjährigen Haussohne, wenn der Vater mit ihm contrahirt, zu diesem Acte ein besonderer Vormund bestellt werden muß.<sup>12)</sup> Was dagegen die Frage betrifft, ob Kinder Ersatz für die häuslichen und wirthschaftlichen Dienste fordern können, welche sie dem Vater leisten, so ist dieselbe zu verneinen, da erst mit der Aufhebung der väterlichen Gewalt das Kind die freie Verfügung über seine persönlichen Verhältnisse und also auch über seine Arbeitskraft erlangt, so lange es sich aber in der Hausgenossenschaft befindet, der Anordnung des Vaters zu folgen hat.<sup>13)</sup>

III. Daß auch nach heutigem Rechte die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch eine ausdrückliche Emancipation, und zwar durch die s. g. Justinianische gültig geschehen kann, ist wohl nicht zu bezweifeln<sup>14)</sup>; doch wird sich selten eine Veran-

12) Glück, Commentar II. §. 272—75. — Kraut, die Vormundschaft II. §. 632—38. — Seuffert a. a. D. I. Nr. 333. — III. Nr. 333.

13) Seuffert a. a. D. I. Nr. 354. Die Meisten halten unter gewissen Voraussetzungen das Kind für berechtigt, eine Entschädigung zu fordern, — wenn es dem Vater einen Diensthofen oder Gesellen erspart, s. Glück, Commentar a. a. D. §. 266—68. — Kraut a. a. D. §. 638—40., was v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. Nr. 55. VII. Nr. 78. auf ländliche Arbeiten beschränken; oder wenn das Kind schon in dem Alter ist, daß es selbst einen Dienstvertrag schließen kann, s. Fald a. a. D. §. 11. Ein abweichendes Gewohnheitsrecht ist freilich auch in dieser Beziehung zu beachten

14) Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 68. — Kraut a. a. D. §. 643. — Stripplmann, neue Sammlung V. §. 541—42. Vgl. Frankfurt. Reformation Th. II. Tit. 1. §. 9. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 214. „Ein noch minderjähriger Sohn kann vor zurückgelegtem zwanzigsten Jahre, selbst mit Einwilligung des Vaters, der väterlichen Gewalt nicht entlassen werden. §. 215. Nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahre, und bis zur erlangten Volljährigkeit des Sohnes, kann der Vater nicht genöthigt werden, denselben aus seiner Gewalt zu entlassen. §. 216. Wenn aber der Vater in diesem Zeitraume seinen Willen, den Sohn zu entlassen, mit Bestimmung des Sohnes, bei dem vormundtschaftlichen Gerichte verlautbart: so hat dieses zugleich alle Wirkungen einer Majoritätserklärung.“ Anhang §. 91. „Diese gesetzliche Vorschrift findet bei der Entlassung von Töchtern keine analogische Anwendung.“

lassung zu diesem bei uns wenig eingebürgerten Geschäfte finden und das römische *praemium emancipationis* wird der Vater auf keinen Fall in Anspruch nehmen können, da es eben der Lohn für die freiwillige Aufgebung der Gewalt ist, diese aber nach unserem Rechte mit dem Eintreten bestimmter Thatsachen von selbst aufhört, und die Gunst des Vaters sich also darauf beschränkt, daß er die Selbständigkeit des Kindes früher als er dazu verpflichtet ist, herbeiführt. <sup>15)</sup> — Wenn es nämlich auch dem Wesen des väterlichen *Mundium* bei den Deutschen nicht entspricht, dasselbe nur als ein Recht oder gar als eine Pflicht des Schutzes hinzustellen, und die selbständige Gewalt des Inhabers, welche im älteren Rechte zum Theil so schroff hervortritt, zu leugnen; so unterscheidet sich doch dieses *Mundium* von der römischen *Potestas* wesentlich dadurch, daß es in seiner Dauer durch die Theilnahme des Kindes an der väterlichen Hausgenossenschaft bedingt ist. Tritt das Kind aus dieser heraus und begründet für sich ein selbständiges Hauswesen, so erlangt es dadurch dieselben Rechte, welche die römische *Emancipation* ihm gewährt: es wird der väterlichen Gewalt enthoben. <sup>16)</sup> Dieß Princip zeigt sich in zweifacher Hinsicht wirksam.

a. Begründung des eigenen Haushaltes. Die eheliche Genossenschaft, an der auch die Kinder, obgleich in untergeordneter Stellung, Theil nahmen, bezog sich gleichmäßig auf die persönlichen Verhältnisse und das Vermögen. Konnte nun auch aus besonderen Gründen die Gemeinschaft mit den Kindern nach der einen Seite hin aufgehoben und nach der anderen fortgesetzt werden (s. unten §. 143.), so erstreckte sich

15) Kraut a. a. D. S. 665—67.

16) Gegen die, besonders von J. H. Böhmmer, exercit. ad pand. I. ex. 21. cap. 2. vertheidigte Ansicht, daß die deutschrechtliche Aufhebung der väterlichen Gewalt nicht die velle Wirkung der römischen *Emancipation* habe, s. Chr. U. Gruppen, *disceptationes forenses* (Lips. 1737. 4.) cap. II. membr. 3. p. 208—49.

doch die Ausscheidung gewöhnlich auf das ganze Verhältniß; namentlich pflegte dem Sohne, wenn er einen selbständigen Haushalt begründete, eine Beihülfe aus dem elterlichen Vermögen gegeben zu werden, und indem eine solche Absonderung vor Gericht oder doch unter Zuziehung der Verwandten geschah, wurde die Thatsache, welche die väterliche Gewalt beendigte, mit rechtlicher Gewißheit festgestellt.<sup>17)</sup> Daß die Großjährigkeit, welche nach älterem Rechte verhältnißmäßig so früh eintrat, an sich nicht dieselbe Wirkung gehabt hat, ist mit Sicherheit anzunehmen.<sup>18)</sup>

Nach der Aufnahme des römischen Rechts wurde auch in Uebereinstimmung mit dem älteren Rechte von den Juristen und der Landesgesetzgebung, insbesondere der sächsischen, der getrennte Haushalt als Grund der Aufhebung der väterlichen Gewalt anerkannt und demselben die Wirkung der Emancipation

---

17) Sächs. Landr. B. II. Art. 19. §. 1. „Die vader mach wol den sone sunderen von ime vor gerichte mit jewellem gude, dat die sone annamen wel, svo kleine is si.“ — B. I. Art. 11. 13. — B. II. Art. 17. Vgl. oben §. 132. Note 6.

18) Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Kraut a. a. D. S. 591—602. 650—53., weil die älteren Rechtsquellen über die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch den eigenen Haushalt des Sohnes schweigen. Aber er vermag doch nicht das neuere Juristenrecht, welches er behauptet, dogmengeschichtlich zu erklären, und nimmt überhaupt auf das Wesen der betreffenden Rechtsinstitute, besonders auf die Bedeutung der Hausgenossenschaft nicht die gebührende Rücksicht. Es fehlt jedoch auch nicht ganz an älteren Quellenzeugnissen; s. Werner Handfeste v. 1218. Art. 49. Quamdiu filius est sub patris potestate, et sine uxore, nec a patre rebus vel matrimonio fuerit juste et legitime separatus etc. — Kaiserrecht (Endemann) B. II. Kap. 4. „Der Kaiser hat geboten dem vater und der mutter, daz sie sollen die kint ziehen mit friedlicher bescheidenheit biz an die zeit, daz sie selber kunnen in zu staten passen (al. helpen). — Kap. 7. Ein iglich kint, daz in sins Waters huse ist, daz sol wissen, daz der kaiser im hat gefagt, dem vater zu rechter bescheidenheit gehorsam zu sin, ob ez auch hat die jar der bescheidenheit.“ In den Bestimmungen des Schwäb. Landrechts (Wackernagel) Kap. 53. 159. finde ich eine Uebertragung der römischen Vormundschaftslehre auf das Mundium des Waters.

beigelegt<sup>19)</sup>, daher emancipatio tacita oder juris Saxonici; auch bezweifelt Niemand die heutige gemeinrechtliche Geltung des Instituts. Dasselbe entbehrt aber in einzelnen Beziehungen der juristischen Bestimmtheit, da bei der Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse der fehlende Formalismus nicht immer durch eine principielle Rechtsentwicklung vollständig ersetzt werden kann.

1. Die Großjährigkeit an sich hebt die väterliche Gewalt nicht auf<sup>20)</sup>, indem nur der großjährige Sohn zur Begründung des eigenen Haushaltes, welche jene Wirkung herbeiführt, der Zustimmung des Vaters nicht bedarf. Der Minderjährige ist dagegen an diese Zustimmung gebunden, und da er, wenn sie erfolgt, selbständig und wie bei der Jahrgebung der Vormundschaft enthoben wird, so ist ein gewisses Alter erforderlich, damit er in diesen Zustand eintrete. Das Nähere muß, wenn das Particularrecht keine genaueren Bestimmungen enthält, nach Sitte und Landesart der väterlichen Anordnung überlassen werden.<sup>21)</sup>

---

19) U. Zasius ad L. Utrum turpem. 107. D. de V. O. Nr. 4. — Thürsächf. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 10. — „Da sich Kinder, so zu ihren mündigen Jahren kommen, von dem Vater mit Anstellung ihrer eigenen Haushaltung und Nahrung scheiden, daß alsdann solches für eine emancipation zu achten, und derselben Wirkung haben soll, ungeachtet, obgleich solche Emancipation anderer Gestalt und für Gericht nicht geschehen und fürgenommen würde.“

20) Eine abweichende Vorschrift hat das Oesterr. Gesetzbuch §. 172., womit auch der Code civ. art. 372. übereinstimmt.

21) Die Ansichten der Juristen und die Particularrechte stimmen freilich nicht überein. Manche lassen nur den großjährigen Sohn durch eigenen Haushalt der väterlichen Gewalt enthoben werden; andere verlangen die s. g. plena pubertas, die neueren Gesetzbücher das vollendete zwanzigste Lebensjahr, s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 215. (oben Note 14.) — Oesterr. Gesetzbuch §. 174. Vgl. überhaupt Glück, Commentar II. S. 436–37., und über die, dem Wesen des Instituts entsprechende richtige Ansicht v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 29. — Eichhorn, Einleitung §. 316. — Rittermaier, Grundsätze II. §. 373. — Kraut a. a. D. II. S. 654–56. Ueber die Jahrgebung durch den Vater oder den Familienrath nach älterem Rechte s. ebendas. S. 88. 89.

2. Die Thatsache der Begründung eines eigenen Haushaltes ist unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse festzustellen.<sup>22)</sup> Daß der Sohn sich seinen Unterhalt selbst erwirbt, genügt so wenig wie die Uebernahme eines Staatsamtes, um diesen Erfolg herbeizuführen<sup>23)</sup>, und umgekehrt schließt nicht jede Unterstützung, welche ihm von Seiten des Vaters zu Theil wird, die rechtliche Bedeutung des eigenen Haushaltes aus. Das entscheidende Moment ist, daß der Sohn ganz und für die Dauer von dem väterlichen Hause sich trennt und seine eigene Wirthschaft begründet hat. Ein abhängiges Dienstverhältniß schadet seiner Selbständigkeit in dieser Beziehung nicht unbedingt: auch ist bei der Trennung vom Hause und der eigenen Wirthschaft nicht allein auf die äußere, ökonomische Einrichtung des Hauswesens, z. B. wo der Sohn gerade seinen Tisch nimmt, zu sehen. Die Sonderung der bürgerlichen Existenz muß aber bestimmt hervortreten, und daher ist es von Wichtigkeit, ob der Sohn auch in seiner allgemeinen bürgerlichen Stellung durch die Erwerbung eines eigenen Domicils von der Rechtsphäre des Vaters losgebunden erscheint.

3. Das ganze Institut ist seiner Wirksamkeit nach zunächst auf die Söhne berechnet; begründet aber eine Tochter, ohne sich zu verheirathen, ein selbständiges Hauswesen, so wird die analoge Ausdehnung der aufgestellten Grundsätze auf dieses Verhältniß sich rechtfertigen lassen, wenn der Vater seine Zustimmung zu der Einrichtung gegeben hat.<sup>24)</sup>

---

22) „Eigen Feuer und Rauch“ ist der Ausdruck, der sich in älteren Statuten zur Bezeichnung des thatsächlichen Verhältnisses häufig findet; s. Wendische Rügianischer Landgebrauch Tit. 116. „Eigen Feuer und Roef maekt den Wehet in Ruigen under den Buhren mündig, all feilbe idt em ock an den Jahren.“ — Frankf. Reformation Th. II. Tit. 1. §. 9. — „ihre eigene Haushaltung und Handthierung angestellt, eigen Haus, Feuer und Rauch halten.“

23) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 219. — Seuffert, Archiv III. Nr. 269. — V. Nr. 30.

24) Kraut a. a. D. S. 658 — 60. Dagegen bestimmt das Pr. A.

b. Die Heirath. Nach älterem Rechte hob die Ehe der Tochter, welche in das Mundium ihres Ehemannes überging, die väterliche Gewalt auf, und auch jetzt tritt dieselbe Wirkung ein, ohne Rücksicht darauf, ob eine eheliche Vormundschaft im technischen Sinne besteht oder nicht, ob die Tochter großjährig oder noch minderjährig ist. Das Gewohnheitsrecht, welches sich in dieser Beziehung gebildet hat, beruht auf der richtigen Anschauung, daß das Verhältniß der Ehegatten und die dem Manne gebührende eheliche Gewalt den Einfluß des Vaters oder Vormundes der Frau nicht gestatten.<sup>25)</sup> — Auch wenn ein Sohn sich verheirathen sollte, ohne zugleich einen selbständigen Hausstand zu begründen, so wird man Bedenken tragen, die väterliche Gewalt noch in ihrem vollen Umfange über ihn anzuerkennen. Auf der andern Seite wird sich für einen solchen Fall, der doch immer nur eine seltene Ausnahme bildet, und die väterliche Hausgenossenschaft nicht aufhebt, ein ähnliches Gewohnheitsrecht, wie bei der Heirath der Tochter, schwerlich nachweisen lassen, wenn es auch an particularrechtlichen Vorschriften, welche die Söhne in dieser Beziehung wie die Töchter behandeln, nicht fehlt.<sup>26)</sup>

---

2. R. a. a. D. §. 230. „Eine unverheirathete Tochter kann, auch wenn sie großjährig ist, nicht anders als durch ausdrückliche Erklärung, der väterlichen Gewalt entlassen werden.“

25) Kraut a. a. D. S. 89 - 91. 561 - 63. 660 - 62. Abweichend ist die Vorschrift des Pr. A. L. Rs. a. a. D. §. 228. „Wenn eine Tochter, unter ertheilter, oder vom Richter ergänzter Einwilligung des Vaters heirathet, so hört die väterliche Gewalt über sie auf. §. 229. Ist sie aber noch minderjährig: so bleiben dem Vater, bis zur erlangten Volljährigkeit, alle Rechte und Pflichten eines, einer verheiratheten Pflegssohnen bestellten Vormundes.“ Vgl. Th. II. Tit. 18. §. 736 - 806. Auch in dem Archiv für Oldenburg. Recht I. Nr. 14. kommen abweichende Ansichten vor, welche auf der Voraussetzung beruhen, daß die Vormundschaft des heutigen Rechts sich wie bei den Römern in Tutel und Cura scheidet. Bedarf die minderjährige Ehefrau noch der Bevormundung, so muß es auch eine regelmäßig wirkende, dauernde sein. Vgl. oben §. 134. Note 9.

26) Kraut a. a. D. S. 69. Note 10. S. 172. — Souday, Anmerkungen zu der Frankfurt. Reformation I. S. 29 - 30.

## IV. Eheliches Güterrecht.

## §. 136.

## Älteres Rechtssystem.

Das allgemeine Princip, welches die deutsche Ehe zu einer genossenschaftlichen Rechtsgemeinschaft unter den Eheleuten gestaltete, zeigte sich auch in Betreff ihrer Güterverhältnisse wirksam: das zusammengebrachte Vermögen ward zu Einer Masse vereinigt, auf deren wirthschaftlichen Ertrag der Hausstand gegründet war. Das Sonderrecht der Einzelnen tritt vor dem höheren Zwecke der Gemeinschaft zurück: Mann und Weib haben kein gezeichnet Gut, so lange sie zusammen leben. Natürlich aber machte sich auch nach dieser Seite hin die Organisation der Ehe geltend, welche den Mann als das Haupt und den Vertreter der Genossenschaft erscheinen läßt: ihm gebührt die eigentliche Leitung der gemeinsamen Wirthschaft, von welcher die Vermögensverwaltung nur einen Theil ausmacht. Auffallend ist es nur, daß schon ältere Rechtsquellen diese Machtvollkommenheit des Mannes auf seine vormundschaftliche Gewalt zurückführen, da diese doch zunächst nur dazu bestimmt war, die beschränkte Rechtsfähigkeit der Frau zu ergänzen und Schutz und Vertretung zu gewähren.<sup>2)</sup> Es heißt

---

1) Sächf. Landr. B. I. Art. 31. §. 1. „Man unde wif ne hebber nein getweiet gut to irne live.“ — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Kap. 33. „Man unde wip mugen niht gehaben dazein guot gezweiet.“ S. überhaupt die geistreiche Skizze, welche Haffe in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IV. Nr. 2. von dem Güterrechte der Ehegatten nach dem älteren deutschen Rechte gegeben hat, und Tropp in den juristischen Abhandlungen II. Nr. 16. S. 437 ff. — Chr. L. Runde, deutsches eheliches Güterrecht (Oldenburg 1841.) §. 3. 5 — 10. 33. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 344. ff.

2) L. Burgund. add. I. tit. 13. — jubemus ut maritus ipse (de) facultate ipsius mulieris, sicut in eam habet potestatem, ita et de rebus suis

indessen der älteren Rechtsanschauung vielleicht zu viel zumuthen, wenn man erwartet, daß sich in ihr die verschiedenen Befugnisse, welche dem Mann als Hausherrn und als ehelichen Vogt zustanden, immer klar geschieden haben sollten, zumal wenn es zunächst nur um die allgemeine Bezeichnung seiner Gewalt zu thun war.<sup>3)</sup> So viel steht aber fest, daß die Rechte, welche er über des Weibes Vermögen ausübte, weit über die Grenzen einer vormundschaftlichen Vertretung hinausgingen, und nur in seiner Stellung als Haupt der ehelichen Gemeinschaft ihre Erklärung finden.<sup>4)</sup> Denn er hatte nicht nur die Verwaltung des beiderseitigen Vermögens und die Entscheidung über die Verwendung des Ertrages, sondern auch das Recht der Veräußerung, indem nur in Betreff der Grundstücke die Zustimmung der Frau von ihm erwirkt werden mußte. Eine gewisse Herrschaft über der Frauen Gut stand ihm also zu, wenn sie auch beschränkt war, und zwar ohne Zweifel noch mehr durch die Sitte als durch die Rechtsregel.<sup>5)</sup> Daher erklärt es

habeat. — Sächf. Landr. a. a. D. §. 2. „Svenne en man wif nimit, so nimit he in sine gewere al ir gut to rechter vormuntscap.“

3) Genauer drückt sich jedenfalls das Schwäb. Landr. Cap. 10. aus: „Daz ist da von, daz der man des wibes voget und ir meister.“ Vgl. Ostfries. Landr. B. II. Kap. 189. — „Dan de man is alletyt ein hovet synes Wywes und synes Wywes Vormunder.“ — Daß die eheliche Vogtei sich noch während des Mittelalters wesentlich verändert habe, mehr als der Wechsel der Sitten es überhaupt mit sich brachte, wie Finsler, de obligatione uxoris circa solvenda mariti debita secundum jus germ. medii aevi (Gotting. 1822.) p. 18. sqq. annimmt, läßt sich nicht behaupten.

4) S. Tropp a. a. D. S. 441. — Pauli, Abhandlungen II. S. 1. 70. 98. 107. und besonders Kraut a. a. D. S. 500. ff.

5) Das weiteste Recht der Verfügung legt Haffe a. a. D. S. 75. dem Manne bei, indem er es, wenigstens nach dem Sachsenspiegel, auch auf die Grundstücke ausdehnt, natürlich mit dem Vorbehalt des Weispruchsrechts der nächsten Erben; allein diese Ansicht hat keine Zustimmung finden können, s. Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 451. Note d. — Albrecht, die Gewere S. 267. — Pauli a. a. D. S. 26. — Dagegen wird allgemein angenommen, daß der Mann über die fahrende Habe der Frau frei habe verfügen können, und nur Kraut a. a. D. S. 445—515. sucht auch in dieser Hinsicht Beschränkungen nachzuweisen, besonders Bessler, System II.



sich, daß einzelne Rechtsquellen dem Manne eine Gewere am Frauengute beilegen, während andere diesen technischen Ausdruck zu vermeiden scheinen.<sup>6)</sup> — Aber auch hinsichtlich der Vermögensverhältnisse steht die Frau nicht rechtlos in der Ehe, sondern erscheint als die würdig gestellte Genossin des Hausherrn. Ihres Zustimmungsrechts bei der Veräußerung von Grundstücken ist schon Erwähnung geschehen; es gebührt ihr außerdem, den Mann im Falle der Abwesenheit und sonstiger Verhinderungen zu vertreten<sup>7)</sup>, und die Sorge für das innere Hauswesen liegt ihr als selbständiger Beruf ob, und gewährt ihr einen Wirkungskreis, dessen in der Sitte begründete Würde und Bedeutung man nicht nach den vorsichtigen Bestimmungen älterer Statuten über das Maaß der erlaubten weiblichen Schulden abmessen darf.<sup>8)</sup>

Stellte sich demnach während der Ehe das beiderseitige Vermögen als Eine Masse dar, so ist doch nach älterem deutschen Rechte diese Vereinigung nur insoweit durchgeführt worden, als der Zweck und die Dauer der Ehe es erheischen. Löste dieselbe sich auf, so fielen auch die zusammengebrachten Güter wieder auseinander, insofern nicht über die Zeit der ehelichen Verbindung hinaus diese zu Gunsten des längstlebenden Gatten sich

---

wegen Schwäb. Landr. Cap. 33. „Ein wip mac ir guot nit hingegeben an ires mannes willen, noch ein man ane fines wibes willen, wan als daz buoch hie vore sait.“ In der That ist es nicht ohne Bedenken, an dieser Stelle unter „guot“ nur die Grundstücke mit Ausschluß der Fahrniß zu verstehen; aber die practische Durchführung einer solchen Bestimmung, welche die von der Sitte gezogene Schranke zur Rechtsregel erheben will, wird bei der Stellung des Mannes in der Ehe und dem allgemeinen Recht der Fahrniß in den meisten Fällen kaum zu erreichen gewesen sein.

6) Vgl. Sächf. Landr. B. I. Art. 31. 45. §. 2. mit dem Schwäb. Landr. Cap. 10. 33. 59. — Albrecht, Gewere §. 24. hat den Versuch gemacht, die Gewere zu rechter Vormundschaft als ein besonderes Rechtsinstitut systematisch zu entwickeln.

7) S. oben §. 134. Note 5.

8) Tacitus, Germ. cap. 15. — delegata domus et penatium et agrorum cura feminis.

wirksam erwies. Es bestand also, wie jetzt auch allgemein angenommen wird, keine eigentliche Gütergemeinschaft, sondern eine Gütervereinigung zum Besten der ehelichen Genossenschaft. Die ursprüngliche Beschaffenheit der einzelnen Güterarten verlor während der Ehe ihre Bedeutung nicht, und das besondere Recht der Ehegatten trat in mehreren, dem deutschen Recht eigenthümlichen Einrichtungen hervor, welche im Allgemeinen freilich mehr für den Zeitpunkt der Auflösung der Ehe als während derselben ihre Wirkung äußerten.

I. Die Grundlage des ehelichen Vermögens bildet das von beiden Seiten eingebrachte Gut, dem schon in ältester Zeit der gemeinsame Erwerb der Ehegatten (die Errungenschaft) entgegen gesetzt wird<sup>9)</sup>; doch erscheint dieser Begriff da, wo eine Zerlegung des Nachlasses nach anderen Kategorien statt findet, von keiner bestimmten practischen Wirksamkeit.

II. Unter den eingebrachten Gütern der Frau wird besonders die Mitgift hervorgehoben.<sup>10)</sup> Dieselbe konnte in dem Adels- und Bauernstande die Bedeutung einer Abfindung von dem elterlichen Nachlass haben; gewöhnlich bestand sie wohl, bis in den reichen Handelsstädten eine glänzendere Ausstattung üblich wurde<sup>11)</sup>, regelmäßig, wie es noch heute Sitte ist, in einer Aussteuer an beweglichen Sachen zum persönlichen Gebrauche der Frau und zu wirthschaftlichen Zwecken. Daraus erklärt sich die Entstehung der Rade oder Gerade im säch-

9) L. Ripuar. tit. XXXVII. cap. 2. — et tertiam partem de omni re, quam simul conlaboraverint, sibi studeat evindicare. — L. Saxon. tit. IX. De eo, quod vir et mulier simul conquisierint, mulier mediam portionem accipiat: hoc apud Westfalaos. Apud Ostfalaos et Angrarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua. — L. Wisigoth. lib. IV. tit. 2. cap. 16. — Wormser Dienstrecht Art. 1. (Walter c.j.g.a. III. app. p. 775) — et quicquid simul acquisierant, si quis eorum alterum supervixerit, totum habeat in sua potestate, et quicquid inde facere velit, faciat.

10) Grupen, de uxore Theotisca (Göttingen 1748. 4.) cap. III. — J. Grimm, Rechtsalterthümer S. 429.

11) Pauli, Abhandlungen I. S. 76. II. S. 7. 56. 66. 74.

sich = thüringischen Stammesrecht, indem die Sachen, welche darunter befaßt wurden, meistens auch zur Aussteuer gehörten, und also ein bevorzugter Anspruch der Frau und ihrer weiblichen Verwandten auf dieselben sich leicht entwickeln konnte.<sup>12)</sup> Den Gegensatz zu diesem Vermögenstheile bildete dann die kriegerische Rüstung des Mannes (das Heergeräthe oder Heergewette), welche den Schwertmagen zufiel.<sup>13)</sup> — Als Gegenleistung aber für die Mitgift der Frau kommt schon früh eine Widerlage von Seiten des Mannes vor.<sup>14)</sup>

III. Bei Eingehung der Ehe pflegte der Mann seiner Frau ein Leibgeding zur Wittwenversorgung auszusetzen, gewöhnlich in der Form eines dinglichen Nutzungsrechts an Grundstücken<sup>15)</sup>; außerdem war noch eine Morgengabe gebräuchlich, eine Schenkung beweglicher Sachen, welche die Frau am Hochzeitmorgen zu freiem Eigenthume erhielt.<sup>16)</sup>

12) L. Angl. et Werin. tit. VI. cap. 6. tit. VII. cap. 3. — Sächf. Landr. B. I. Art. 24. §. 3. — Grimm a. a. D. S. 566. ff. — Heydemann, die Elemente der Joachim. Constitution S. 75 ff. — Siegel, das Deutsche Erbrecht §. 31.

13) L. Angl. et Werin. tit. VI. cap. 5. — Sächf. Landr. B. I. Art. 22. §. 4. — Grimm a. a. D. — Heydemann a. a. D. — Der Schwabenspiegel, dessen Rechtssystem die Gerade fremd ist, kennt doch das Heergeräthe als Todtleibe im engeren Sinne, s. Siegel a. a. D. S. 172–73.

14) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 23. — Vgl. Kraut, die Vormundschaft II. S. 480. ff. — Koehler, de contradote juris Germanici. Kiliae, 1837. 4. — Eckardt in der Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 462. ff.

15) Sächf. Landr. B. I. Art. 21. §. 1. — Schwäb. Landr. Cap. 20. 21. — Albrecht, Gewere §. 22. — Lehre von den Erbvertr. I. S. 197–217. — Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 104–6. 282.

16) Sächf. Landr. B. I. Art. 20. — Schwäb. Landr. Cap. 19. — Lehre von den Erbvertr. a. a. D. S. 217–21. Die allerdings auffallende Zusammenstellung der Sachen, welche nach dem Sachsenspiegel zur Morgengabe gereicht werden, hat Kraut a. a. D. S. 538. ff. veranlaßt, dieselbe nach diesem Rechtsbuch ausnahmsweise als Vergabung von Todes wegen aufzufassen. Aber diese Ansicht ist ganz unhaltbar. — Uebrigens

IV. Von Bedeutung für das Güterrecht der Ehegatten war von Alters her der Vertrag, sowohl für die Verhältnisse unter Lebenden<sup>17)</sup>, als auch von Todes wegen. Doch ist der Erbvertrag unter Ehegatten erst im späteren Mittelalter an die Stelle der alten Vergabung getreten.<sup>18)</sup>

V. Nach Aufhebung der Ehe fiel das durch sie vereinigte Vermögen der Eheleute wieder nach seinen ursprünglichen Bestandtheilen aus einander, wenn nicht eine wechselseitige Vergabung von Todes wegen oder die Fortführung der Gemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern die Zweieung verhinderte. Allgemein aber galt die Regel, daß der überlebende Ehegatte mehr als sein Eingebrahtes aus der Gemeinschaft herauszog, wenn auch die Beschaffenheit und der Umfang dieses Vortheils verschieden festgestellt waren.<sup>19)</sup> Dem für die Ehegenossenschaft aufgestellten Princip gemäß konnte dieser Vortheil, wenigstens soweit er mit der Errungenschaft in Verbindung stand, nicht wohl als ein eigentliches Erbrecht aufgefaßt werden, wenn auch in dieser Beziehung die Ausdrucksweise der Rechtsquellen zuweilen eine strenge Scheidung der Rechtsbegriffe vermissen läßt.<sup>20)</sup> Eine Universalsuccession im

---

ist zu bemerken, daß zuweilen auch das Leibgeding unter dem Namen der Morgengabe vorkommt; s. Kraut a. a. D. S. 537. Note 14.

17) z. B. bei der Uebernahme der Mitgift gegen eine Schätzung, s. Sächf. Landr. B. III. Art. 74. a. G., bei der Ausbedingung von Sonder- oder Einhandsgütern (Spielfennige, denarii trophales), s. Pauli, Abhandlungen II. §. 12. 13. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 130.

18) Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 188. ff.

19) So erhielt die Frau nach dem Sachsenspiegel außer dem Leibgeding nur ihr Eingebrahtes (s. v. Sydow, Erbrecht S. 265.) und Gerade und Musztheil (die Hoffspeise, s. Sächf. Landr. B. I. Art. 24. §. 2.), blieb aber bis zum dreißigsten Tage nach dem Tode des Ehemanns im Erbesitzen, s. a. a. D. Art. 22. §. 1. Der Wittwer dagegen gab den Erben der Frau nur das eingebrachte Eigen und die Gerade heraus, s. a. a. D. Art. 31. §. 1. In den meisten späteren Rechtsquellen ist nun das Recht des überlebenden Ehegatten vereinfacht und erweitert; s. den folgenden §.

20) Seydemann a. a. D. S. 49. 61. — Siegel a. a. D. S.

Sinne des heutigen gemeinen Rechts war in keiner Weise begründet.

§. 137.

Spätere Entwicklung.

Wenn das eheliche Güterrecht der älteren Zeit in seinen wesentlichen Grundzügen auch als ein gleichartiges dargestellt werden kann, so muß doch von Anfang an eine gewisse Verschiedenheit einzelner Stammesrechte anerkannt werden, welche in ihrer weiteren Ausbildung auf die Gestaltung der ganzen Lehre einen großen Einfluß ausgeübt hat. Während nämlich nach dem Rechte der Ostphalen und Engern die Wittwe nur auf ein Leibgeding angewiesen war und auf die Errungenschaft keinen Anspruch hatte, verhielt sich die Sache bei den Westphalen und den Franken (wenigstens den ripuarischen) anders: bei diesen Völkerschaften fiel der Wittwe ein bestimmter Antheil an der Errungenschaft zu.<sup>1)</sup> Dieß letztere Recht weist an sich schon auf eine größere Einheit des Vermögens während der Ehe hin, und da, wo es galt, hat sich später die in demselben ausgesprochene Richtung verstärkt und zur Entwicklung der Gütergemeinschaft wesentlich beigetragen.<sup>2)</sup>

Im Allgemeinen zeigt sich aber im deutschen ehelichen Güterrecht ein Entwicklungsproceß, welcher dem in Rom vorgegangenen geradezu entgegengesetzt ist. Während nämlich die Vermögenseinheit der strengen römischen Ehe sich allmählich in das gesonderte Güterrecht des Dotalsystems aufgelöst hat, so tritt bei den Deutschen umgekehrt die entschiedene Neigung hervor,

---

142. ff. Im Allgemeinen muß an die weite Bedeutung der Wörter: Erbe, erben erinnert werden, welche nicht immer auf eine Nachfolge von Todes wegen bezogen werden; s. Lehre von den Erbvertr. I. S. 13. ff. — Pauli, Abhandlungen II. S. 163.

1) S. oben §. 135. Note 9.

2) Heise und Cropp, juristische Abhandlungen II. S. 455—56. — Seydeman, Elemente der Joachimischen Constitution S. 220 ff.

die äußere, durch die Kraft der Ehe zusammengehaltene Gemeinschaft des Vermögens zu verstärken und sie über die Dauer der ehelichen Verbindung hinauszuführen. Freilich konnte dieß Ziel nur dann vollständig erreicht werden, wenn die Ansprüche der weiteren Familie an den Grundbesitz, welche in dem Beispruchsrecht der nächsten Erben ihren Ausdruck gefunden hatten, vor der überwiegenden Bedeutung der Ehe zurücktraten, und daher finden sich die neuen Formen des Güterrechts zuerst und am Häufigsten bei der städtischen Bürgerschaft, welche ihrer ganzen Richtung nach und bei dem Erfaß, welchen das ausgebildete Gemeinwesen ihr bot, überhaupt darauf angewiesen war, die engen Schranken, welche die ältere Familie errichtet hatte, zu durchbrechen.<sup>3)</sup> Auf der anderen Seite konnte diese Neuerung in denjenigen Ständen, welche ein besonderes Gewicht auf die Familienverbindung legten, am Wenigsten Eingang finden, und so erklärt es sich, daß der hohe Adel unbedingt und meistens auch die Ritterschaft die eheliche Gütergemeinschaft von sich fern gehalten haben, daß aber in den Gegenden, wo sie ein allgemeines landrechtliches Institut wurde, im Interesse der weiteren Familie gewisse Beschränkungen ihrer vollen Wirkung z. B. durch das Fallrecht häufig in Geltung blieben.

Die bezeichnete Richtung des deutschen Rechts auf eine Erweiterung der ehelichen Güterrechte ist aber, wie schon bemerkt worden, bei denjenigen Stämmen, welche der Wittwe kein Recht auf die Errungenschaft gewährten, nicht zur vollen Entwicklung gelangt. Auch in den ostphälischen Städten machte sich freilich das Bedürfniß geltend, die zum Theil schwerfällige und dem Credit nachtheilige Sonderung des Vermögens nach seinem Ursprunge und seiner Beschaffenheit, zu beseitigen; aber man ging doch nicht weiter, als daß man die Ausscheidung der

---

3) Haffe in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IV. S. 98. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 113. 257. 302.

Gerade, der Morgengabe und des Nustheils aufgab, auch das Leibgebing der Wittwe allmählich fallen ließ, und statt dessen der Wittwe den dritten Theil von dem gesammten Vermögen des verstorbenen Mannes zu freiem Eigenthume überwies.<sup>4)</sup> Diese Bestellung des Drittheilsrechts, welches mittelbar auch die Güterrechtsverhältnisse während der Ehe vereinfachte, wurde noch durch die in den märkischen Stadtrechten ausgebildete Gewohnheit übertroffen, daß dem überlebenden Ehegatten die Hälfte des Gesamtvermögens gebühre<sup>5)</sup>, — eine Einrichtung, welche in den mecklenburgischen Städten des stargardschen Kreises sich später zu einer wahren Gütergemeinschaft entwickelte.<sup>6)</sup> Ueberhaupt lag in den Rechtsverhältnissen des städtischen Bürgerthums die Aufforderung zu einem solchen Schritt, und wenn derselbe auch vorzugsweise bei der beerbten Ehe erleichtert war, so kann es doch nur als zufällig angesehen werden, wenn einige Städte westphälischen Rechtes, insbesondere Lübeck diese Beschränkung principiell festgehalten haben.<sup>7)</sup> In dem eigentlichen Westphalen blieb man nicht dabei stehen, ja die Gütergemeinschaft breitete sich hier auch über einen großen Theil des

4) Verm. Sachsensp. (Ortloff) B. I. Cap. 14. Dist. 4. „Abir in wickbilde der stad, do man dritten teyl gibt, do en ist daz nicht; wen alle frouwen sin ane lipgebinge, ane morgengabe, ane gerade vorscheyden mit oren dritten teyl, daz er recht eygen ist, do mete sy eynen andern man nemmet, des es denne wert. Nemmet sy feynen andern man unde had nicht kinder, so erbet sy daz uff ore nesten, unde nicht uff ores mannes.“ Vgl. Cropp a. a. D. Nr. 16. §. 10.

5) Diese Gewohnheit, dem Magdeburgischen Rechte bestimmt entgegengesetzt, war schon um das Jahr 1200 fest begründet; s. Heydemann a. a. D. S. 221.

6) v. R am p f, Beiträge zum Mecklenburg. Staats- und Privatrechte II. S. 169—338. IV. S. 195—228. — Handbuch des Mecklenburg. Zivilrechts §. 199. — Müller, Beitrag zu der im Stargard'schen Kreise des Großherzogthums Mecklenburg-Strelitz geltenden ehelichen Gütergemeinschaft. Neubrandenburg, 1852.

7) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 2. Art. 11. 12. — Haffe a. a. D. S. 96. ff. — Pauli, die ehelichen Erbrechte nach Lübischem Rechte (Abhandlungen Th. II.).

platten Landes aus.<sup>8)</sup> — Einen ganz selbständigen Entwicklungsgang hat aber diese Institution in den Ländern des fränkischen Rechts genommen. Hier kommt schon früh ein Anspruch des überlebenden Ehegatten auf die ganze Errungenschaft vor<sup>9)</sup>; allmählich wurde auch das Eingebachte in die Gemeinschaft gezogen, und so bildete sich als ein Institut des gemeinen fränkischen Rechts die gesammte Hand in der Ehe aus, welche nur ein gemeinsames Vermögen beider Ehegatten kennt, dasselbe auch nach Auflösung der Ehe bei dem überlebenden läßt, jedoch so, daß, wenn Kinder vorhanden, diesen die Grundstücke verfangen sind, d. h. sie bleiben in Nutzung und Verwaltung des überlebenden Ehegatten bis zu dessen Tode, müssen aber den Kindern unverfehrt erhalten werden. Weniger allgemein als das Verfangenschaftsrecht war das Fallrecht (*jus recedentiae* s. *revolutionis*), welches bei der kinderlosen Ehe die Liegenschaften den Verwandten offen hielt.<sup>10)</sup> So hatte sich in dem großen Ländergebiet von Trier bis Koburg und von Köln bis Freiburg in gleichartiger Entwicklung ein neues Rechtssystem festgesetzt, welches erst seit der Aufnahme des römischen Rechts des leitenden Principis beraubt und vielfach mißverstanden, in verschiedene, größtentheils verkümmerte Institute aufgelöst worden ist.<sup>11)</sup>

8) P. Wigand, die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey. Band II. (Leipzig 1852) S. 1—140., wo sich eine ansprechende Darstellung der geschichtlichen Entwicklung dieses Institutes findet. — Eine Uebersicht der bestehenden Verhältnisse giebt Sommer, neues Archiv für Preuß. Recht XI. Nr. 22.

9) Wormser Dienstrecht Art. 1. (s. oben §. 135. Note 9.).

10) C. A. Dewies, das Recht der Verfangenschaft. Köln, 1829., und: Lichtstrahlen in das finster umwölkte Verfangenschaftsrecht nach den Statuten der Herzogthümer Jülich-Berg. Köln, 1833., besonders aber L. S. Guler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt am Main bis zum Jahre 1509. Frankfurt a. M. 1841.

11) C. Guler, Zeitschrift für deutsches Recht X. Nr. 1. „Die Fortbildung und Gestaltung des Fränkischen ehelichen Güterrechts seit dem Eindringen des römischen Rechts.“ — Das fränkische Güterrechtssystem



Im Gegensatz zu dieser westphälisch-fränkischen Rechtsentwicklung findet sich im schwäbischen und bairischen Rechte die bloß äußere Gütervereinigung während der Ehe für die Grundstücke beibehalten, indem nur in Betreff der fahrenden Habe eine gewisse Gemeinschaft eintrat, welche sich selbst auch nach Auflösung der Ehe in dem Rechte der Wittwe, für welche es keine besondere Gerade gab, geltend machte.<sup>12)</sup> Doch hat dieß Moment so wenig wie die verschiedene Wirkung, welche die beerbte und die unbeerbte Ehe hatte<sup>13)</sup>, zu einer principiellen Aenderung des Rechtssystems geführt, und wenn auch in bairischen und schwäbischen Städten ausnahmsweise eine Gütergemeinschaft vorkommt, so zeigt sich in dieser Erscheinung nur die Kraft der Autonomie, welche es der Bürgerschaft möglich machte, die eigenen Angelegenheiten nach dem besonderen Bedürfnisse selbständig zu ordnen, was um so eher geschehen konnte, da sich in dem Rechte befreundeter Städte leicht ein nachahmungswürdiges Vorbild darbot.<sup>14)</sup> Ueberhaupt läßt sich die Entwicklung des deutschen ehelichen Güterrechts nur in seinen großen Zügen nach der Verschiedenheit der Stämme und Stände schildern; im Einzelnen hat oft Zufall und Willkür den Ausschlag gegeben. Daher erklärt sich die große Mannichfaltigkeit der Einrichtungen, die zuweilen auf einem beschränkten Raume, unter fast gleichen Voraussetzungen vorkommt, so daß einzelne

---

galt im Wesentlichen auch in Württemberg, wurde aber auch hier durch die Landrechtsgesetzgebung zur Errungenschaftsgemeinschaft umgestaltet; s. die Berichte der Städte und Ämter aus dem Jahre 1552. bei Fischer, Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge II. S. 131—302., und die lichtvolle Darstellung dieser Einrichtungen von Wächter, Handbuch I. S. 193. ff.

12) Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 8. 127. 143. 144. Vgl. überhaupt Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 281—90.

13) Haffe a. a. D. S. 87. ff.

14) S. das Landshuter Statut v. 1423. mit der Erläuterung von Rittermaier in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft II. Nr. 14.

Bezirke, wie Westphalen, Schleswig-Holstein die bunte Mischung des Ganzen in sich wieder abspiegeln. Dieß konnte um so mehr geschehen, als mit der Aufnahme des römischen Rechts ein dem deutschen Familienwesen fremdes Princip in die Jurisprudenz eindrang, was sich dann in zwiefacher Weise wirksam zeigte, indem theils das Dotalsystem sich geltend zu machen suchte, theils die sichere Beherrschung der im Volksrechte wurzelnden Institutionen erschüttert ward. Aus diesem Kampfe der verschiedenen Rechtssysteme sind wieder neue Formen der Güterverhältnisse hervorgegangen, welche bald mehr nach der Seite des fremden, bald mehr nach der des einheimischen Rechtes neigen. Das Bedürfnis der individuellen Regelung dieser Verhältnisse suchte sich aber in der oft unerträglichen Verwirrung sein Organ, und dazu bot sich vor Allem der Ehevertrag dar, welcher schon in der älteren Zeit für die Ordnung des ehelichen Güterrechts vielfach zur Anwendung gebracht worden war. Besonders aber diente die Vergabung von Todes wegen, welche erst später durch den Erbvertrag abgelöst wurde, dazu, die Richtung auf eine engere Verknüpfung der ehelichen Vermögensverhältnisse zu verwirklichen, und insbesondere die für die Ehe begründete Gütervereinigung auch über ihre Dauer hinaus zum Besten des überlebenden Ehegatten festzuhalten und zu sichern. Indem aber mit diesem Geschäfte bestimmte rechtliche Wirkungen verbunden waren, welche als die nothwendige Folge des Principis der Auflassung erschienen, mußte es geschehen, daß dasselbe auch auf die materielle Gestaltung der ehelichen Gütergemeinschaft von entscheidendem Einfluß wurde.<sup>15)</sup>

---

15) Fast alle Schriftsteller, welche die Entwicklung der ehelichen Gütergemeinschaft geschichtlich verfolgt haben, heben den Einfluß der Ehestiftungen und Vergabungen auf dieselbe hervor, ohne jedoch immer die Bedeutung dieser Geschäfte für die principielle Ausbildung des Instituts gehörig zu würdigen. S. Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 451. — Berck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 117. — P. Wigand a. a. D. S. 40. — Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft nach dem

Die verschiedenen Formen des jetzt geltenden ehelichen Güterrechts scheiden sich nun in zwei Gruppen, je nachdem das Princip der Gemeinschaft oder das der Sonderung des Vermögens in ihnen zum Ausdruck gekommen ist, so daß die allgemeine Gütergemeinschaft und das Dotalsystem die beiden äußersten Gegensätze bezeichnen. Zwischen diesen beiden Extremen steht aber in einer gewissen Selbständigkeit die Gütervereinigung, welche sich im Wesentlichen übereinstimmend mit den Grundsätzen der Rechtsbücher erhalten hat und eine besondere Darstellung erheischt, während diejenigen Institute, in denen die beiden bezeichneten äußersten Richtungen nur in einer mehr oder weniger abgeschwächten Weise durchgeführt worden sind, bei der principiellen Erörterung der Hauptlehren berücksichtigt werden können. Demnach ist zuerst von dem gesonderten Güterrecht (§. 138.), dann von der Gütervereinigung (§. 139.) und zuletzt von der Gütergemeinschaft (§. 140—41.) zu handeln. Wenn bei dieser Eintheilung zunächst freilich nur die während der Ehe bestehenden Rechtsverhältnisse in Betracht kommen, so ist doch schon hier zu bemerken, daß die verschiedene Beschaffenheit derselben auch über die Dauer der Ehe hinaus ihre Wirksamkeit zeigt, indem die natürliche Erscheinung eintritt, daß, je enger die Vermögensseinheit unter den Ehegatten gewesen, desto nachhaltiger auch ihr Einfluß auf das Recht des Längstlebenden ist. In dieser Beziehung hat aber eine Rechtsentwicklung statt gefunden, welche sich nicht genau an die während der Ehe bestehenden Güterrechtsverhältnisse anschließt; denn das Princip des deutschen Rechts, daß dem überlebenden Ehegatten gewisse Vortheile aus der durch den Tod aufgelösten Verbindung ge-

---

Münsterschen Provinzialrechte (Bonn, 1831.) S. 130. — Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 155. — Heydemann, die Elemente der Joachimischen Constitution S. 259. 264. — Pauli, Abhandlungen II. S. 59. 93. 117. — Bluntschli a. a. D. I. S. 442. 447. — Guler, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 17. 19. — Lehre von den Erbverträgen I. §. 6. II. 1. §. 7. 9.

sichert werden müssen, ist zum Theil auch da in Geltung geblieben, wo im Uebrigen das Dotalsystem aufgenommen worden. Doch gehört diese Seite des ehelichen Güterrechts dem Erbrechte an: in der folgenden Darstellung ist sie nur in so weit berücksichtigt worden, als sie unmittelbar mit dem Rechtsinstitut, welches während der Ehe gilt, zusammenhängt und mit demselben nicht bloß äußerlich verbunden, sondern als dessen nothwendige Folge und Ergänzung erscheint. Dieß ist aber in gewisser Weise, sowohl bei der Gütervereinigung, wie bei der Gütergemeinschaft der Fall, und zwar nicht allein für den überlebenden Ehengatten, sondern auch für die Kinder, deren Rechtsverhältniß gleichfalls durch die Beziehung zu der ehelichen Genossenschaft, deren Glieder sie sind, bestimmt wird. Daher mußte das Recht der Kinder in der Here, so wie die Lehre von der Abschtung und der Einkindschaft (§. 142—43.) in diesem Abschnitte ihre Darstellung finden.

## §. 138.

## Das gesonderte eheliche Güterrecht.

Obgleich das römische Recht für die ehelichen Güterverhältnisse nur zu einer beschränkten Geltung gelangt ist, und den deutschen Rechtsformen in räumlicher Ausdehnung nachsteht, so ist demselben doch auch für diese Lehre die Bedeutung der gemeinrechtlichen Regel vindicirt worden, so daß eine allgemeine Vermuthung gerade für das Dotalsystem bestehen soll.<sup>1)</sup> Allein eine solche Unterscheidung verschiedener Arten des gemeinen Rechts bloß nach dem Ursprunge der Rechtsquellen ist nicht begründet; die Frage, ob römisches oder deutsches Güterrecht und beziehungsweise welche Form des letzteren im besonderen Fall zur Anwendung kommt, muß nach den allgemeinen Grundsätzen über die Rechtserkundung beantwortet werden.<sup>2)</sup> Findet

1) Neuerdings hat besonders Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 4. diese Ansicht verfochten.

2) S. oben Band I. §. 9. — Volkrecht und Juristenrecht S. 98. ff.

sich dann das römische Institut in Geltung, so sind die für dasselbe aufgestellten Normen insoweit zur Anwendung zu bringen, als nicht eine Abweichung von denselben in der modernen Rechtsbildung sich herausstellt.

I. Das Princip des römischen Rechts, daß, insofern nicht ein Vermögenstheil zur Dos bestimmt ist, die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten ohne besondere Verabredung vollständig getrennt erscheinen, steht mit der ehelichen Gewalt des Mannes, welche das deutsche Recht ausgebildet hat, im unmittelbaren Widerspruch; auch hat gerade da, wo diese deutsche Rechtsanschauung in ihrem ganzen Umfange festgehalten worden ist, das römische Güterrecht sich nicht festsetzen können. Es läßt sich aber auch umgekehrt behaupten, daß in den Gegenden, wo das Dotalrecht zur Anerkennung gelangt ist, die eheliche Gewalt des Mannes für die Güterverhältnisse im Wesentlichen ihr Ende erreicht hat. Mit dieser Annahme läßt sich die früher aufgestellte Ansicht, daß die Familiengewalt des Mannes noch immer in einem gewissen Grade das Recht der Ehe bestimme, recht wohl vereinigen. Denn es ist ja eben das Wesen des Dotalsystems, daß das Vermögen der Frau im Allgemeinen nicht für die eheliche Rechtsgemeinschaft bestimmt ist; es kann also deren Vertretung und Leitung durch den Mann das abge sonderte Recht der Frau nicht erfassen. Der persönliche Schutz aber, welchen sie bei dem Haupte der Familie findet, reicht nur so weit, als sie dessen bedarf, und ihre Vermögensfähigkeit im Allgemeinen ist nicht zu bezweifeln.<sup>3)</sup>

Indessen hat doch die Bedeutung, welche auch das moderne Recht der Familiengewalt des Mannes beilegt, zuweilen auf das eheliche Güterrecht eingewirkt, selbst wenn für dasselbe die eigentlich deutschen Rechtsformen nicht beibehalten worden sind. So hat das Oesterreichische Gesetzbuch, obgleich es in dieser Lehre im Wesentlichen dem römischen Recht folgt, doch einzelne

---

3) S. oben §. 134. Note 7—9.

Bestimmungen aufgestellt, welche eine Annäherung an das deutsche Recht in sich schließen.<sup>4)</sup> Noch weiter ist man in denjenigen Rechten gegangen, welche zwar die gesonderten Güterverhältnisse der Ehegatten principiell anerkennen, namentlich auch der Frau wegen ihres Eingebrachten eine hypothekarische Sicherheit am Vermögen des Mannes gewähren, dem letzteren aber doch im Sinne der älteren deutschen Gütervereinigung die Verwaltung und Benutzung des Frauengutes von Rechts wegen einräumen. Der Schwerpunkt dieser, unter dem Einfluß der sächsischen Jurisprudenz ausgebildeten Institution, welche gewöhnlich als ehemännlicher Nießbrauch (*ususfructus maritalis*) bezeichnet wird<sup>5)</sup>, liegt auf der Seite des Sonderrechts, und dieser Gesichtspunkt muß bei der Entwicklung des Einzelnen

---

4) Destr. Gesetzbuch §. 1238. „So lange die Ehegattin nicht widersprochen hat, gilt die rechtliche Vermuthung, daß sie dem Manne als ihrem gesetzmäßigen Vertreter die Verwaltung ihres freien Vermögens anvertraut habe. §. 1239. Der Ehegatte wird in Rücksicht einer solchen Verwaltung zwar überhaupt wie ein anderer bevollmächtigter Sachwalter angesehen; doch haftet er nur für das Stammgut oder Capital. Ueber die während der Verwaltung bezogenen Nutzungen ist er, wenn es nicht ausdrücklich bedungen worden, keine Rechnung schuldig; diese wird vielmehr bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung für berichtigt angesehen. §. 1240. Auch die Ehegattin ist nicht schuldig, den Fruchtgenuß, den sie ihrem Manne abgetreten, aber während der Ehe selbst bezogen hat, zu verrechnen; es steht aber den Ehegatten frey, dergleichen stillschweigend eingestandene Verwaltung einzustellen“.

5) Ueber das sächsische Recht s. Haubold, Lehrbuch §. 70–76. — Saxe, Handbuch §. 143–52. — Orloff, Grundzüge §. 329. Auch das Pr. A. L. R. steht im Wesentlichen auf diesem Standpunkte, s. Th. II. Tit. 1. §. 205. „Durch die Vollziehung der Ehe geht das Vermögen der Frau in die Verwaltung des Mannes über; insofern diese Verwaltung der Frau durch Gesetze oder Verträge nicht ausdrücklich vorbehalten worden. §. 231. In Ansehung des eingebrachten Vermögens der Frau hat der Mann alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers (Th. I, Tit. 21. Abschn. 1.). §. 259. In welcher Ordnung die Frau aus der Masse befriedigt werden müsse, wird in der Concursordnung bestimmt.“ Ueber die holsteinischen Rechte s. Falk, Handbuch IV. §. 71. und überhaupt Runde a. a. D. §. 42–49., welcher die unangemessene Bezeichnung „nießbräuchliche Gütergemeinschaft“ vorschlägt.

festgehalten werden. Wenn daher auch von dem Manne keine Sicherheitsstellung wie bei dem römischen Nießbrauch und keine Rechnungslegung wie bei der Verwaltung eines anderen fremden Vermögens verlangt werden kann<sup>6)</sup>, so ist seine Befugniß doch im Allgemeinen auf den Begriff der Verwaltung zu beschränken, eine Veräußerung ohne Zustimmung der Frau also nur in sofern für zulässig zu halten, als sie z. B. hinsichtlich der bezogenen Früchte, aus der Natur der Wirthschaftsführung hervorgeht.<sup>7)</sup> Selbst für die Einziehung von Capitalien pflegt die Einwilligung der Frau verlangt zu werden<sup>8)</sup>; überhaupt aber ist dieser Nießbrauch im Interesse der Ehegemeinschaft begründet und nicht als ein einseitiges Recht des Ehemannes aufzufassen, so daß namentlich im Fall seiner Ueberschuldung ein Anspruch auf den anständigen Unterhalt der Frau und der Kinder aus dem Ertrage des Frauengutes gerechtfertigt ist.<sup>9)</sup>

II. Eine Dos im Sinne des römischen Rechts ist erst nach dessen Aufnahme in Deutschland bekannt geworden, gehört aber jetzt unserem Rechtssysteme an, insofern nicht die Grundsätze der ehelichen Gütergemeinschaft sie ausschließen, oder die besonderen Institute des Adels- und Bauernrechts eine Abweichung begründen.<sup>10)</sup> Unter dem Begriff der Dos pflegt jetzt

6) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 255. — Archiv für das oldenburg. Recht III. Nr. 24. — IV. Nr. 9. Bedarf es hier einer römischen Analogie, so ist sie in dem Rechte des Familienvaters an den Adventitien der Kinder zu finden.

7) Sächse a. a. D. §. 144. Das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 247. bestimmt freilich: „Ueber die eingebrachten Mobilien hat der Mann die freie Verfügung“; aber dem Wesen des sächsischen Institutes entspricht diese, dem älteren Rechte entlehnte Vorschrift nicht.

8) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 233—44. — Haubold a. a. D. §. 70. Note c. — Kunde a. a. D. §. 46. — Archiv für das oldenburg. Recht IV. Nr. 9.

9) Ehursächs. erläuterte Proceßordnung ad tit. 39. §. 21. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 258. — Francke in dem Archiv für civ. Praxis XVIII. S. 7. Note 19.

10) Eichhorn, Einleitung §. 302. Vgl. oben §. 135. Note 11.

auch die *Aussteuer* (Ausfertigung, Brautwagen, *adparatus s. instructus muliebris*) befaßt zu werden<sup>11)</sup>, indem besondere Gründe entgegenstehen müssen, wenn sie dieses Vorzuges nicht theilhaftig werden soll.<sup>12)</sup> In den Rechten aber, welche den ehemännlichen Nießbrauch ausgebildet haben, hat die Unterscheidung der *Dotal-* und *Paraphernalgüter* während der Ehe ihre eigentliche Bedeutung verloren, indem es im Wesentlichen darauf ankommt, wie die Rechte der Frau an ihrem Eingebrachten den Gläubigern des Mannes gegenüber gewahrt sind. In dieser Beziehung hat die sächsische Praxis zwischen demjenigen Vermögen, welches die Frau bei Eingehung der Ehe eingebracht, und dem, welches später hinzugekommen ist, unterschieden, und nur für das erstere die römischen Pfandprivilegien, dagegen für das letztere nur eine gewöhnliche gesetzliche Hypothek an dem Vermögen des Mannes eingeräumt<sup>13)</sup>; andere Particularrechte geben dem Frauengut, ohne Rücksicht auf die Zeit des Einbringens, die Vorzüge des *Dotalgutes*.<sup>14)</sup> Wo aber, wie jetzt gewöhnlich, durch die Einrichtung der Hypothekenbücher die römischen Pfandprivilegien beseitigt sind und an Stelle der gesetzlichen Hypothek nur ein Anspruch auf die Eintragung gegeben ist, da hat jene Unterscheidung überhaupt ihre Bedeutung verloren.<sup>15)</sup>

III. Die besonderen Güterarten des älteren Rechts, welche zum Besten der Frau von dem übrigen in der Ehe vereinigten Vermögen ausgeschieden waren, sind fast ganz verschwunden, indem sie entweder in die Gütergemeinschaft aufgegangen sind,

11) Pufendorf, *observatt. jur. I. obs. 206.* — Strube, *rechtliche Bedenken I. Nr. 53.*

12) Insoweit ist den von Gruppen, *de uxore Theotisca cap. III. §. 9. sqq.* erhobenen Bedenken nachzugeben; auf die Erwägung des einzelnen Falles stellt Alles Thibaut, *System I. §. 334.*

13) Haubold, *Lehrbuch §. 74.* — Sachsse, *Handbuch §. 150.*

14) Falck, *Handbuch IV. §. 71.*

15) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 254. — Runde a. a. D. §. 46.



oder in der statutarischen Erbgebühr und den modernen Formen der Wittwenversorgung ihren Erfaß gefunden haben. Insbesondere kommt die Gerade selbst in dem Bereiche des bäuerlichen Güterrechts wohl kaum noch vor<sup>16)</sup>, und wenn auch die Morgengabe noch in den neueren Gesetzbüchern als ein allgemein gültiges Rechtsinstitut aufgeführt wird<sup>17)</sup>, so ist deren practische Bedeutung doch nicht hoch anzuschlagen, selbst nicht für das particuläre Adelsrecht, in welchem sie sich am Längsten erhalten hat.<sup>18)</sup> Soweit sie noch gilt, sind die Grundsätze des älteren Rechts für dieselbe als maassgebend anzusehen; die Frau erwirbt das Eigenthum an der übergebenen Morgengabe, hat aber im Fall der Auslobung kein gesetzliches Pfandrecht an des Mannes Vermögen zur Sicherung ihres Anspruchs.<sup>19)</sup>

Wichtiger als diese Institute, wenn auch vorzugsweise nur im Kreise des Adels- und Bauernrechts üblich, ist die Wittwenversorgung, welche sich auf Grund des älteren Leibgedings und der Widerlage entwickelt hat.

a. Das Witthum (vidualitium). Im weiteren Sinne wird darunter jeder Vortheil verstanden, welchen die Frau außer der statutarischen Erbgebühr aus dem Nachlasse des Mannes erhält; im engeren Sinne ist es diejenige Wittwenversorgung, welche ihr unabhängig von dem eingebrachten Heirathsgute zukommt.<sup>20)</sup>

16) S. jedoch Pufendorf l. c. I. obs. 93. — IV. obs. 136.

17) Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 16. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 207. — Oesterr. Gesetzbuch §. 1232. Vgl. Lüneburg. Polizeiordnung v. 1618. Cap. 24. §. 3. — Grefe, Leitfaden II. §. 45.

18) Brem. Ritterrecht Tit. 6. §. 3. (Die in §. 1. und 2. behandelte f. g. Morgengabe ist das Leibgeding des älteren Rechts). — Für die sächsische adeliche Wittwe hatte sich ein besonderes Recht der gesetzlichen Morgengabe und des Nutztheils erhalten, welches aber durch das Mandat über die Erbfolge v. 31. Jan. 1829. §. 99. 100. aufgehoben worden ist; s. Haubold, Lehrbuch (3. Aufl.) §. 404—407 b. Vgl. auch Brem. Ritterr. Tit. 8. Vom Nutztheile.

19) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. Nr. 45. Abweichend ist das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 269.

Dieselbe kann in Nutzungen von Landgütern und Capitalien oder in jährlichen Renten bestehen, und wird in neuerer Zeit auch durch den Einkauf in Wittwenkassen oder Lebensversicherungsgesellschaften beschafft.<sup>21)</sup> Im Allgemeinen liegt dem Institut noch das Princip des älteren Leibgedings oder der Leibzucht zum Grunde<sup>22)</sup>, welches besonders bei dem Witthume des hohen Adels und dem Altentheile des Bauernstandes klar hervortritt. Daher bedarf es in der Regel einer ausdrücklichen Bestellung<sup>23)</sup>, und es muß, falls diese nicht unmittelbar durch gerichtliche Auflassung geschieht, eine hypothekarische Sicherung hinzukommen, damit die Frau ein dingliches Recht erlange. Auch hat sie die Nutzungen und Hebungen immer nur auf Lebenszeit und verliert sie nach dem neueren Rechte in der Regel, wenn sie den Wittwenstuhl verrückt<sup>24)</sup>, was früher nicht der Fall war.<sup>25)</sup>

b. Die Widerlage, das Gegenvermächtniß (contrados).

---

20) Diese Begriffsbestimmung des Bidualitium im Gegensatze zu dem später zu erwähnenden Dotalitium ist jetzt gebräuchlich, s. Eichhorn, Einleitung §. 306. — Gar dt in der Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 488., in der älteren Rechtsprache werden aber beide Bezeichnungen nicht so genau auseinander gehalten. S. überhaupt Strube, vom Ursprung des teutschen Wittums und Leibgedings in den Nebenstunden V. Nr. 37. und Gar dt a. a. D. S. 437—93. Eine eigenthümliche Unterscheidung des Wittums und Leibgedings hat das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 457. ff., s. Bornemann, systemat. Darstellung VI. S. 213—14.

21) S. oben §. 129.

22) S. oben §. 135. Note 15.

23) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 456. ff. — Oesterr. Gesetzbuch §. 1242. — Haubold, Lehrbuch §. 406. — v. Kampp, Mecklenburg. Civilrecht §. 203. Abweichende Bestimmungen enthält für die adeliche Wittve das Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 15. Vgl. auch Brem. Ritterr. Tit. VII.

24) Bremer Ritterrecht a. a. D. §. 4. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 471. — Oesterr. Gesetzbuch §. 1244. — v. Kampp a. a. D. Note 16.

25) Sächf. Landr. B. III. Art. 76. §. 3. Auch das geseliche

Die römische *donatio propter nuptias* ist in Deutschland nie gemeines Recht geworden<sup>26)</sup>, wenn es auch nicht an Bestrebungen gefehlt hat, sie zur Geltung zu bringen.<sup>27)</sup> Dies hat aber nur bewirkt, daß das einheimische Rechtsinstitut der *Widerlage* theils particularrechtlich modificirt<sup>28)</sup>, theils in neueren Gesetzbüchern, wenn auch in abgeänderter Form, zu einer allgemeineren Anerkennung gelangt ist.<sup>29)</sup> Mit der *Widerlage* in Verbindung steht die *Besserung des Brautschazes* (*lucrum s. augmentum dotis*), welche aber ebenso wie das ursprüngliche Institut nur noch eine sehr beschränkte Geltung hat.<sup>30)</sup>

c. Eigenthümlich gestaltete sich aus einer Vermischung des Rechts der *Widerlage* und der *Leibzucht*, unter Einwirkung der römischen *donatio propter nuptias* das sächsische *Leibgebing* (*dotalitium*). Die adeliche Wittve kann nach diesem Institut, wenn keine Eheverträge errichtet sind, ihr Heirathsgut fordern oder statt dessen als Wittwenversorgung die zwiefache Verzinsung des Heirathsgutes, also zehn Procent von dem eingebrachten Capital.<sup>31)</sup> Diese Einrichtung, welche auch in

---

Leibgebing der adelichen Wittve in Sachsen (s. unten Note 31.) wird noch nach demselben Princip beurtheilt, weil das Heirathsgut darin steckt; s. Haubold a. a. D. §. 403 a. und überhaupt Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 124. II. Nr. 145.

26) Francke, Archiv für civilist. Praxis XXVI. S. 84.

27) Glück, Commentar XXV. S. 308. ff.

28) Haubold a. a. D. §. 78.

29) Baier. Landr. Th. I. Cap. 6. §. 14. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 456. 459. 469. — Oesterr. Gesetzb. §. 1230—31.

30) Dithmarsisches Landr. Art. 34. — Brem. Ritterrecht Tit. IV. §. 3. Tit. V. — Falck, Handbuch IV. S. 435. 476—77. — v. Kamph, mecklenburg. Civilrecht §. 203. Vgl. überhaupt Eckardt, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 474—78. und oben §. 135. Note 14.

31) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 42. 44. — Carpzov ad const. 42. cit. def. 2. — Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 120. — Zacharia, Handbuch des R. Sächs. Lehenrechts §. 197—200. — Eckardt a. a. D. S. 479 ff. Man wandte auf dieses Institut das Sprichwort an: „Leibgut schwindet Hauptgut.“

anderen Ländern des Sächsischen Rechts Eingang gefunden hat<sup>32)</sup>, ist im Königreich Sachsen selbst in neuerer Zeit aufgehoben worden.<sup>33)</sup>

## §. 139.

## Die eheliche Gütervereinigung.

Wenn die Grundsätze des älteren deutschen Güterrechts unter den Ehegatten in dem ehemännlichen Nießbrauche nur noch einen schwachen Ausdruck gefunden haben, und sie wiederum in der Gütergemeinschaft nach einer anderen Richtung hin verändert worden sind; so ist ihnen doch immer noch ein wenn auch beschränktes Gebiet übrig geblieben, auf welchem sie, so weit die moderne Form der Lebensverhältnisse und die Umwandlung des Rechtssystems im Allgemeinen es überhaupt gestatten, noch rein zur Anwendung kommen. Denn allerdings zeigt sich der Einfluß, den eine allgemeine Umänderung in den Zuständen des Volks- und Rechtslebens auf einzelne Rechtsinstitute nothwendig ausüben muß, auch hier wirksam. Die überwiegende Bedeutung des Grundbesitzes hat abnehmen müssen, seitdem er von der Familienverbindung abgelöst ist und das Capitalvermögen nicht mehr durch das Rentengeschäft in seiner Rechtssphäre festgehalten sieht; auch bedarf die für das ältere Recht so fruchtbare Entwicklung aus den Begriffen der Gewere, des Mundiums, der ehehaften Noth gegenwärtig eines Ersatzes, welcher den verwandten Instituten, die an deren Stelle getreten sind, nicht immer mit Sicherheit entnommen werden kann. So steht das ältere eheliche Güterrecht gewissermaßen vereinzelt im heutigen Rechtssysteme da, und kann seine Erklä-

---

32) Constitution für das Herzogthum Hinterpommern v. 1691. Tit. XVII. §. 1. — Constitution für die Ritterschaft der Neumark v. 1724. P. II. §. 22. — Saxe, Handbuch des Großherz. Sächsischen Privatrechts §. 358. Vgl. Kraut, Grundriß §. 206.

33) Durch das Mandat v. 31. Januar 1829. §. 99. 101., f. HausboId a. a. D. §. 403b.

rung und Fortbildung nur auf dem Wege einer künstlichen historischen Deduction finden, welche durch die Gütergemeinschaft, die wieder ihr besonderes Princip hat, um Vieles erschwert worden ist, weil deren Begründung das richtige Verständniß der älteren Einrichtungen auch in der Doctrin getrübt hat. Doch fehlt es auch in dieser Lehre nicht an einem leitenden Princip, welches das beiden Instituten Gemeinsame erkennen läßt und zugleich den Punkt, wo sie sich trennen, bezeichnet.

Auch das ältere eheliche Güterrecht beruht nämlich auf dem Gedanken, daß für die Ehegenossenschaft ein gemeinsames Vermögen besteht; nur ist derselbe in seiner weiteren Entwicklung nicht vollständig durchgedrungen: die zusammengebrachten Güter sind nur in der Ehe vereinigt, nicht aber zu einer neuen einheitlichen Masse umgeschmolzen. Daher wird, wenn es sich um die Veräußerung des Grundbesitzes handelt, auch während der Ehe unterschieden, von welcher Seite es herkommt, und nach der Trennung des Ehebundes fällt das durch denselben zusammen gehaltene Vermögen wieder auseinander. Bei der Gütergemeinschaft verhält sich dieß anders; doch zeigt bereits das ältere Rechtssystem Uebergänge zu dieser höheren Entwicklungsstufe. Schon der Sachsenspiegel spricht von einer gemeinsamen Gewere der Ehegatten<sup>1)</sup>; die Auflösung der besonderen Vermögensrechte der Frau in das Drittheilsrecht oder eine ähnliche Erbgebühr ist ein neues Moment, welches diese Richtung bezeichnet; aber vor Allem ist die erweiterte Verhaftung des Frauengutes für den Fall der echten Noth zu beachten<sup>2)</sup>,

1) Sächf. Landr. B. I. Art. 45. §. 2. „En wif ne mag ok ane irs mannes gelof nicht irs gudes vergeven, noch egen verkopen, noch lif-tucht uplaten, durch dat he mit ir in den geweren sit. Regede aver unde ungemannede wif verkopen ir egen ane irs vormüнден gelof, he ne si dar erve to.“

2) Altes Lübisches Recht (Sach Cod. II.) Art. 11. „So war man unde wif an echtschap ghot to samene hebber. is dat deme manne not an legghet, dat men ene dar schult (wegen Schulden) to eghene schal gheven oder (he) in openen orloghe vangen wert, in den heyden oder anders

welche in einzelnen Stadtrechten schon früh zu einer Verhaftung desselben für alle Schulden des Mannes ausgedehnt ward.<sup>3)</sup> Doch sind dieß eben nur Zeichen einer im Anzuge befindlichen neuen Rechtsbildung, ohne diese selbst schon in ihrer Vollendung zu bezeugen; sie lassen das ältere System der Gütervereinigung<sup>4)</sup> nach seinem wesentlichen Princip nach unberührt, und wo dieses sich daher innerhalb der angegebenen Grenzen erhalten hat, darf es auf eine unbefangene Anerkennung und Entwicklung Anspruch machen.<sup>5)</sup>

wor. den schal man ledeghen unde losen mit also daneme ghude, alse se to samene hebbet, it si der vruwen medegift oder woghedan gut se hebben, dar schal men ene mede losen.“ Vgl. rev. Lüb. Recht. B. I. Tit. 5. Art. 6. — Haffe, Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft IV. S. 102. ff.

3) a. a. D. Art. 96. — So wat oc en man lovet sunder wif ver ratmannen, dat schal dat wif gelden sunder wedersprake.“ — Bremer Statut v. 1303. (Delrichs S. 93.) Ord. 41. „So wor twe thosamene komet an echtschap. wot dhe hebbet dat is herer beydhe na stades rechte. storve er en, dhe ander scal sine sculde gelden dhes he bekent, dher men vullenkomen mach. da ne si ander ondersched unde dhes men vullenkomen mach mit hantfestinghe idher mit tughen.“ Vgl. Berck, über das Bremer Güterrecht der Ehegatten S. 452. ff. — Heise und Croypp, jur. Abhandlungen II. Nr. 16. §. 17. 18. — Pauli, Abhandlungen II. §. 24.

4) Ich wähle diesen von Runde, deutsches eheliches Güterrecht S. 5. gebrauchten Ausdruck, der bezeichnender ist, als formelle oder äußere Gütergemeinschaft. Gütereinheit, wie Gerber, System §. 230. dieß Rechtsverhältniß nennt, weist gegen dessen Natur auf eine Steigerung der Gütergemeinschaft hin.

5) Das entscheidende Moment ist, wie Croypp (Heidelberger Jahrbücher v. 1823. S. 119—23.) gegen Haffe (Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. IV. S. 100. ff.) ausgeführt hat, ob das Vermögen der Ehegatten schon während der Ehe zu einer einheitlichen Masse, einer Gütereinheit zusammengelassen ist. Daß dieß aber im späteren Lübischen Rechte bei der beerbten Ehe geschehen, läßt sich nicht wohl bezweifeln; s. den Rechtspruch des Oberhofs v. 1489. bei Michelsen Nr. 211. „alse denne de guder der frouwen syn van ereme frunde angestorven, wo met se to etlike tyden myt deme bruttschatte syn in deme samende geweest, so syn se dorch der hnyder doedt myt deme bruttschatte, des se ehne vormerige weren, wedder ulh deme samende gekomen, bedarff daromme eres gestorven mannes vrunden neyne delinge dar van doen.“ — Hier ist das „Samende“ offenbar in einem engeren Sinne aufgefaßt, und bezeichnet nicht bloß das in

I. Dem Manne steht über das gesammte, in die Ehe eingebrachte oder während derselben erworbene Vermögen die Verwaltung, Nutzung und Verfügung zu. Hat er dieß weite Recht auch im Interesse der Gemeinschaft auszuüben und gebietet die Sitte eine maassvolle Beschränkung bei der Veräußerung des Frauengutes; so ist er doch rechtlich nicht weiter gebunden, als daß bei Veräußerung der von der Frau eingebrachten Grundstücke ihre Zustimmung eingeholt werden muß. Fehlt diese, so ist ihr ein Vindicationsrecht vorbehalten, dessen Ausübung nicht mehr an die Fristen der alten Widersprache geknüpft ist, wenn

---

der Ehe äußerlich vereinigte Gesamtvermögen. Wenn Pauli, Abhandlungen II. S. 139., indem er die Bedeutung des angeführten Urtheils anerkennt, die Gütergemeinschaft wegen des ausgedehnten letztwilligen Verfügungsrechts des Ehemannes nicht zugeben will (vgl. a. a. D. S. 84. ff. 216. 17.), so legt er doch auf gewisse testamentarische Verfügungen, deren unbedingte Rechtsbeständigkeit im Falle der Anfechtung nicht unzweifelhaft ist, ein zu großes Gewicht. Wäre aber auch die Verfügung des Mannes nach dieser Seite hin fast unbeschränkt gewesen, so würde sich das bei der Gütergemeinschaft noch eher wie bei der bloßen Gütervereinigung erklären lassen: es würde nämlich eine, allerdings über das Princip des Gesamteigentums hinausgehende Bevorzugung des Mannes in der Vertretung der Ehegenossenschaft darstellen. — In Bremen ist die Gütergemeinschaft jedenfalls seit dem 16. Jahrhundert durch das Gewohnheitsrecht geltend geworden, wie die bei Berck a. a. D. S. 13. Note 18 a—e. S. 201. Note 192—93. S. 494. Note 575. gegebenen Nachweisungen gegen dessen eigene Ansicht beweisen. Ähnlich scheint es sich mit dem Hamburger Recht verhalten zu haben, s. Heise und Cropp, jur. Abhandlungen II. Nr. 16. §. 53. ff. — Trummer, Vorträge III. S. 242. ff. In den meisten hannoverschen Statuten (s. Grefe, Leitfaden II. §. 49.) ist die Rechtsentwicklung dagegen wohl bei der bloßen Gütervereinigung stehen geblieben; s. jedoch Hadelcr Landr. Th. III. Art. 17. (Pufendorf I. app. p. 45.) „Als bald Eheleute in dem Ehestand beysammen kommen, werden ihre Güter unter ihnen gemein, ungeacht die Güter, so sie zusamen bringen, ungleich sein. Derowegen wan ein Manne seine Haußfrauwe mit Tode abgeheth, behelt er das halbe Guth und den andern Theil Guts erben die Kinder.“ Bei der mangelhaften Redaction solcher Statuten ist es indessen bedenklich, aus einzelnen Ausdrücken sofort auf die Geltung der Gütergemeinschaft oder der Gütervereinigung zu schließen. Die angeführte Stelle scheint zunächst nur die Zeit nach dem Tode im Auge zu haben.

nicht das Recht der Auflassung auch jetzt noch ähnliche Einrichtungen mit sich führt.<sup>6)</sup> — Die Entziehung der Vermögensverwaltung wegen schlechter Wirthschaft läßt sich gemeinrechtlich nur unter den Voraussetzungen einer Prodigalitätsbeklärung rechtfertigen.<sup>7)</sup>

II. Das Vermögen der Frau geht in die Verwaltung des Mannes über, ohne daß ihr wie bei dem ehemännlichen Nießbrauch im Sinne des Dotalrechts irgend eine dingliche Sicherung gewährt ist. Nach älterem Rechte konnte sie überhaupt ihr Eingebrachtes nur in dem Zustande, wie es sich bei Auflösung der Ehe vorfand, zurückfordern, ohne einen Anspruch auf den Ersatz des Verbrauchten zu haben.<sup>8)</sup> Später ist der Grundsatz: Frauengut wächst nicht und schwindet nicht — vielfach zur Anwendung gekommen<sup>9)</sup>; aber eine dingliche Sicherung ist damit nicht verbunden, so daß die Frau wegen ihrer eingebrachten Güter, soweit dieselben nicht im Ehevermögen noch vorhanden sind, oder ihr nicht besondere Sicherheit bestellt

6) S. oben §. 89. Nr. IV. V.

7) Schwäb. Landr. (Waffernagel) Cap. 60. „Ist das ein vrowe einen man hat der übele geraten ist, unde wil er ir guot ane werden, das ir ir vater oder ander ir vriund gaben; si mac ez mit rehte wol versprechen unde behaben. Si sol varen vür iren rihter, unde sol des ersten einen vormund nemen. Der sol ir helfen klagen. unde mac si behalten mit der kundschafft das er ungeraten und in der unfuore, das si irs guotes vor im angeßt hat, — so sol der rihter irem vormunde einen bozen geben of das guot, unde sol sich des underwinden.“ Vgl. Cropp a. a. D. §. 25.

8) Vermehrter Sachsensp. (Böhme) B. I. Cap. 3. Dist. 4. „Wer abir der frauwen gut icht vorkauft bie des mannes lebin abir fines irsten gutes, do en (hat) wedir die frau noch die irsten kindern irstatunge an.“ — Hamburg. Stadtr. v. 1270. III. Art. 10. (Lappenberg S. 17.) — Haffe a. a. D. S. 102. — v. Sydow, Erbrecht S. 264. ff.

9) Bluntzschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 428 ff. — Pauli, Abhandlungen II. S. 75. ff. — Kunde, deutsches eheliches Güterrecht S. 23. 131—32. Wegen einer blos wirthschaftlichen Abnutzung der Aussteuer wird der Mann auch da, wo jene Regel gilt, nicht verhaftet sein.



worden, nur persönliche Entschädigungsansprüche am Nachlasse des Mannes hat.

Sondergüter (Einhandsgüter) der Frau, welche ihrer Verwaltung und Verfügung vertragsmäßig vorbehalten worden, sind auch nach heutigem Rechte der Gewalt des Ehemannes entzogen<sup>10)</sup>, und im Kreise der inneren Wirthschaft waltet die Hausfrau mit einer gewissen Selbständigkeit<sup>11)</sup>, welche in den Fällen des eigenen Gewerbebetriebes, insbesondere für die Kauf- oder Handelsfrau für den Bereich des Geschäftes in einem erhöhten Maasse stattfindet.<sup>12)</sup>

III. Was die Schulden der Frau betrifft, und zwar zunächst die vorehelichen, so haftet dafür ihr Eingebrachtes, und das während der Ehe Erworbene, insoweit es nicht unter den Begriff einer dem Manne gehörigen Errungenschaft fällt<sup>13)</sup>;

10) Berck a. a. D. S. 130. — Pauli a. a. D. S. 42. ff. — Runde a. a. D. S. 36. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 82. In Lübeck verzichtete der Mann zuweilen ganz auf seine vogteiliche Gewalt über das Vermögen der Frau (s. Pauli a. a. D. S. 45.) und in Bremen kann die Gütergemeinschaft bis auf einen gewissen Zeitpunkt durch die Verebung der s. g. Vorjahre ausgeschlossen werden; s. Berck a. a. D. S. 215. Note 201 a.

11) Runde a. a. D. S. 41. Die genauere Begrenzung dieser Selbständigkeit ist der Erwägung der Sitte und der besonderen Verhältnisse, zuletzt freilich der Entscheidung des Mannes zu entnehmen.

12) Heise und Cropp, jur. Abhandlungen I. Nr. 1. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 102.

13) Mit dieser Beschränkung ist die von der gewöhnlichen Meinung (s. Finsler, de obligatione uxoris circa solvenda mariti debita p. 13. — Kraut a. a. D. S. 412. ff.) abweichende Ansicht von Runde a. a. D. S. 92. ff. zu billigen, wenn auch nicht wegen des von ihm angezogenen Grundsatzes: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno, der nur bei der Nachfolge in ein Vermögensganzes gilt. Eben so wenig läßt sich bei der Gütervereinigung aus der Uebernahme fremder Schulden (s. oben S. 280.) deduciren; sondern der Grund für die im Texte aufgestellte Ansicht ist darin zu suchen, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Eingebrachten und dem späteren Erwerb, der als eine Vermehrung der Illaten erscheint (s. den Rechtspruch des Lübischen Oberhofs oben Note 5. — Pauli, Abhandlungen II. S. 67.), gar nicht besteht, im Allgemeinen aber

für die von der Frau in der Ehe gemachten Schulden braucht der Mann nur aufzukommen, insoweit sie im Bereich ihrer selbständigen Wirthschaftsbefugnisse oder im Auftrage oder mit der Zustimmung des Mannes contrahirt sind oder eine Verwendung zu seinem Besten stattgefunden hat. Die Frau wird aber außerdem selbständig verpflichtet, und kann wegen ihres Sondergutes so wie nach Aufhebung der Ehe unbedingt in Anspruch genommen werden<sup>14)</sup>; auch haben ältere Rechte dem Manne wenigstens einen moralischen Zwang zur Zahlung allgemein auferlegt.<sup>15)</sup> — In Betreff der Schulden des Mannes läßt sich für das ältere Recht die Regel aufstellen, daß das Gut der Frau nur insoweit für dieselben verhaftet war, als die Veräußerungsbefugnisse des Mannes reichten, so daß sowohl die Grundstücke der Frau als auch ihre Leibzucht und Morgengabe davon ausgenommen waren.<sup>16)</sup> Allein in den späteren Stadtrechten hat sich fast allgemein die Regel ausge-

---

sich nicht absehen läßt, warum der Anspruch des Mannes auf die Nutzung und Verwaltung stärker sein soll, wie die Rechte der Gläubiger auf die Güter als Executiongegenstände ihrer Forderung. Bei den ehelichen Schulden verhält es sich anders, weil die schon begründete Gewalt des Mannes die unmittelbare oder mittelbare Verfügung der Frau über das seiner Verwaltung unterworfenen Vermögen während der Ehe unwirksam macht.

14) Kraut a. a. D. §. 86., wo die entgegenstehenden Ansichten von Croy a. a. D. I. §. 10. und Bluntschli a. a. D. II. §. 158–59. widerlegt sind. Die Familiengewalt des Mannes hebt nämlich die persönliche Rechtsfähigkeit der Frau an sich nicht auf, wenn sie dieselbe auch während der Ehe wesentlich beschränkt.

15) Hamburg. Stadtr. v. 1270. IX. Art. 13. — „Men schal of nene vrouwen to pande geven vor gelt, de nicht gelden en mach, sunder me orlovet deme manne dat overste cleit to allen tyden, al wente he syn gelt hevet.“ — Rev. Hamb. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 1. Der Sinn der Stelle ist, daß die Frau zwar von der Personalhaft befreit, der Gläubiger aber befugt sein soll, wenn sie ausgeht, ihr das Oberkleid abzunehmen. Vgl. die weiteren Anführungen bei Kraut a. a. D. §. 408. Note 7.

16) v. Sydow, Erbrecht §. 334. — Kraut a. a. D. §. 518.

bildet, daß der Mann unbedingt befugt sei, das Vermögen der Frau mit Schulden zu beschweren<sup>17)</sup>; ja sie gilt aus seinen Handlungen selbst für persönlich obligirt, so daß sie, um nach Auflösung der Ehe nur mit ihrem späteren Erwerbe von der Verhaftung frei zu bleiben, nach dem Tode des Mannes durch eine feierliche Erklärung sich von jeder Betheiligung an dem Ehevermögen lossagen muß.<sup>18)</sup> — Auch das alte Recht des Dreißigsten, ist, soweit es im Interesse der Erben des Ehemanns galt, in die Befugniß umgeändert, gerichtliche Versiegelung und Inventirung zu verlangen<sup>19)</sup>; wo es im Uebrigen noch als ein Recht der kinderlosen Wittwe vorkommt, pflegt es auch dem Ehemann beigelegt zu sein.<sup>20)</sup>

IV. Die Erörterung der statutarischen Erbgebühr ist für die Darstellung des Erbrechts im folgenden Abschnitte vorzubehalten.

#### §. 140.

##### Die eheliche Gütergemeinschaft.

Wenn auch vom Standpunkte der Gesetzgebung aus über die Zweckmäßigkeit der ehelichen Gütergemeinschaft verschiedene Ansichten möglich sind, so erscheint es doch unzweifelhaft, daß

17) Heise und Croy, jur. Abhandlungen II. §. 17. — Verck, Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 109. — Pauli, Abhandlungen II. S. 24. — Kraut a. a. D. S. 96. Vgl. oben Note 3.

18) Das s. g. beneficium abdicacionis, in Lübeck Bergen und Dachsdingauftragen (d. h. Verzicht auf Bürgschaft und Vergleichsverhandlungen) genannt, s. Hagemeister, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft III. Nr. 5. — Verck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten mit besonderer Rücksicht auf die Schuldzahlung und das s. g. beneficium abdicacionis der Wittwe. Bremen, 1832. — Pauli a. a. D. §. 42. Das Institut, dessen erste Spuren im Fränkischen Rechte vorkommen (s. Kaiserrecht B. II. Cap. 50. — Verck a. a. D. §. 17. — Euler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt am Main S. 58. ff.) weiß übrigens entschieden schon auf die Anfänge der Gütergemeinschaft hin.

19) Croy a. a. D. S. 574—75. — Verck a. a. D. S. 310. Note 289. — Pauli a. a. D. S. 93.

20) Rev. Lüb. Stadtr. B. II. Tit. 2. Art. 27. — Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 10.

in ihr der eigentliche Abschluß und die Vollendung derjenigen Rechtsbildung zu erkennen ist, welche die Germanen von jeher auf diesem Gebiete zu verwirklichen gesucht haben. Vor dem Gedanken der Gemeinschaft in der Ehe tritt die Bedeutung der verschiedenen Herkunft der Vermögenstheile zurück; die Vereinigung derselben zu Einer Masse ist keine äußerliche, vorübergehende mehr mit gesonderten Eigenthumsrechten, sondern ein eigentliches Ehevermögen wird begründet, dessen Träger freilich nicht die Ehe als juristische Person, sondern die Ehegatten selbst in ihrer genossenschaftlichen Verbindung sind.<sup>1)</sup> Daß aber ein so eigenthümlich germanisches Institut wie die eheliche Gütergemeinschaft, von der man die Gütervereinigung erst in neuerer Zeit principiell unterschieden hat, der romanisirenden Jurisprudenz große Schwierigkeiten bereitete, ist ebenso wenig zu verwundern, als daß zur Lösung derselben die Analogie der *communio* und *societas*, welche sich wie von selbst darbietet, von älteren und neueren Juristen benützt ward.<sup>2)</sup> Allein das Unzureichende dieser Aushilfe mußte in der Wissenschaft wie im Leben gleichmäßig gefühlt werden<sup>3)</sup>, und so suchte man dem Rechtsverhältnisse durch die Entwicklung des Gesamt-

1) Vgl. oben Band I. S. 360. — Volksrecht und Juristenrecht S. 168. 189. — Wolff, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts I. §. 215. ff. — Schüler, jurist. Abhandlungen und Rechtsfälle von Ortluff u. s. w. I. Nr. 15. — Müller, Beitrag zu der im Stargard'schen Kreise des Großherzogthums Mecklenburg-Strelitz geltenden ehelichen Gütergemeinschaft §. 10.

2) D. Mevius ad jus lub. lib. I. tit. 5. art. 5. — Lauterbach, de societate bonorum conjugali Tübing. 1671. 4. — Heineccius, elem. jur. germ. I. 1. §. 286. — Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 63—66. — Auch das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 345—433. ist im Wesentlichen dieser Auffassung gefolgt. — Ueber die Literaturgeschichte der Lehre vgl. überhaupt Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts VI. §. 603. — Duncker, das Gesamteigenthum §. 20.

3) Lehre von den Erbverträgen I. S. 73. ff. — Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 80. ff. — Schüler a. a. D. S. 507. ff.

eigenthums als dominium plurium in solidum beizukommen, indem man es auf das Gebiet des Sachenrechts hindrängte, ohne die eigenthümliche Organisation des Rechtssubjects in der Ehegemeinschaft gehörig zu berücksichtigen.<sup>4)</sup> Aber auch die Ansicht, welche im Gegensatz zu dieser Lehre die Ehe zu einer juristischen Person macht<sup>5)</sup>, entspricht dem wahren Wesen des Verhältnisses und seiner Uebung im Volksleben nicht, so wenig wie die aus der einseitigen Auslegung einzelner Rechtsquellen entstandene Meinung, daß der Ehemann allein der Eigenthümer des Ehevermögens sei.<sup>6)</sup> Daß vielmehr die Ehegatten in ihrer genossenschaftlichen Verbindung das Rechtssubject in der Gütergemeinschaft sind, folgt aus der ganzen Anlage der deutschen Rechtsentwicklung, welche in diesem Institute zu einem solchen

---

4) S. oben §. 83. Als der erste Vertreter dieser Ansicht von dem dominium plurium in solidum in der Litteratur ist Justus Veracius in der Schrift: *Libellus consuetudinum principatus Bambergensis* (bei Ludwig, S.S. rerum episc. Bamberg. I. p. 958.) aus dem Jahre 1681 anzusehen; vgl. Duncker a. a. D. S. 5.; sie verbreitete sich aber bald und findet sich namentlich bei H. A. Lange, die Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güther unter denen teutschen Eheleuten (Wair. 1766. 4.) Hauptst. 7. §. 2. — Ph. K. Scherer, die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft (2 Theile. Mannheim 1799. 1800.) I. §. 46. ff. Das letztere Werk ist wichtig wegen der abgedruckten Quellauszüge; ein reichhaltiges statistisches Material findet sich auch bei G. Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft. Berlin, 1830.

5) Haffe, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach deutschem Privatrecht. Kiel, 1808. Haffe, der diese Lehre zuerst wissenschaftlich entwickelt hat, war jedoch nicht ohne Vorgänger, s. a. a. D. §. 28. Note 1. — Duncker a. a. D. S. 198. Note 1. — v. Rönne, die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft im Herzogthum Cleve und der Grafschaft Mark (Halle 1832.) S. 59. 322. Derselben Auffassung folgt F. Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft nach dem Münsterischen Provinzialrechte, dem Preussischen Landrechte, und ihrem Verhältnisse zu einander. Bonn, 1831.

6) Mit besonderer Beziehung auf das Lübsche Recht vertheidigt von Sarauw in Falk's neuem Staatsbürg. Magazin VI. S. 122. ff. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 512., und allgemein von Duncker a. a. D. §. 22.

Abschluß von jeher hindrängte.<sup>7)</sup> Ein Vorbild dieser Erscheinung zeigt sich schon in frühester Zeit in der wechselseitigen Vergabung, zumal wenn sie sofort eine Gemeinschaft nicht bloß der Proprietät, sondern auch der Nutzung und Verwaltung begründen sollte<sup>8)</sup>; auch haben ältere und neuere Rechtsquellen die Gütergemeinschaft in ihren wahren Bedeutung klar und bestimmt genug gezeichnet.<sup>9)</sup>

7) S. oben §. 136.

8) Die Familiengewalt des Mannes wurde, wenn eine solche Vergabung nicht unter Eheleuten geschah, durch eine besondere Verabredung darüber, wer die Leitung in der Gemeinschaft (*potestas, advocatia*) haben sollte, ersetzt; s. die Urkunden bei Meichelberk, *historia Frisingensis* I. Nr. 183. 466. Vgl. Lehre von den Erbverträgen I. S. 84. ff. — Pauli, *Abhandlungen* II. S. 63. 136. — Bluntschli a. a. D. I. 442. II. S. 187.

9) So bezeugen Kanzler und Räte des Stiftes Paderborn im Jahre 1624, daß in den meisten Städten daselbst „die von beiderseits Eheleuten zugebrachte Güter unter ihnen beiden *communia* und *gemein* werden — und also ein Ehegatte ohne des andern Willen und Belieben *constante matrimonio* kein beständig und gültig *instrumentum* errichten möge.“ — Bürgermeister und Rath von Paderborn bezeugen im Jahre 1662, „daß alhier — von undenklichen Jahren kundlicher unverrückter Gewohnheit nach hergebracht, und ohne Einig Disputat nicht anders belebt, als daß alhier unter den Ehegatten, Eine alllinge gemeinschaft der güther sey; und ein Ehegatte dem andern in *totum* und *gemeiner* Erb, und als Erb in den allingen beiderseits zusahmen gebrachten oder bey wehrender Ehe erworbenen gütheren *succedire*, und behren Herr und Beseitiger sey und bleibe.“ — Bürgermeister und Rath von Brakel in demselben Jahre: „daß nach alter hergebrachter Gewohnheit *post contractum matrimonium communio honorum conjugum* alhier statt habe, und die Güther *hinc inde* allerdings *gemein* seyn, dannenhero man niemals anders erlebet, dann daß die von beyden Eheleuthen zusahmen gebrachte Güter dieselbe beiderseits *insgemein* besitzen, und sowohl der Ehemann über seiner Ehefrauen ihm zugebrachten *Heyrathsguth* ein Herr und Besitzer als auch hingegen dessen Ehefrau über ihres Ehemannes eine Herrscherin und Besitzerin sey und gehalten werden“. Aehnlich in dem Attestat von Borgentreich, s. B. Wigand, *die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey* (Leipzig 1832) II. S. 120—23. — In dem Extract des Bamberger Hofgerichts v. 1718. (v. Cramer, *weßlar. Nebenstunden* Th. 38. S. 124.) wird das dortige Güterrecht der Ehegatten im Sinne des *Veracius* als *dominium in solidum* bezeichnet; dagegen heißt es in dem Bamberg. Landrecht von

I. Das gesammte Activ- und Passivvermögen beider Ehegatten bildet Eine Masse, ein Sammtgut oder Samende, gemeines Gut, in welchem sie auf gemeinsamen Gedeih und Verderb sitzen, so daß das von beiden Seiten Eingebachte und der spätere Erwerb nicht weiter unterschieden werden. Natürlich kann aber kein Theil mehr in die Gemeinschaft einbringen, als er selbst hat, so daß die aus der Lehen- oder Fideicommiss-eigenschaft so wie aus dem Colonatverhältniß gewisser Güter hervorgehenden Beschränkungen fortbestehen bleiben. Ueberhaupt ist in manchen Gegenden, in welchen die eheliche Gütergemeinschaft als Regel gilt, die Ritterchaft von derselben ausgenommen<sup>10)</sup>, während dieß bei dem Bauernstande nicht so häufig der Fall ist.<sup>11)</sup>

II. Wo die gesetzliche Gütergemeinschaft gilt, da tritt sie jetzt gewöhnlich mit dem Anfange der Ehe, also mit der Trauung ein, ohne daß die Beschlagung der ehelichen Decke noch verlangt

---

1769. Th. I. Cap. 2. Tit. 1. §. 1: „Diese Güter-Gemeinschaft bestehet alsdann unter denen Ehe-Leuten, wenn sie ihr Vermögen ganz, oder zum Theil dergestalten mit einander vermischen und vereinigen, daß es ihnen von nun an beiderseits mit denen nemlichen Eigenthumsrechten und Bescherwen zustehet, und sie dahero in Ansehung desselben ordentlicher Weis für eine Person zu betrachten seynd.“ Man darf aber freilich nicht mit Duncker a. a. D. S. 214. diese „eine Person“ als Haffe's juristische Person auffassen. — Die Stift Fuldaische Ordnung Nr. III. §. 9. (Scherer a. a. D. I. S. 130.) leitet das Recht der Zustimmung der Frau zu Veräußerungen mit den Worten ein: „Obgleich der Mann das Haupt des Hauses ist, und ihme also die Verwaltung der fahrend und liegenden Haab zustehet, indem aber auch die Frau die Mitherschaft in allem hat, so ist“ u. s. w. — Die im Texte bezeichnete Anschauung hat ferner einen bestimmten legislativen Ausdruck gefunden in der Fürstlich Lippe-Deimoldischen Verordnung v. 27. März 1786. wegen der Gütergemeinschaft unter Eheleuten, abgedruckt bei Runde a. a. D. Anhang Nr. VIII. Vgl. oben §. 83. Note 10.

10) Scherer a. a. D. I. §. 40. — Phillips a. a. D. S. 88—95. — Runde a. a. D. S. 77. 78. Im Münsterschen ist nur der f. g. vollbürtige Adel erimirt, s. Deiters a. a. D. S. 156—57.

11) Lippesche Verordnung v. 1786. §. 4. — v. Rönne a. a. D. S. 315. — Runde a. a. D. §. 16. 17. 71. 93. 135. 140. 154.

wird.<sup>12)</sup> Doch hat sie zuweilen erst statt, wenn die Ehe eine gewisse Zeit gedauert hat<sup>13)</sup>, oder durch die Geburt eines Kindes eine beerbte geworden ist.<sup>14)</sup>

III. Die Begründung der Gütergemeinschaft bewirkt keine Veränderung des Rechtssubjects in dem Sinne, daß an die Stelle der Einzelnen nun die juristische Person der Ehe tritt; der eine Ehegatte nimmt nur in Beziehung auf die Vermögensverhältnisse den andern in seine Rechtssphäre auf, so daß zwischen beiden eine vollkommene Rechtsgemeinschaft besteht. Daher bedarf es auch keiner besonderen wechselseitigen Uebertragung des Vermögens, indem die gesetzliche Regel nun dasselbe bewirkt, was früher bei der allgemeinen Vergabung durch die Auflassung erreicht ward.<sup>15)</sup> Nur in Betreff des Eigenthums an Grundstücken macht sich das formelle Recht der Auflassung noch insoweit geltend, daß eine Umschreibung in den Hypothekenbüchern zuweilen für nothwendig erachtet ist, indem entweder das Frauengut auf den Namen des Mannes als des Organs der ehelichen Gemeinschaft eingetragen wird oder die Umschreibung auf den Namen beider Ehegatten erfolgt.<sup>16)</sup>

12) S. jedoch oben §. 133. Note 6.

13) Jahr und Tag, s. Scherer a. a. D. §. 29. — Phillips a. a. D. S. 121—23.

14) In dieser Beziehung weichen jedoch die Statuten von einander ab, indem einige nur die Geburt eines Kindes verlangen, damit die Ehe für eine beerbte gelte, s. Lüneburger Stadtr. Th. VI. Tit. 1. §. 4. — Wursten. Landr. Tit. I. Art. 1. §. 1. 2. — Nordstrand. Landr. B. II. Art. 43. — Hohenloh. Landr. Th. I. Tit. 4. §. 1. (hier Ablauf von Jahr und Tag oder die Geburt eines Kindes), andere dagegen mit dem Tode des Kindes die Gütergemeinschaft wieder aufhören lassen, so daß der Begriff der beerbten Ehe in seiner practischen Bedeutung hauptsächlich davon abhängt, ob bei der Auflösung derselben Kinder vorhanden sind; s. Lüb. Stadtr. B. I. Tit. 5. Art. 7. — B. II. Tit. 2. Art. 12. — Rechtspruch des Lüb. Oberhofs v. 1489. (oben §. 139. Note 5.). Vgl. Scherer a. a. D. §. 32. — Phillips a. a. D. S. 117. ff. — Berck, über das Brem. Güterrecht der Ehegatten S. 282.

15) Lehre von den Erbverträgen I. §. 10. 11.

16) Ersteres geschieht nach Lübischem und Hamburgischem Rechte, s. Beseler, System II.



IV. Der Mann ist wie bei der Gütervereinigung das Haupt und der Leiter der ehelichen Gemeinschaft, und hat die Rechte der Nutzung und Verwaltung im weitesten Umfange. Selbst bei der Veräußerung von Liegenschaften ist er durch ein Sonderrecht der Frau an dem von ihr Eingebrachten, welches ja in der Gesamtmasse diese Eigenschaft verloren hat, nicht beschränkt, und wenn der Frau in dieser Beziehung ein Recht der Theilnahme, beziehungsweise des Widerspruchs zustehen soll, so muß es ihr für den ganzen gemeinsamen Grundbesitz, ohne Rücksicht auf den Ursprung beigelegt werden. In zahlreichen Statuten und insbesondere bei der gesammten Hand des fränkischen Rechts ist ihr diese Befugniß dem Wesen des Gesamteigenthums entsprechend in der That gegeben worden<sup>17)</sup>, und auch da, wo ein bloßes Miteigenthum der Ehegatten angenommen wird, steht sie der Frau zu<sup>18)</sup>; im Allgemeinen aber ist die neuere Rechtsentwicklung einer Erweiterung der Veräußerungsbefugniß des Mannes günstig gewesen, so daß sie ihm auch hinsichtlich der Liegenschaften zugesprochen zu werden pflegt.<sup>19)</sup> Es muß dabei

---

Pauli, Abhandlungen II. S. 9. — Heise und Cropp, juristische Abhandlungen II. S. 474, letzteres ist bei der gesammten Hand des fränkischen Rechts, wenigstens für den Erwerb während der Ehe durchgeführt worden, s. Kölnische Statute v. 1437. Art. 9. — Matth. Glaser, erste Gründe der Kölnischen Schreinspraxis (Köln 1782. 4.) §. 9. — Bamberg. Stadtr. (Böpfel) §. 285. — Lehre von den Erbvertr. II. 1. S. 237. ff. Auch das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 365. ff. folgt dieser Auffassung, soweit es die Auffassung bei Begründung der Gütergemeinschaft für nothwendig hält; vgl. Phillips a. a. D. S. 171. ff. und überhaupt Schüler a. a. D. S. 487. Note 13.

17) Fränkische Landgerichtsordnung v. 1580. Tit. 102. §. 2. — Stift Fuldaische Ordnung v. 1719. Nr. III. §. 9. — Scherer a. a. D. S. 130. 137. — Euler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt a. M. S. 32. ff. — Phillips a. a. D. S. 158. ff.

18) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 377. „Dem Ehemanne gebührt die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens. §. 378. Doch kann er Grundstücke und Berechtigkeiten nicht ohne Einwilligung der Frau verpfänden und veräußern“.

19) Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. Nr. 16. §. 16. —

aber jedenfalls festgehalten werden, daß er sein Recht nicht als ein einseitiges willkürlich ausüben darf, sondern auch bei Veräußerungen als der Vertreter der Gemeinschaft in deren Interesse zu handeln hat.<sup>20)</sup> Ist dieß nicht geschehen, sind insbesondere Schenkungen, welche durch Sitte und Anstand nicht geboten waren, von ihm gemacht worden, so steht der Frau ein Widerspruchsrecht zu, welches ihr freilich gegen schon vorgenommene Veräußerungen in der Regel wenig helfen wird, aber doch als ein Motiv dienen kann, den Mann für einen Verschwender erklären und ihm die Verwaltung entziehen zu lassen.<sup>21)</sup> — Am Wenigsten ist der Ehemann befugt, einseitig von Todes wegen zu verfügen; Anordnungen dieser Art müssen vielmehr in der Form des wechselseitigen Testaments oder Erbvertrags von beiden Ehegatten gemeinsam ausgehen, und es ist als eine particularrechtliche Abweichung von dem Princip der Lehre zu

---

P. Wigand, Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey II. S. 102. — Arnold, Beiträge I. S. 174. Note 2. — Seuffert, Archiv I. Nr. 71. 72. 248. Vgl. überhaupt Phillips a. a. D. S. 148. ff.

20) Statuten v. Lippstadt §. 2. „Es ist aber das Recht, über die in Gemeinschaft stehende Güter zu disponiren dergestalt verfaßt, daß der Ehemann als das Haupt der Familie und vornehmster socius berechtigt ist, sowohl über die Güter selbst, als auch über die Nützung und über den Erwerb ohne Zuziehung der Ehefrauen unter den Lebendigen zu disponiren, jedoch mit der Einschränkung, daß die Verfügung blos ein zum Besten des Sammtvermögens abzielende freie Verwaltung zum Vorwurf habe; mithin kann der Ehemann solche Handlungen, die aus bloßer Freigebigkeit entspringen, als Schenkungen und die zur Verringerung des gemeinschaftlichen Vermögens gereichen, ohne ausdrückliche Einwilligung seiner Ehefrau nicht auf eine rechtsgültige Art vornehmen.“ — Lippesche Verordnung §. 9. — Schüler a. a. D. S. 573. ff.

21) Die Gesetzgebung hat hier in verschiedener Weise zu helfen gesucht, s. Bayreuther Landesconst. Tit. VII. §. 5. — Lippesche Verordnung §. 10. — Heise und Cropp a. a. D. §. 25. — v. Rönne, die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft im Herzogthum Cleve und der Grafschaft Mark S. 62. ff. — Arnold a. a. D. S. 175. Note 1. S. 845—46.

betrachten, wenn irgendwo entgegenstehende Bestimmungen, wie es allerdings nicht selten der Fall ist, gelten.<sup>22)</sup>

V. Die Gemeinschaft des Vermögens setzt auch die der Schulden voraus, ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung.<sup>23)</sup> Selbst für Delictschulden der Frau ist keine Ausnahme zuzulassen, weil sie für den Gläubiger einen vollgültigen privatrechtlichen Anspruch begründen, der aus dem Sammtgute zu bestreiten ist<sup>24)</sup>; contractliche Schulden, welche sie während der Ehe gemacht hat, braucht der Mann dagegen nur insoweit anzuerkennen, als er auch bei der Gütervereinigung (s. §. 139. Nr. III.) dazu verpflichtet ist. Denn eine Verfügung der Frau über das gemeinsame Vermögen hat für dieses nur insoweit Wirksamkeit, als sie innerhalb des der Frau überwiesenen Wirthschaftsbereichs geschehen ist oder sonst aus besonderen Gründen von dem Manne anerkannt werden muß. — Die Verhaftung

22) Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 281 ff. 306. — Wigand a. a. D. S. 118. — Sommer und Boele, neues Archiv für Preuß. Recht und Verfahren XI. S. 308. — Eichhorn, Einleitung §. 308. Nr. III. — Phillips a. a. D. S. 150—51. 170—71. Abweichend von der im Texte aufgestellten Ansicht ist in Folge seiner allgemeinen Auffassung der Gütergemeinschaft Kunde, deutsches eheliches Güterrecht §. 172. ff.

23) „Die dem Manne trauet, trauet auch den Schulden.“

24) Lippesche Verordnung §. 14. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 384. 385. 390. — Berck a. a. D. S. 254—56. — Phillips a. a. D. S. 168—69. Mildernde Bestimmungen der Gesetzgebung schließen das gemeinrechtliche Princip nicht aus, welches jedoch manche Juristen nicht anerkennen, indem sie zwischen den Delictschulden des Mannes und der Frau einen Unterschied machen, welcher in dem Verwaltungsrecht des Mannes doch wahrlich nicht begründet sein kann. Ganz inconsequent läßt Eichhorn, Einleitung §. 308. Note m. den Mann nur bis zum Betrage des Eingebrachten der Frau haften, denn dieses geht ja eben in dem Sammtgut unter. Da her kann auch bei einer Ehescheidung der schuldige Ehegatte nur den vierten Theil von dem, was ihm bei der Auflösung des gemeinsamen Vermögens zufällt, zur Strafe verlieren, s. Glück, Commentar XXVII. S. 55. — Seuffert, Archiv III. Nr. 322. A. R. ist Cropp in den jurist. Abhandlungen II. Nr. 16. §. 60. Vgl. überhaupt Phillips a. a. D. S. 185. ff.

der Frau für die Schulden des Mannes wird in der Regel so weit genommen, daß sie auch persönlich davon berührt wird, und sich sogleich nach dem Tode des Mannes feierlich vom Sammtgut lossagen muß, um ihren künftigen Erwerb dem Ansprüche der Gläubiger zu entziehen.<sup>25)</sup>

VI. Wenn die Ehe durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst wird, so tritt, abgesehen von dem später zu erörternden Fall der mit den Kindern fortgesetzten Gemeinschaft, möglicher Weise ein zwiefaches Verhältniß ein: entweder der Ueberlebende bekommt allein das Gesamtvermögen, oder er theilt es mit den anderen Verwandten, und zwar, wenn das Fallrecht nicht etwa einwirkt, ohne Rücksicht auf den Ursprung der einzelnen Güter. Beide Systeme kommen in den Rechtsquellen vor, und zwar das letztere mit manchen Abweichungen, indem z. B. dem Ueberlebenden zuweilen zu dem Eigenthumsantheil noch der lebenslängliche Nießbrauch an dem Erbe der Verwandten eingeräumt ist<sup>26)</sup>, oder der Mann einen größeren Antheil als die Frau erhält.<sup>27)</sup> Allein nach dem Princip, daß das Ehevermögen sich als Ein Gut in dem Gesamteigenthume beider Ehegatten befindet, erscheint diejenige Auffassung als die consequente, welche nach dem Sprichworte: „Längst Leib längst Gut“ dem Ueberlebenden das ganze Sammtgut einräumt, indem hier eher eine Consolidation als eine Nachfolge stattfindet.<sup>28)</sup>

25) Hier ist also das f. g. beneficium abdicacionis ganz an seinem Plage; s. oben §. 139. Note 18.

26) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 637—47. Vgl. Münster. Polizeiordnung cap. VII. §. 14. 15. — Deiters a. a. D. §. 80. — Archiv für Oldenburg. Recht IV. Nr. 1.

27) Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 8.

28) Aus dem Umfande, daß nach manchen Statuten das Sammtgut zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Verwandten des verstorbenen getheilt wird, läßt sich so wenig ein Schluß auf das Verhältniß während der Ehe machen, wie umgekehrt durch die Gütervereinigung das Recht nach Aufhebung der Ehe bestimmt wird; s. Schüler, juristische Abhandlungen und Rechtsfälle I. S. 509. ff. Ueberhaupt aber ist zu bemerken, daß regelmäßig von einem Erbtheile des überlebenden Ehegatten nur im Falle der

So wie aber dieß System in denjenigen Rechtsquellen, welche die Gütergemeinschaft als eine Rechtsgemeinschaft mit ideellen Theilen aufgefaßt haben, nicht wohl vorkommen kann<sup>29)</sup>, so darf es auch natürlich nicht willkürlich auf Statute, welche ein abweichendes Princip bestimmt anerkannt haben, übertragen werden. Ueberhaupt handelt es sich hier nicht von der Beurtheilung der Zweckmäßigkeit des einen oder anderen Systems, sondern von dem, was nach der principiellen Entwicklung des Instituts der ehelichen Gütergemeinschaft als die gemeinrechtliche Regel anzuerkennen ist.<sup>30)</sup>

### §. 141.

Die eheliche Gütergemeinschaft (Fortsetzung.).

Die vorhergehende Darstellung hat die Gütergemeinschaft in dem Sinne aufgefaßt, daß das gesammte Vermögen beider Ehegatten in dieselbe fällt, soweit nicht wegen der besonderen Beschaffenheit einzelner Sachen eine Beschränkung dieser Regel stattfindet. Dieß ist auch die eigentlich normale Erscheinung des Institutes; dasselbe kommt aber auch in der Form vor, daß nur gewisse Vermögenstheile in die Gemeinschaft fallen, welche deswegen von vorne herein ihrem Umfange noch enger

---

unbeerbten Ehe die Rede ist, für diese aber nach manchen Statuten die Gütergemeinschaft ausdrücklich ausgeschlossen ist. Auf die Ausdrücke der Statuten, welche zuweilen auf eine Erbfolge hinweisen, ist kein Gewicht zu legen; sie sprechen oft ohne weitere Unterscheidung von „erben, haben, behalten“ u. dgl. S. Guler, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 37. und oben §. 135. Note 20.

29) Nürnberg. Reformation Tit. 33. Gef. 5.

30) Der Streit zwischen dem s. g. Condominial- und Consolidationsprincip wird besonders lebhaft in Westphalen geführt, indem das Berliner Obertribunal die Grundsätze des Allgemeinen Landrechts auf die dort geltende Gütergemeinschaft als subsidiäres Recht zur Anwendung gebracht hat. Vgl. die Verhandlungen des westphälischen Provinziallandtages bei Sommer und Boele, neues Archiv XI. S. 310. ff. — Budde, Beitrag zur Lehre von der Gemeinschaft aller Güter unter Ehegatten. (Condominial- und Consolidationsprincip.) ebendas. S. 471—500.

begrenzt ist. Auf diesem Gegensatze beruht der Unterschied der allgemeinen und beschränkten Gütergemeinschaft (*communio bonorum universalis* und *particularis*). Die letztere findet sich noch in friesischen Gegenden<sup>1)</sup> und besonders häufig auf dem Gebiete des fränkischen Rechts, dessen gesammte Hand unter dem Einfluß der romanistischen Jurisprudenz meistens in dieß vielgestaltige, oft willkürlich geordnete Institut aufgelöst worden ist.<sup>2)</sup> Folgende Punkte sind hier besonders in Betracht zu ziehen.

1. Die beschränkte Gütergemeinschaft ist ihrem Umfange nach verschieden. Den Mittelpunkt derselben, welcher sich in allen Rechten, die sie überhaupt kennen, wiederholt, bildet die eheliche Errungenschaft oder Erwerbung (*collaboratio s. aquaestus conjugalis*), im Gegensatze zu dem Eingebrachten oder den Mäthen. Diesen steht aber in der Regel Alles gleich, was während der Ehe Einem Ehegatten an Erbschaft, Vermächtniß oder Schenkung zugefallen ist, so daß das Eingebrachte mit diesem Zuwachse das Sondergut der Eheleute ausmacht, der eigentliche Erwerb während der Ehe mit Einschluß der Ersparniß von den Nutzungen des Sonderguts aber als Errungenschaft betrachtet wird.<sup>3)</sup> Manche Rechte fassen nun die

1) S. Dithmarsisches Landrecht Art. 34. — Nordstrander Landrecht Th. II. Tit. 24. — Constitution für die Insel Fehmarn v. 12. Febr. 1563. (Gsmarch, Sammlung S. 49. ff.) — Stad- und Budjadinger Landrecht Art. 67. 68. (Pufendorf IV. app. 620–21.). Vgl. Falk, Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts IV. §. 73. — Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 10. 85. Auch von dem altwestphälischen Rechte mögen noch einzelne Spuren vorkommen.

2) Euler, die Fortbildung und Gestaltung des fränkischen ehelichen Güterrechts seit dem Einbringen des römischen Rechts, in der Zeitschr. für deutsches Recht X. Nr. 1. — Wächter, Handbuch des württemb. Privatrechts I. S. 227. ff.

3) Haffe, Revision §. 44. 60. ff. — Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 256. ff. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 337. ff. Particularrechtliche Erweiterungen des Begriffs der Errungenschaft kommen insbesondere in Betreff der Schenkungen unter Lebenden vor, s. Rainzer Landrecht Tit. III. §. 2. — Trier. Landr. Tit. VI.

eheliche Gütergemeinschaft als bloße Errungenschaftsgemeinschaft auf<sup>4)</sup>; andere ziehen auch noch andere Sachen, nämlich die gesammte fahrende Habe ohne Rücksicht auf ihren Ursprung in die Gemeinschaft, so daß das Sondergut nur aus den eingebrachten Liegenschaften und deren Zuwachs besteht.<sup>5)</sup> Zuweilen wird auch die Errungenschaft gewissermaßen nur als eine zur Ausgleichung des Sonderguts bestimmte Masse angesehen, indem es bei Auflösung der Ehe zunächst auf die vollständige Auskehrung des letzteren ankommt, und erst wenn diese beschafft ist, der reine Ueberschuß als das gemeine Gut betrachtet wird, — Gemeinschaft des Zugewinnses.<sup>6)</sup>

II. Um die verschiedenen Vermögenstheile auseinander zu halten bedarf es einer genauen Inventirung des Eingebrachten, welche über dessen Zuwachs so wie über jede Veränderung im Sondergut überhaupt fortgeführt werden muß, wenn sie über das bestehende Güterverhältniß vollständigen Aufschluß geben soll. In den Particularrechten finden sich darüber genauere Bestimmungen; doch beruht die Regel, daß die Vermuthung für die Errungenschaft ist, nur auf besonderer gesetzlicher Vorschrift und läßt sich aus allgemeinen Gründen nicht rechtfertigen.<sup>7)</sup>

§. 12.; der Spiel- und namentlich der Lotteriegewinnst ist dagegen auch ohne besondere Vorschrift darunter zu befassen, s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 404. — K. Schmitthener, deutsches Güterrecht der Ehegatten, in besonderer Anwendung auf den K. Preuß. Rhein. Bezirk (Neuwied, 1842.) S. 128. ff. — Uebrigens findet für diese verschiedenen Vermögenstheile die Regel: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei* eine allgemeine Anwendung, s. die Nachweisungen bei Kraut a. a. D. S. 341. Note 10.

4) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 396. ff. — Euler a. a. D. S. 43. ff.

5) Phillips a. a. D. S. 261. ff. — Euler a. a. D. S. 29. ff.

6) Württemb. Landr. Th. IV. Tit. 4. — Mainzer Landr. Tit. IV. §. 1. — Stads und Budjadinger Landr. Art. 67. 68. — Meyfcher, gemeines und württemb. Privatrecht III. §. 566. — Runde a. a. D. §. 85.

7) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 397—401. — Mainzer Landr. Tit. III. §. 4. — Württemb. Landr. Th. IV. Tit. 3. — Meyfcher a. a. D. §. 561. — Archiv für oldenburg. Recht IV. Nr. 7. 17.

III. Schon der Begriff der Errungenschaft bringt es mit sich, daß auch bei der beschränkten Gütergemeinschaft dem Manne in der Regel die Verwaltung des ganzen Frauengutes zusteht, was denn wie bei dem ehemännlichen Nießbrauch (oben §. 137.) die Wichtigkeit der Dotalprivilegien hervortreten läßt.<sup>8)</sup> Inwieweit dieselben aber der Frau eingeräumt sind und ob sie sich insbesondere auch auf den Zuwachs des Eingebrachten erstrecken, kann nur nach Maaßgabe der besonderen particularen Rechtsbildung entschieden werden<sup>9)</sup>; auch kommen eigenthümliche Einrichtungen zum Schutze des Frauengutes gegen Benachtheiligungen durch die Verwaltung des Mannes vor.<sup>10)</sup>

IV. Auch bei der beschränkten Gütergemeinschaft finden, soweit sie überhaupt reicht, die leitenden Grundsätze des Institutes, wie sie oben (§. 140.) dargestellt worden sind, ihre Anwendung. Dieser Gesichtspunkt wird allgemein festgehalten, so verschieden auch die Ansichten über das Princip der Gütergemeinschaft selbst sind.<sup>11)</sup> Natürlich darf aber auch in diesem Fall der besonderen particularen Rechtsbildung, einer an sich richtigen gemeinrechtlichen Theorie zu Liebe, kein Zwang angethan werden; und wenn es sich z. B. zeigt, daß ein Statut die römische Rechtsgemeinschaft seinem Güterrechte zum Grunde gelegt hat, so ist dieß Princip, so weit die erkennbare Absicht der Gesetzgebung darauf gerichtet gewesen ist, zur Anwendung zu bringen.<sup>12)</sup>

8) Württemb. Landr. Th. III. Tit. 7. §. 3. — Guler in der Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 35.

9) In Württemberg hat darüber das Pfandgesetz v. 15. Apr. 1825 genauere Bestimmungen, s. Reyscher a. a. D. II. §. 319. Ueber andere Particularrechte s. Guler a. a. D. Note 113.

10) Dahin gehören z. B. die f. g. weiblichen Freiheiten in Württemberg, s. Reyscher a. a. D. §. 567—70., auf deren Ausbildung das alte beneficium abdicacionis Einfluß gehabt hat, vgl. Guler a. a. D. S. 40.

11) Gasse, Revision §. 58. — Pfeiffer, pract. Ausführungen I. Nr. 8. — Runde a. a. D. §. 80.

12) Eine principielle Jurisprudenz sucht man freilich in der Gesetzgebung



V. In Betreff der Schulden ist es für die meisten Rechte von besonderer Wichtigkeit, ob sie aus der Errungenschaft bestritten werden können, oder die „Errungenschaft“ eine Zubuße nöthig macht, deren Vertheilung wieder nach den verschiedenen Gestaltungen der beschränkten Gütergemeinschaft verschieden geordnet ist.<sup>13)</sup> Nur wenn eine Gewerbsgemeinschaft der Ehe-

---

des 16. Jahrhunderts auf diesem Gebiete vergebens, wie überhaupt die fränkische beschränkte Gütergemeinschaft meistens ein Abkommen zwischen der alten gesammten Hand und dem gesonderten Güterrecht darstellt. So bestimmt z. B. das Württemb. Landr. Th. III. Tit. 7. „Wann Eheleut ohne sondere Paction, Bedingung oder Heyrathsberedung, in die Ehe zusamen kommen, solln an allen in wehrender Ehe errungenen oder gewonnenen Gütern (darunder auch dasjenig, was den Eheleuten zu ihrer Hochzeit verehrt worden, zu rechnen) jedem Ehegemächt der halb Theil zugehörig seyn.“ Daneben macht sich aber auch für das Sondergut der Frau die Familiengewalt des Mannes geltend a. a. O. Th. II. Tit. 29. „Ferner wollen Wir auch, daß kein Weibsperson ihre liegende Güter oder etwas namhaftes und ansehnliches von fahrender Haab, verändern, noch auch ihre Güter mit Zinsen und Gülten beschweren, oder einigen andern Contract und Handthierung ohne ihren Ehevogt — treffen oder fürnehmen solle.“ — Ganz im Sinne der gesammten Hand verfügt dagegen die Frankf. Reformation Th. III. Tit. 6. §. 4. „Da auch einig liegend Gut einem der Ehegemaheln gleich allein zustendig wern: So soll es doch daselbig ohn Verwilligung des andern — zu verkauffen oder zu verpfänden nicht Macht haben, auch ohn solche Verwilligung, darüber kein Wehrschaft oder Insaß angenommen noch zugelassen werden.“ Vgl. auch Triet. Landr. (Maurenbrecher, rheinpr. Landrecht II. S. 103.) Th. VI. §. 31. „Wey währender Ehe kann der Mann über die Möbel-Gütern verordnen: ebenfalls hat der Mann in stehender Ehe die freye administration der errungenen liegenden Güteren dergestalt, daß er selbige auch ohne Bewilligung des weibs veräußern mag, vermig dannoch solches in beyden obigen Fällen auß einiger bewegenden Ursach der erforderlichen Noth, Nuß oder Vorthail, nicht aber zu beßiffentlicher Bervorthailung des Weibs geschehe.“

13) Euler a. a. O. §. 48. 21. 24. 25. Beispielsweise siehe hier die Bestimmung des Mainzer Landrechts Tit. IV. §. 1. „Alle Schulden, die währender Ehe gemacht worden, es seyn von Mann oder Weib, die sollen ohne Unterscheid aus der Errungenschaft bezahlt werden; Wann sich aber die Errungenschaft so weit nicht erstreckt, so soll jedes Ehegenosß diejenige Schulden, die es währender Ehe absonderlich gemacht, und nicht in gemeiner Nahrung verwendet, desgleichen auch diejenige Schulden, so eins oder anderer Theil vor angetretener Ehe contrahirt hätte,

gatten besteht, pflegt eine solidarische Verhaftung des Sonderguts der Frau für die aus dem Gewerbsbetriebe herrührenden Schulden allgemein statt zu finden.<sup>14)</sup>

## §. 142.

## Die eheliche Gütergemeinschaft (Fortsetzung).

Die gesetzlichen Regeln über das Güterrecht der Ehegatten gehören dem f. g. vermittelnden Rechte an, so daß eine Abänderung derselben durch Privatwillkühr freigelassen ist. Dieser Grundsatz, welcher insbesondere auch in Betreff der Gütergemeinschaft zur Anwendung kommt, ist von jeher für die deutsche Rechtsentwicklung auf diesem Gebiete von großem Einfluß gewesen, und wird in seiner practischen Geltung von der Juris-

---

von seinem Zugebrachten und Ererbten allein bezahlen, desgleichen auch diejenige Schulden, welche ex delicto so des ein- als des anderen herrühren, nicht minder die contrahirte Spielschulden von demjenigen, welcher dazu condemniret worden, oder respective contrahiret, allein ohne mindeste Concurrirung des anderen Theils, ganz bezahlt werden, und selbigem zu Last bleiben sollen. §. 2. Hätten aber beyde Ehe-Genossen die Schulden gesambter Hand, oder das eine aus denenselben solche auch ohne Vorbewußt des anderen, jedoch zu ihrem gemeinem Hauswesen, oder Güter-Bau gemacht, so solle der Mann zwey Drittel und die Frau ein Drittel daran zahlen.“ — Das zuletzt bezeichnete Verhältniß entspricht den Antheilen des Mannes und der Frau an der Erungenschaft, f. a. a. D. Tit. III. §. 1.

14) Mainzer Landr. Tit. IV. §. 3. — Trier. Landr. Tit. VI. §. 26—30. — Frankf. Reformation Th. III. Tit. 7. §. 11—14. und dazu Souchay, Anmerkungen II. S. 645. ff. — Nürnberg. Reformation Tit. 28. Gef. 6. — Nassau-Kayenellenbog. Landordnung Th. IV. Cap. 15. — — „Doch aber, und zum Fall beyde Eheleuth mit einander zu offenem Laden geseffen, Krämerey, Wirthschaft, und gesampfte Parthierung, auch gemeine Herberg gehalten, und Schulden hierbey gemacht, und hinterlassen hätten, so soll das Letztlebend sich vorangeregtes Beneficii (sc. abdicationis) nicht zu gebrauchen haben, sondern sollen dieselbe Schulden, so wol aus des Verstorbenen, als des Letztlebenden Güthern bezahlt werden.“ Vgl. Pauli, Abhandlungen II. S. 59. ff. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 580. — Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 276. — Seuffert, Archiv I. Nr. 240.

prudenz und der Gesetzgebung gleichmäßig anerkannt, so daß demselben die Bedeutung eines gemeinen Gewohnheitsrechts beigelegt werden darf.<sup>1)</sup> Die Form, in welcher die Privatwillkühr sich hier bewegt, ist der Vertrag, da letztwillige Verfügungen keine Anwendung finden können; denn dritten Personen steht es nicht zu, das Güterrecht einer fremden Ehe einseitig zu bestimmen, und die Eheleute selbst wollen ja eben ihre Rechtsverhältnisse unter Lebenden, und nicht erst von Todes wegen durch eine besondere Feststellung ihres Güterrechts ordnen. Dies ist eben der Punkt, wo diejenigen Geschäfte, von denen hier die Rede ist, von solchen Verfügungen sich scheiden, welche unmittelbar auf die Erbfolge gerichtet sind und als Testamente oder Erbverträge erscheinen. Jene nemlich können ebenfalls auf die Succession einwirken und werden es in der Regel thun, insofern dieselbe die Folge eines besonderen Institutes des Güterrechts ist: aber dieß geschieht nur mittelbar, indem ein allgemeines Rechtsverhältniß begründet wird, welches auch über die Dauer der Ehe hinaus seine Wirksamkeit äußert.<sup>2)</sup> Es kann also möglicher Weise durch eine solche Anordnung, insofern sie auch das Recht der Kinder ergreift, in Beziehung auf deren Notherbrecht ein Ergebnis hervorgerufen werden, welches unmittelbar weder durch ein Testament noch durch einen Erbvertrag zu erreichen gewesen wäre.<sup>3)</sup>

Die Verträge über das eheliche Güterrecht bilden nun in der Regel einen Bestandtheil der Ehestiftungen, und es kann daher auf die allgemeinen Regeln, welche über dieses Geschäft aufgestellt worden sind, (oben §. 133.), hier verwiesen werden. Nur darüber bedarf es noch einer besonderen Erörterung, wie solche Verträge in besonderer Beziehung auf die eheliche Gütergemeinschaft wirksam werden, wobei denn zu unterscheiden ist,

1) Vgl. oben §. 133. Note 17. — §. 137. Note 15.

2) Lehre von den Erbverträgen II. 2. §. 122. ff.

3) R u n d e, deutsches eheliches Güterrecht §. 162. — Archiv für oldenburg. Recht III. §. 33. ff. 41. ff.

ob sie eine Begründung, Ausschließung oder Abänderung derselben bezwecken.

I. Der gesetzlichen Gütergemeinschaft, welche auf Grund einer geltenden Rechtsregel eintritt, pflegt die vertragsmäßige (*communio honorum conventionalis*) als eine besondere Art an die Seite gestellt zu werden.<sup>4)</sup> Nach gemeinem Rechte ist ein solcher Vertrag keinen besonderen Beschränkungen unterworfen<sup>5)</sup>, und sein Inhalt nach den allgemeinen Regeln über die Auslegung der Verträge zu bestimmen.<sup>6)</sup> Meistens wird es sich dann herausstellen, daß die Eheleute eine bestimmte Art der Gütergemeinschaft, welche z. B. an einem benachbarten Orte, oder in der Provinz, dem Stammesrechte ihre genauere Ausbildung erhalten hat, für sich haben begründen wollen; auch wird in manchen Gegenden dadurch, daß gewisse Ausdrücke für das beabsichtigte Rechtsverhältniß hergebracht sind, dessen Natur gewohnheitsrechtlich näher bezeichnet.<sup>7)</sup> Fehlt es für die Aus-

4) In dem Oesterreich. Gesetzbuch §. 1180. 1233—36. ist allein die vertragsmäßige Gütergemeinschaft unter den Eheleuten zugelassen; andere Statute nennen gerade umgekehrt die „ungebündete Ehe“ eine solche, in welcher die gesetzliche Regel der Gütergemeinschaft gilt. Vgl. Scherer, verworrene Lehre I. S. 93. — Culex, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 19. ff.

5) Anders nach Particularrechten, s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 354. „An Orten, wo die Gütergemeinschaft nicht aus Provinzialgesetzen oder Statuten statt findet, kann sie durch einen Vertrag nur vor Vollziehung der Heirath eingeführt werden. §. 355. Wenn jedoch Eheleute ihren Wohnsitz von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft obwaltet, an einen andern, wo dieselbe statt findet, verlegt haben: so können sie sich derselben, auch in Ansehung der Erbfolge, durch einen Vertrag unterwerfen.“ Vgl. oben §. 133. Note 8—14.

6) Phillips a. a. D. S. 126. — Runde a. a. D. §. 159. — Entscheidungen des Geh. Obergerichtes (zu Berlin) N. F. VI. S. 482. In Betreff der Obligationsverhältnisse kann insbesondere auch die Lehre von der Uebnahme fremder Schulden in Betracht kommen.

7) „Gut bei Schleier, Schleier bei Gut“; „Leib an Leib, Gut an Gut“ u. s. w.; s. Scherer a. a. D. §. 18. Doch ist hier, wie überhaupt bei der Rechtsentwicklung aus Sprichwörtern, Vorsicht nöthig; die Wendung, die Eheleute wollten sich auf die Regel: „Längst Leib, längst

legung des Vertrags an einem solchen Anhalt, so muß vermuthet werden, daß die Eheleute das von ihnen beliebte Institut nach seiner gemeinrechtlichen Ausbildung für sich gewillföhrt haben; und wenn schlechtthin die Gütergemeinschaft verabredet worden ist, so muß im Zweifel angenommen werden, daß die allgemeine gemeint sei, weil eine Ausnahme von der Regel nicht vermuthet werden darf.<sup>8)</sup>

II. Die vertragsmäßige Ausschließung der Gütergemeinschaft ist wie die Begründung derselben im Allgemeinen für zulässig anzusehen, und die Frage, welches andere Institut dann an deren Stelle tritt, muß in jedem einzelnen Falle nach dem Inhalte des Vertrags, unter Berücksichtigung der so eben angeführten Momente beantwortet werden. Es kommt hier jedoch der besondere Umstand zur Erwägung, daß die Gütergemeinschaft nicht nur ein für die Familie unmittelbar wirksames Rechtsverhältniß ist, sondern wegen der Verhaftung des Ehevermögens für die Schulden auch das Interesse dritter Personen wesentlich berührt. Mit Rücksicht auf die Creditverhältnisse kommen daher nach dieser Seite hin particularrechtliche Beschränkungen der Privatwillföhr vor<sup>9)</sup>, und wohl allenthalben, wo die allgemeine

---

Gut“ heirathen, ist z. B. zuweilen nur auf die Erbfolge zu beziehen; s. Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 118. — Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 46. — IV. Nr. 166. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen I. Nr. 61.

8) Abweichend bestimmt das Pr. A. L. R. a. a. D. §. 359. „Ist es, nach der Fassung eines solchen Vertrages, zweifelhaft, ob dadurch eine Gemeinschaft aller Güter, oder nur des Erwerbes, hat eingeföhrt werden sollen: so wird letzteres vermuthet.“ Der Grund, der sich auch vom Standpunkte des gemeinen Rechts für diese Auffassung etwa anführen ließe: die beschränkteste Gütergemeinschaft weiche am Wenigsten vom römischen Rechte ab, trifft deswegen nicht zu, weil auch das letztere in dieser Lehre nur die Bedeutung eines bedingt subsidiären Rechtes hat; s. oben §. 137. Note 2.

9) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 418. „Ueberhaupt stehet es den Eheleuten zu allen Zeiten frei, die Folgen der Gemeinschaft, so weit sich dieselben auf ihre künftige Succession erstrecken, durch Verträge aufzuheben oder abzuändern. §. 419. Eine bloß durch Vertrag entstandene Gemeinschaft kann zu allen Zeiten auch durch Vertrag wieder aufgehoben werden.“

Gütergemeinschaft gesetzlich gilt<sup>10)</sup>, müssen die Verträge, durch welche sie vor oder nach Eingehung der Ehe ausgeschlossen wird, in bestimmter Form öffentlich bekannt gemacht werden, damit die Betheiligten Kenntniß davon erhalten und ihre Angelegenheiten darnach ordnen können, — eine Einrichtung, welche so sehr der Natur der Sache und dem guten Glauben entspricht, daß sowohl innere als äußere Gründe für ihre gemeinrechtliche Geltung angeführt werden können.<sup>11)</sup> Aber auch hiervon abgesehen, muß der Grundsatz festgehalten werden, daß die Aufhebung der Gütergemeinschaft die vorher begründeten Rechtsverhältnisse zum Nachtheile Dritter nicht rückwärts abändern kann. Den Gläubigern bleibt daher jedenfalls das Ehevermögen, wie es zur Zeit der Aufrufung der Gütergemeinschaft beschaffen war, nach wie vor als Executiongegenstand verhaftet.

III. Auch einzelne Abänderungen an dem Recht der gesetzlich bestehenden Gütergemeinschaft können gültig vorgenommen

Vgl. über die Hamburgische Praxis Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. S. 490.

10) Für die beschränkte Gütergemeinschaft erscheint die Frage von geringer Bedeutung; doch ist auch für den Fall der Erwerbsgemeinschaft der Einfluß abändernder Ehestiftungen zuweilen ausgeschlossen; s. Frankf. Reformation Th. III. Tit. 7. §. 14.

11) Pr. A. L. R. a. a. D. §. 422. „In allen Fällen, da die Gemeinschaft der Güter oder des Erwerbes ausgeschlossen, oder aufgehoben werden soll, muß dieses gerichtlich verlautbaret, und in den Zeitungen oder Intelligenzblättern der Provinz, zu dreienmalen innerhalb Vier Wochen bekannt gemacht werden.“ — Lippe'sche Verordnung v. 1786. §. 32. — Rostocker Stadtr. Th. I. Tit. 5. Art. 6. (In den mit Lübischem Rechte bewidmeten Städten ist meines Wissens die Aufrufung der Gütergemeinschaft gewohnheitsrechtlich gegen Dritte nur dann wirksam, wenn sie vorher öffentlich verkündigt worden). — Weiters, die eheliche Gütergemeinschaft §. 55. — Phillips a. a. D. S. 104 ff. — Runde a. a. D. §. 166. — Eichhorn, Einleitung §. 307. — Runde a. a. D. §. 165. leugnet die Gemeinrechtlichkeit der Einrichtung, welche sich allerdings nur auf ein Gewohnheitsrecht begründen läßt. Die genauere Feststellung der Form muß jedenfalls dem einzelnen Particularrechte entnommen werden.

werden. Selbst die Ausnehmung einzelner Güter von der Gemeinschaft nach Art der Einhandsgüter bei der Gütervereinigung<sup>12)</sup> ließe sich wohl rechtfertigen, wenn die für die Aufzucht überhaupt vorgeschriebenen Maaßregeln dabei angewandt würden. Doch ist eine solche vertragsmäßige Abänderung durch Beschränkung der Gemeinschaft nicht eben üblich.<sup>13)</sup>

### §. 143.

#### Die Kinder in der Were.

Die vorhergehende Erörterung hat sich nur damit beschäftigt, wie das Recht der Ehegatten an ihrem zusammengebrachten und erworbenen Vermögen beschaffen ist; der Kinder, welche doch auch der Gemeinschaft des elterlichen Hauses angehören, ist in dieser Beziehung noch nicht gedacht worden. So lange sich dieselben aber noch in der Hausgenossenschaft oder Were ihrer Eltern befinden, kann ihnen ein selbständiges Recht an dem Ehevermögen nicht beigelegt werden. Sie haben zwar einen Anspruch auf Unterhalt und Erziehung, der äußersten Falls durch das Einschreiten der Obrigkeit gewahrt werden kann, so daß die Befriedigung desselben nicht bloß zu den s. g. Liebespflichten gehört; auch erheischt es die Sitte, daß den Kindern bei ihrem Ausscheiden aus der Were eine elterliche Beihülfe mitgegeben werde, welche bei den Töchtern in einer Aussteuer zur Ehe, bei den Söhnen in einer Beisteuer zur Einrichtung ihres selbständigen Gewerbebetriebes zu bestehen pflegt, wenn nicht etwa bei letzteren die Kosten der Vorbereitung für ihren Beruf, z. B. als Staatsbeamte, Ärzte, die zur Beisteuer verfügbaren Mittel aufgezehrt haben, oder die Unter-

12) S. oben §. 139. Note 10.

13) Vgl. Phillips a. a. D. S. 145. Was dagegen dem einen Ehegatten unter der ausdrücklichen Bedingung, daß es nicht in die Gemeinschaft falle, von Dritten zugewandt wird, hat unzweifelhaft den Charakter des Sonderguts, s. Lippesche Verordnung v. 1786. §. 7. Note 2. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 373.

stüßung statt in der Auszahlung eines Anlagecapitals in vorläufigen Zuschüssen zur Bestreitung der Wirthschaft besteht. Allein ein selbständiges Sonderrecht der Kinder, welches das Eigenthum der Eltern an deren Gütern irgendwie beschränkte, ist in diesen Beziehungen nicht ausgedrückt. — Auch haben erstere, so lange sie in der Vere sind, in der Regel kein eigenes Vermögen zu verwalten, da die Aufhebung der väterlichen Gewalt gegenwärtig mit dem Ausscheiden aus der Vere und der Begründung eines selbständigen Hauswesens zusammen zu fallen pflegt, und daher ein *peculium profectitium* und *castrense* nur selten noch vorkommen und zu einer rechtlichen Beurtheilung Veranlassung geben.<sup>1)</sup> Dagegen kann allerdings ein Erwerb, welcher unter den Begriff des *peculium adventitium* fällt, auch jetzt noch für die Kinder stattfinden<sup>2)</sup>, und hinsichtlich eines solchen stimmen das deutsche und das römische Recht wenigstens insoweit überein, daß beide dem Vater die Verwaltung und Benützung einräumen, so lange das Kind sich in seiner Gewalt befindet. Besondere Garantien des Inventars, der Sicherstellung, Rechnungslegung werden dabei von dem Vater nicht verlangt, dessen regelmäßige Verwaltungsbefugnisse überhaupt nicht nach den strengen Grundsätzen des gewöhnlichen Nießbrauchs oder der Vormundschaft beurtheilt werden dürfen.<sup>3)</sup>

1) Daß das *peculium profectitium* und *castrense* und die mit ersterem verbundenen s. g. *actiones adjectitiae qualitatis* im heutigen Rechte gar keine Bedeutung mehr haben, wie Manche annehmen (s. Kraut, die Vormundschaft II. S. 640. ff.), läßt sich nicht behaupten, und Particularrechte erkennen sie auch noch ausdrücklich an, s. Haubold, Lehrbuch des R. Sächsischen Privatrechts §. 588. Note b. — Strippelmann, neue Sammlung V. S. 557. Aber allerdings kommen Rechtsverhältnisse, auf welche sich diese römische Lehre beziehen ließe, nur noch höchst selten vor.

2) Eine Vergütung für wirtschaftliche Dienste können jedoch die Kinder in der Vere nicht fordern, s. §. 134. Note 13.

3) Vgl. Strippelmann a. a. O. S. 558—647. — v. Rettelsbladt, Rechtsprüche II. Nr. 56. — Archiv für Oldenburg. Recht III. S. 82. 83. Abweichende Bestimmungen einzelner Particularrechte, z. B. der Frankf. Reformation Th. V. Tit. 8. §. 1. beziehen sich auf den Befeler, System II.



Das Rechtsverhältniß ist aber auch nicht unter dem Gesichtspunkte eines abstracten Vermögensrechtes des Vaters aufzufassen, und daher den Gläubigern desselben ein Anspruch auf die Nutzungen aus dem Sondergut der Kinder jedenfalls nur insoweit einzuräumen, daß letzteren ihr Unterhalt gesichert bleibt.<sup>4)</sup>

So lange nun die Ehe der Eltern dauert, stellen diese Beziehungen zu den Kindern im Wesentlichen sich als gleichartig dar, welches Institut des ehelichen Güterrechts auch sonst gelten mag. Denn für die Vermögensverhältnisse ist der Vater nach dieser Seite hin doch immer der Vertreter der Ehe, und der Umstand, ob er mit der Frau in gesonderten Gütern oder in irgend einer Art der Vermögensgemeinschaft sitzt, wird für die Kinder nur insofern von Einfluß sein, als der Umfang der Mittel, welche der Vater für sie verwenden kann, dadurch bestimmt wird. Anders verhält sich aber die Sache, wenn durch den Tod des einen Ehegatten die Ehe aufgelöst wird, und es sich nun fragt, wie die Kinder zu dem Ueberlebenden zu stehen kommen und welches Recht sie an dem Nachlasse des Verstorbenen haben. Das römische Recht macht in dieser Beziehung einen wesentlichen Unterschied, je nachdem der Vater oder die Mutter zuerst mit Tode abgegangen ist. Im letzteren Fall ändert sich das Rechtsverhältniß zum Vater nur insofern, daß er nun für die Kinder in der Gewalt das mütterliche Erbe als *peculium adventitium* erwirbt; der Tod des Vaters hebt dagegen die Hausgenossenschaft auf, und die Mutter kann nur über minderjährige

---

Fall, daß der Vater mit den Kindern nach dem Tode der Mutter in der Gemeinschaft fortkommt. Wenn aber von manchen Juristen dem Vater allgemein die Pflicht der Sicherheitsstellung im Fall der übermäßig nachlässigen Verwaltung auferlegt wird (s. Kraut a. a. D. S. 624. Note 12.), so läßt sich dieß nach gemeinem Rechte wohl nur insofern billigen, als in der Sicherheitsstellung ein Mittel der Ausgleichung, um eine Prodigalitätserklärung zu vermeiden, gefunden werden kann.

4) Strippelmann a. a. D. S. 621—22. Abweichende Ansichten sind in zwei Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Celle (Seuffert, Archiv V. Nr. 296.) ausgesprochen worden.

Kinder die gewöhnlichen vormundschaftlichen Rechte erwerben. Von diesen Grundsätzen weichen die des deutschen Rechts wesentlich ab. Wird der Vater auch in allen Beziehungen als das Haupt der Familie anerkannt, so ist deren einheitlicher Zusammenhalt doch nicht so ausschließlich auf seine Mundialgewalt gegründet, wie es bei der römischen Potestas der Fall war; auch die Mutter ist unter Umständen befugt, die in der Ehe dargestellte Rechtsgemeinschaft mit den Kindern fortzusetzen und die Stelle des Mannes, wenn auch in beschränkter Weise, auszufüllen. Das Verhältniß zu den Kindern kann sich daher im Wesentlichen gleich gestalten, mag die Ehe durch den Tod des Mannes oder der Frau aufgelöst werden; insbesondere kann in beiden Fällen auf Grund gesetzlicher Einrichtungen die Auftheilung des in der Ehe vorhandenen Vermögens bis auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben werden. Im Einzelnen gestalten sich diese Beziehungen nach der Natur der besonderen Institute des ehelichen Güterrechts sehr verschieden; der leitende Gedanke ist aber der, daß in der Ehe eine der Genossenschaft ähnliche Verbindung zwischen Eltern und Kindern sich darstellt, welche zunächst von der Gewalt des Hausvaters getragen und bestimmt wird, aber auch in der Mutter ihre Vertretung finden kann.<sup>5)</sup>

1. Eine solche Fortführung der gemeinsamen Wirthschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern ist unabhängig von der Gütergemeinschaft; sie gehört ohne Zweifel zu den ältesten Einrichtungen des deutschen Familienwesens<sup>6)</sup>, und wird in den Rechtsbüchern als die Regel vorausgesetzt, welche freilich unter besonderen Umständen, z. B. wenn die Absonderung der Kinder schon geschehen war oder bei dem Tode des einen Ehegatten passend beschafft werden konnte, eine Ausnahme erlitt.<sup>7)</sup> Selbst in solchen Rechten, welche die eheliche

5) S. oben §. 134. Note 5.

6) L. Bajuv. tit. I. cap. 1. — L. Burgund. tit. I. cap. 1. 2. — tit. LI. — LXXV. Vgl. Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 310. ff.

7) Sächf. Landr. B. I. Art 11. „Salt of de vader sine kindere

Gütervereinigung in den ehemännlichen Nießbrauch mit Dotalprivilegien des Frauengutes aufgelöst haben, findet sich das alte volksthümliche Institut noch im Wesentlichen erhalten.<sup>8)</sup>

II. Eine weitere Ausbildung und festere Begründung gewann dasselbe in denjenigen Rechten, welche die eheliche Gütergemeinschaft consequent durchgeführt haben. Welchen Einfluß man dabei den Beziehungen der Eltern zu den Kindern einräumte und wie sich nach der älteren Volksansicht erst durch das Vorhandensein der letzteren die Hausgenossenschaft in ihrer Vollenbung abschloß, das erkennt man recht deutlich aus solchen Statuten, welche die Gütergemeinschaft überhaupt nur in der beerbten Ehe eintreten lassen. Ueberhaupt aber muß es natür-

---

in vormuntscap na ir muder dode, svenne se sik von ime secedet, he sal en weder laten unde wider geven al ir muder gut, it ne si ime von ungelücke unde ane sine seult geloset. Dit selve sal dat wif des vader kintereen dun, of ir vader stirft, unde jewelf man, die kintere vormunde is." — B. III. Art. 76. §. 1. „Stirft eneme wive ir man, unde blift sie in des mannes gude ungetweiet mit den kintereen, lang wise ober forte, svenne sie sik tweiet dar na, so nemet die vrowe ire morgengave unde ire musdele unde ire rade an alle deme gude dat dar denne is, als sie nemen solbe to der tiet do ire man starf." — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 126. 159. — Finsler, de obligatione uxoris circa solvenda mariti debita p. 56—63.

8) Falck, Handbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts V. §. 88. 89. — Sachsse, Handbuch des großherz. Sächs. Privatrechts §. 163. Abweichend ist die kursächs. Decision 62. vom Jahre 1661., welche die Fortführung der Hausgenossenschaft unter dem Begriff der Vormundschaft auffaßt, und der Mutter den Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder abspricht; vgl. Haubold, Lehrbuch §. 88. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 688. Note 14. Auch in andern Particularrechten hat der Umstand, daß man die Beurtheilung des ganzen Rechtsverhältnisses auf die Frage zurückführte, ob der Mutter gleich dem Vater die Verwaltung und Benutzung der Adventitien zukomme, mehrfache Verwirrung erregt, s. Pfeiffer, pract. Ausführungen II. Nr. 4. Es handelt sich hier weniger um ein einzelnes Vermögensrecht der Mutter, als um ihre Stellung in der Gemeinschaft, wenn diese ihr auch mittelbar Vortheile gewähren kann. — Die Behandlung, welche die Lehre in dem Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 410—14. gefunden hat, entspricht dem Geiste des deutschen Rechts in keiner Weise.

lich erscheinen, daß je inniger die Vermögensverhältnisse unter den Ehegatten während der Ehe verknüpft sind, um so weniger an eine Auflösung derselben durch Theilung zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern gedacht wird. Nach dem reinen Princip der Gütergemeinschaft wird der längstlebende Ehegatte freier Eigenthümer des Ehevermögens; aber der Anspruch der Kinder auf Unterhalt, Erziehung, Aussteuer wird dadurch nicht verändert, daß das Recht beider Eltern sich auf den Ueberlebenden consolidirt hat. Es dauert vielmehr das frühere Verhältniß zu den Kindern in der Vere fort, und insofern kann man von einer fortgesetzten Gütergemeinschaft (*communio bonorum prorogata*) sprechen, nur daß sie nicht so aufzufassen ist, als ob die Kinder an die Stelle des verstorbenen Ehegatten treten oder doch ihre bestimmten ideellen Theile in der Gemeinschaft haben.<sup>9)</sup> Es ist die fortgesetzte Hausgenossenschaft, auf welche es dabei ankommt, und deren Haupt und Vertreter der überlebende Ehegatte ist, sei es Mann oder Frau. Denn die Wittve nimmt nun die Stelle ihres verstorbenen Eheherrn ein, im Wesentlichen mit demselben Rechte, wenn auch unter gewissen

9) Schüler, jurist. Abhandlungen I. S. 514. ff. — Die Particularrechte weichen jedoch mehrfach von diesem Princip ab. Nach dem Lübschen Rechte, wenigstens dem älteren, stellt sich die Sache so, daß mit dem Tode des einen Ehegatten eine Rechtsveränderung eintritt, indem der überlebende mit den Kindern eine neue Rechtsgemeinschaft (wohl nach dem Princip des Gesamteigenthums) bildet. Dieß ergibt sich namentlich aus dem Umstande, daß die im Ehevermögen befindlichen Grundstücke im Stadtbuche auf die Namen des Ueberlebenden und der Kinder umgeschrieben und von ihnen mit gesammter Hand veräußert werden, s. Pauli, Abhandlungen II. S. 110. ff. — Mehrere westphälische Statute nehmen in der fortgesetzten Gemeinschaft ideelle Theile der Kinder an, s. die Zusammenstellung bei Sommer, neues Archiv XI. S. 317. ff., und die Bremische Jurisprudenz läßt dasselbe gelten, wenn die Mutter mit den Kindern in der Gemeinschaft sitzen bleibt, indem sie die Regel aufstellt: *patre mortuo bona ceaseantur divisa*, s. Verck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 348. ff. — Donandt, Versuch einer Geschichte des Brem. Stadtrechts II. S. 130. In den Statuten (s. die folgende Note) ist diese Auffassung aber nicht begründet.

Beschränkungen, welche in früherer Zeit schon wegen der Geschlechtsvormundschaft allgemein nothwendig wurden.<sup>10)</sup> Auf diese Weise findet eine Gemeinschaft auf Gebeih und Verderb statt<sup>11)</sup>, die nur ausnahmsweise auf das Vermögen, welches zur Zeit der Auflösung der Ehe vorhanden ist, beschränkt wird.<sup>12)</sup> Auch der spätere selbständige Erwerb der Kinder fällt in die Gemeinschaft, insofern er nicht ein solcher ist, welcher auch bei Lebzeiten beider Eltern als Sondergut hätte betrachtet werden müssen.<sup>13)</sup>

III. Eigenthümlich gestaltete sich das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern in den fränkischen Rechten, welche die gesammte Hand unter den Eheleuten ausgebildet hatten, indem der Ueberlebende in Nutz und Gewer des gemeinen

10) Bremer Statuten v. 1433. Stat. 7. (DeIrichs S. 451.) „Vor twe lude tosamene komet man unde vrowen an echtescap unde kindere winnet. so welk eere er stervet de beervet den anderen. sterft de man allererst, unde holt sik de vrowe wol unde erlifen na eres mannes dode. de vrowe schal mit eren kinderen vriliken sitten an erve unde in allen gude. Wel se of enen man nemen“ u. s. w. — Stat. 8. „Sterft enes borgers wif. de man scal vriliken mit sinen kinderen sunder yenighe herschap (al. ane jemandes herscup) besitten sin erve unde sin gud. men levebe de man unredeliken, dat he sin erve unde sin gut unde siner kindere unnutlifen to bringhen wolde. De Radmanne unser stad unde der kindere vrunt unde sine vrunt de scolen ene manen dat he des vortige“ u. s. w. Also bei dem Vater nur im schlimmsten Fall eine Einwirkung der Obrigkeit und der Verwandten, während die Mutter, welche auch „vriliken“ im Gute sitzt, es doch nicht „ane jemandes herscup“ thut; denn sie ist der dauernden Aufsicht des Familienrathes unterworfen. S. Berck a. a. D. S. 349. — Lippesche Verordnung v. 1786. §. 16—21. — Ueber das westphälische Recht s. Sommer a. a. D. S. 323. ff. — Wigand, die Provinzialrechte der Fürstenthümer Paderborn und Corvey II. S. 86. — Deiters, die eheliche Gütergemeinschaft §. 87. und überhaupt Rittermaier, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft II. S. 337—40. — Wigand a. a. D. S. 90—96.

11) Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 114.

12) z. B. in Münster, s. Deiters a. a. D. §. 90.

13) Die Particularrechte enthalten hierüber manche, zum Theil abweichende Bestimmungen, s. Pauli a. a. D. S. 146. ff. — Lippesche Verordnung §. 19.

Gutes blieb, und nur die Liegenschaften den Kindern versfangen waren, diese aber auf Unterhalt, Erziehung und Aussteuer die gewöhnlichen Ansprüche hatten.<sup>14)</sup> In Folge der späteren romanistischen Rechtsentwicklung ist aber die gesammte Hand mit dem Versfangenschaftsrecht nur ausnahmsweise beibehalten worden<sup>15)</sup>, in der Regel ist an deren Stelle eine beschränkte Gütergemeinschaft getreten und der überlebende Ehegatte erhält nun außer seinem Eingebrauchten das gemeine Gut oder einen bestimmten Antheil an demselben, auch wohl eine besondere statutarische Erbgebühr, außerdem aber an dem Erbtheile der Kinder den Besitz, d. h. Nutzung und Verwaltung.<sup>16)</sup> Dadurch wird eine gewisse Gemeinschaft auch nach Auflösung der Ehe gesichert, der überlebende Ehegatte muß aber auch die gewöhnlichen Pflichten der Eltern gegen die Kinder in der Were erfüllen.<sup>17)</sup>

14) S. oben §. 137. Note 10. 11.

15) Euler, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 4. ff.

16) Frankf. Reformation Th. V. Tit. 1. §. 7. „Wann under den Eheleuten der Mann zuvor verfirbt, und Kinder nach sich in Leben verlest: daß alle und jede liegende Güter, und die darfür geacht werden, so von demselben darkommen, zusamt dem halben Theil der fahrenden Haab, den Kindern solcher Ehe, als Väterlich Erbgut, Eigenthümlich zufallen und bleiben solle: doch der Mutter an solchem väterlichen Theil ihren Beyseß vorbehalten.“ §. 8. „Dessgleichen soll es auch gehalten werden, wann die Fraw zuvorderst abfirbt.“ — Vgl. Souhay, Anmerkungen II. S. 875—76. Bei der großen Mannichsichtigkeit der späteren statutarischen Bestimmungen über das fränkische eheliche Güterrecht weichen die Vorschriften im Einzelnen sehr von einander ab; s. Euler, Zeitschrift für deutsches Recht X. S. 36. 45. 48. 55. In der Grafschaft Mark, in Cleve und Elten findet eine Fortführung der während der Ehe geltenden Gemeinschaft und ein Besitzrecht überhaupt nicht statt, s. v. Rönne, die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft S. 227. ff. — Sommer a. a. D. S. 322. Ueber andere Rechte, welche aus dem Systeme der Gütervereinigung heraus ein dem Besitz verwandtes Institut des Nießbrauchs und der Verwaltung am Kindergut begründet haben, s. Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 236. ff. — Runde a. a. D. §. 12.

17) S. die Zusammenstellung der Statuten bei Phillips a. a. D. S. 290. ff.

## §. 144.

## Die Abschichtung der Kinder.

Es ist schon bemerkt worden, daß die Kinder, wenn sie die Were der Eltern verlassen, eine Beihülfe mitzubekommen pflegen, welche auch in einer Abfindung von dem ganzen Erbe bestehen kann. Solche Auseinandersetzungen finden statt bei Lebzeiten beider Ehegatten und nach dem Tode des einen derselben; doch kommen im letzteren Fall manche besondere Verhältnisse zur Erwägung.<sup>1)</sup>

I. Für die Ehe mit Gütervereinigung sind im Allgemeinen noch dieselben Grundsätze in Kraft, welche schon zur Zeit der Rechtsbücher galten. Wenn bei Lebzeiten der Eltern die Kinder ausgestattet (ausgeradet) werden, so hebt dieß an sich ihr Erbrecht nicht auf, vorausgesetzt, daß sie nicht zugleich einen Erbverzicht ausgestellt haben; sie sind nur verpflichtet, falls sie mit den nicht abgeordneten Kindern erben wollen, das Empfangene einzuwerfen und zur Theilung zu bringen.<sup>2)</sup> Eine solche Auseinandersetzung<sup>3)</sup>, welche vor Gericht und unter Vermittlung der Verwandten vor sich zu gehen pflegt<sup>4)</sup>, erfolgt in der Regel, wenn das Kind aus der Were scheidet, ohne daß die Großjährigkeit allein ein Recht darauf begründet.<sup>5)</sup> Die Größe der

1) Pauli, Abhandlungen II. §. 158—215. — III. §. 88. ff. — Lehre von den Erbverträgen II. 2. §. 28.

2) Sächf. Landr. B. I. Art. 5. §. 1. 2. Art. 13. — Lehre von den Erbvertr. a. a. D. §. 310. ff.

3) Die für dieses Geschäft üblichen Ausdrücke sind sehr zahlreich: Abtheilung, Absonderung, Abschichtung, Abfindung, Aussteuerung, Ausrichtung, Ausradung, separatio s. divisio liberorum. Man pflegt wohl Absonderung (separatio) für die vollständige Abfindung der Kinder, Abtheilung (divisio) für ihre Befriedigung aus dem Nachlaß des verstorbenen Patris zu gebrauchen, s. Mevius ad jus Lub. lib. II. tit. 2. art. 33. nr. 1., doch hat sich in dieser Beziehung ein fester Sprachgebrauch nicht gebildet.

4) Sächf. Landr. B. II. Tit. 19. §. 1. — Pauli a. a. D. II. §. 169. 191.

5) Abweichend ist das Schwäb. Landr. (Waldernagel) Cap. 159. (vgl. oben §. 134. Note 18.) und für den Fall, daß der überlebende Ehe-

Beihülfe beziehungsweise der Abfindung, wird nach den Umständen bemessen. Nur wenn den Kindern bereits von dem verstorbenen Ehegatten ein Erbe angefallen ist, welches der überlebende in Nutzung und Verwaltung hat, muß es ihnen bei der Ausscheidung aus der Were herausgegeben werden<sup>6)</sup>, es sei denn, daß das Recht des lebenslänglichen Besißes daran zusteht, in welchem Fall sich die Kinder mit der gewöhnlichen Ausstattung zu begnügen haben.<sup>7)</sup>

II. Auch da, wo die eheliche Gütergemeinschaft sich ausgebildet hat, ist das frühere Recht der Abschichtung in seinen allgemeinen Grundzügen beibehalten worden, nur daß der Begriff des gemeinen Gutes, in welchen das beiderseitige Vermögen der Ehegatten aufging, nothwendig dahin führte, die Absonderung der Kinder in Beziehung auf die Gesamtmasse vorzunehmen. Dabei machte sich denn in vielen Statuten die Regel geltend: was in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were<sup>8)</sup>, — wodurch in zwiefacher Hinsicht das Recht der abgefundenen Kinder bestimmt wurde.

a. Die Abfindung wird zwar titulo speciali erworben und hat nicht die Natur eines Erbtheils<sup>9)</sup>; aber sie tritt an die

---

gatte mit den Kindern in der Gemeinschaft sitzt, das ältere Lübishe Recht (Sachs, cod. II.) Art. 20. Vgl. Pauli a. a. D. S. 159. ff.

6) Sächf. Landr. B. I. Art. 11. — Strippelmann, neue Sammlung V. S. 631. ff.

7) Hamb. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 3. „Stirbet einem Manne seine Ehefrau, und er mit derselben Kinder gezeuget, die noch im Leben seyen. Bleibet der Mann Wittwer, und stehet seinen Dingen recht vor: So mag er nicht genötiget werden, bey Leben die Güter mit seinen Kindern zu theilen, jedoch soll er schuldig sein, denselbigen nothwendige alimente, so wol auch, wann es die Zeit und ihre Jahre erforderen, ein billiges Heyrath Gut und Aussteuer, gestalt und gelegenheit der Güter nach, zu geben.“ Dasselbe gilt nach Art. 5. für die Frau. — Trier. Landrecht Tit. 6. §. 17. — Churföln. Rechtsordnung Tit. 8. §. 6. — Vgl. Runde, deutsches eheliches Güterrecht §. 112.

8) Pauli a. a. D. III. S. 90. ff.

9) Heise und Cropp, juristische Abhandlungen II. Nr. 8. In der Regel wird übrigens die Größe der Abfindung nach dem zur Zeit ihrer



Stelle des Pflichttheils, so daß das Notherbenrecht des abgesonderten Kindes dadurch ausgeschlossen wird.<sup>10)</sup>

b. Die abgefundenen Kinder werden von den nicht abgefundenen in der Beerbung ihrer Eltern ausgeschlossen, behalten aber anderen Verwandten gegenüber ihr gesetzliches Erbrecht, wenn sie auf dasselbe nicht bei der Absonderung ausdrücklich verzichtet haben.<sup>11)</sup>

III. Wenn auch für gewöhnlich die Abschiebung der Kinder aus der Gemeinschaft, in welcher sie mit dem überlebenden Ehegatten sitzen, erst im Falle ihres Ausscheidens aus der Here erfolgt, und sich auch dann wegen des elterlichen Nießbrauchs häufig nur auf eine herkömmliche Ausstattung beschränkt; so findet doch aus zwei Gründen eine Ausnahme hiervon statt. Einmal nämlich ist es allgemein anerkannt, daß bei einer schlechten Wirthschaft des überlebenden Ehegatten das Interesse der Kinder nicht ohne Schutz und Vertretung bleiben darf. Sind die gemeinrechtlichen Voraussetzungen einer Prodigalitäts-erklärung vorhanden, so kann zu dieser geschritten und der Verschwendter unter Curatel gestellt werden. Die Particulargesetze begnügen sich aber in der Regel nicht mit dieser Maasregel, welche doch nur in seltenen Fällen zu begründen ist, son-

Vornahme vorhandenen Vermögensbestande zu bestimmen sein; nur wo die fortgesetzte Gemeinschaft auf das zur Zeit der Ehe vorhandene Vermögen beschränkt ist, (s. §. 143. Note 12.), ist die Schiebung ex tunc zu machen.

10) S. die bei Pauli a. a. D. II. S. 214. Note 257. angeführten Schriftsteller. Das Intestaterbrecht der abgefundenen Kinder als solches bleibt aber bestehen, und daher ist es nicht richtig, wenn man der Absonderung, mit der kein Erbverzicht verbunden ist, die Wirkung der Enterbung beilegt, wie Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 10. und Mühlbruch, Pandecten-Commentar Th. 38. S. 77. thun. Vgl. Lehre von den Erbverträgen a. a. D. S. 325. ff.

11) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 2. Art. 5. — Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 2. — Schweizer Deynungen bei Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 463. — Derck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 346—47. — Sommer, neues Archiv XI. S. 331.

dem stellen den Grundsatz auf, daß der überlebende Ehegatte wegen schlechter Vermögensverwaltung, durch welche das Interesse der Kinder ernstlich gefährdet wird, zu einer vorzeitigen Absichtung gezwungen werden kann.<sup>12)</sup> — Der andere Fall, in welchem derselbe ebenfalls zur Bornahme des Geschäftes verpflichtet wird, liegt dann vor, wenn er eine zweite Ehe eingehen will; denn wenn diese auch nach deutscher Rechtsanschauung im Allgemeinen nicht ungünstig beurtheilt wird, so erfordert es doch in der Regel das Interesse der Kinder erster Ehe, daß eine definitive Auseinandersetzung der Vermögensverhältnisse erfolgt.<sup>13)</sup> Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft läßt diese sich nur durch eine Absonderung der Kinder aus dem Gesamtgut erreichen; eine solche kann aber allerdings für den überlebenden Ehegatten eine Härte mit sich führen, und gereicht auch nicht immer den Kindern zum Vortheile. Daher hat man verschiedene Mittel angewandt, die Realtheilung (Lodtheilung) zu vermeiden, und zu diesem Behuf theils das Institut der Einkindschaft eingeführt,

12) Die oben §. 143. Note 10. abgedruckte Stelle der Bremer Statuten v. 1433. Stat. 8. fährt also fort: „unde ne deit he des nicht. So scolen de radmanne mit sinen vrunden unde mit der kindere vrunde eme geven sinen del des ewes unde des gudes. Dat andere so len se den kinderen truweliken holen.“ — Lippesche Verordnung v. 1786. §. 21. — Scherer, die verworrene Lehre I. §. 149. — Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 242. ff. — Runde a. a. D. §. 117.

13) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 2. Art. 29. — — „Es mag auch kein Wittwer ein ander Weib nehmen, ohne seiner Kinder Freunde vorwissen, und seines gewesenen Weibes Freunden, und theile dann mit seinen Kindern und seines Weibes Freunden, nach dieser Stadt Rechte, so mag er alsdann zu der andern Ehe greiffen: Also sol auch ingleichen ein Wittfrau thun, wann sie zu der andern Ehe schreiten will.“ — Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 4. 6. — Münstet. Polizeiordnung Cap. VII. §. 16. 17. In Bremen ist die Absichtung vor der zweiten Ehe unbedingt nur der Wittwe vorgeschrieben, s. Verck a. a. D. S. 336. ff. Vgl. überhaupt Phillips a. a. D. S. 252. — Runde a. a. D. §. 117. und über die Ausschließung der römischen s. g. poenae secundarum nuptiarum von diesen Verhältnissen §. 120.

theils die Feststellung und Sicherung des Antheils der Kinder durch den Ausspruch angeordnet, und die Kindergelder dann vor andern Forderungen bevorzugt.<sup>14)</sup> Eine solche Auseinandersetzung muß aber gerichtlich, unter Zuziehung von Vormündern, welche das Interesse der Kinder wahrnehmen, geschehen.<sup>15)</sup>

Bei der Abschtung der Kinder aus dem Gesamtgut ist es aber unerläßlich, daß bestimmte Theile gemacht werden. Wenn diese schon in der ehelichen Gütergemeinschaft unterschieden werden, wie nach manchen Statuten der Fall ist, so giebt es für die Auftheilung einen bestimmten Anhalt. Kommen aber, wie als die Regel angenommen werden muß, keine ideelle Theile in der Gemeinschaft vor, so erscheint es als das natürliche und auch gewöhnlich befolgte Princip, daß die eine Hälfte des gemeinen Gutes dem überlebenden Ehegatten und die andere den Kindern zugesprochen wird. Doch fehlt es nicht an Abweichungen: ein wenn auch meistens nicht beträchtliches Voraus des Ehegatten ist sehr gebräuchlich; zuweilen bekommt der Vater

---

14) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 2. Art. 31. „Sizen Mann und Weib mit einander in der Ehe, und ihr eins, es sey der Mann oder die Frau, zuvore Kinder hat, und denselben wäre Ausspruch geschehen, von ihres verstorbenen Vaters oder Mutter wegen, welcher Ausspruch ordentlicher Weise für dem Nahte nicht geschehen: stirbet dann der Mann, und die Frau ist mit ihm nicht beerbet, und Irzung sich erhöbe, ob die Kinder mit ihrem Ausspruch, oder die Frau mit ihrem Brauttschaz in des Mannes Gütern soll vorgezogen werden, so gehet die Frau mit ihrem Brauttschaz vor den Kindern zuvor. — Ist aber der Ausspruch ordentlicher weise aus seinen Gütern vor dem Naht geschehen, so gehet Kinder-Geld vor Brauttschaz.“ — Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 3. Art. 7. — Mevius ad jus Lub. lib. II. tit. 2. art. 2. nr. 184. sqq. — Pauli a. a. D. II. S. 193. ff. III. S. 120. In Lübeck wird übrigens nach der neueren Praxis der Ausspruch wegen zweiter Ehe in der Regel nur von dem Gute des verstorbenen Ehegatten gethan, — eine Scheidung des Gesamtgutes, welche der Natur des dortigen ehelichen Güterrechts wenig entspricht; s. Pauli a. a. D. S. 209. ff.

15) Die zu diesem Acte zugezogenen Vormünder ersetzen den Familiensrath des älteren Rechts, der jedoch zuweilen noch in der Zuziehung von Verwandten neben den Vormündern wirksam erscheint.

einen größeren Antheil als die Mutter; zuweilen sind die Antheile nach der Zahl der Kinder verschieden bestimmt.<sup>16)</sup>

## §. 145.

## Die Einkindschaft.

Da es für alle Theile wünschenswerth sein konnte, die bei der Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten nothwendige Abtheilung der Kinder aus der Were zu vermeiden, so suchte man dieß schon früh durch besondere Rechtsgeschäfte zu erreichen, zu welchem Behuf die wechselseitige Vergabung des Vermögens unter den Ehegatten angewandt wurde.<sup>1)</sup> Im Kreise des fränkischen Rechts aber war zu einer solchen Ausbülfe um so mehr Veranlassung gegeben, da nach Ausbildung der gesammten Hand die Liegenschaften den Kindern erster Ehe verfangen waren und die Entfernung dieser Beschränkung für die Begründung einer neuen Ehwirthschaft unter Umständen sehr wünschenswerth erscheinen mußte.<sup>2)</sup> So entwickelte sich in diesen Gegenden das Institut der Einkindschaft (*unio prolium*), welches in dem fränkischen Stammesrecht und den für das eheliche Güterrecht ihm nachgebildeten Statuten z. B. dem württembergischen Landrechte seinen eigentlichen Sitz behalten hat, wenn es auch sonst noch hie und da Anwendung und in einem neueren Gesetzbuch sogar eine allgemeine Anerkennung gefunden hat.<sup>3)</sup>

16) Vgl. überhaupt Phillips a. a. D. S. 246. ff. — Sommer a. a. D. S. 317. ff.

1) Altes Lüb. Recht (Hach Cod. II.) Art. 2. — Pauli, Abhandlungen II. S. 179—82. — Lehre von den Erbverträgen I. S. 7—13. II. 2. S. 150—51. Eine besondere Stellung nimmt die später zu erörternde Interimswirthschaft auf Bauerngütern ein.

2) Euler, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt a. M. §. 12. Dieß Verfangenschaftsrecht mußte um so lästiger erscheinen, da es das Beispruchsrecht der nächsten Erben im erhöhten Maasse darstellte.

3) Nämlich im Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 717—52., wogegen das Oesterreich. Gesetzbuch §. 1259. in Uebereinstimmung mit älteren Statuten das Geschäft verbietet; s. Lehre von den Erbverträgen II. 2.

I. Ueber das Wesen der Einfindschaft haben von jeher verschiedene Ansichten unter den Juristen bestanden, was sich bei der verhältnißmäßig späten Ausbildung des Instituts und den oft unklaren und von einander abweichenden Vorschriften der zahlreichen Statute leicht erklärt. Die ältere Theorie faßte die Einfindschaft als eine Art der Adoption auf<sup>4)</sup>; aber wenn auch diese Ansicht nicht ohne Einfluß geblieben und besonders für die Form des Geschäftes maassgebend geworden ist, so hat sie sich doch in der späteren Jurisprudenz, welche sich für die Darstellung des einheimischen Rechts nicht mit römischen Analogien begnügte, nicht erhalten können. Eben so wenig aber läßt es sich vertheidigen, wenn die Einfindschaft als ein Erbeinsetzungsvertrag, abgeschlossen zwischen den Eltern und den Kindern erster Ehe, dargestellt wird.<sup>5)</sup> Denn theils spricht dagegen, daß die Kinder bei der Abschließung des Geschäftes in der Regel nicht als Contrahenten thätig sind, indem nur dafür gesorgt wird, daß ihr Interesse gehörig wahrgenommen werde; theils

---

§. 172. und über die räumliche Ausdehnung des Institutes ebendas. §. 169—70. — Euler a. a. D. §. 12. — von der Pfordten, Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Baiern herausgegeben von Seuffert und Glück IV. Nr. 15. §. 229. Das älteste urkundliche Beispiel einer abgeschlossenen Einfindschaft aus dem Jahre 1399. s. bei Thomas, der Oberhof zu Frankfurt a. M. §. 466., und viel höher wird sich das Geschäft schwerlich hinaufführen lassen; a. M. sind Ringelmann, über die historische Ausbildung und rechtliche Natur der Einfindschaft (Würzburg 1825.) §. 4—6. — Gerber, de unione prolium (Jenae 1844.) p. 11—24.

4) A. Gaill, pract. observatt. II. obs. 125. — J. Fichard, cons. II. nr. 89. — Jac. Rickius ab Arweyler, de unione prolium (Col. Agripp. 1580.) cap. 7—9. — B. Carpzow, resp. jur. elect. V. 1. resp. 6. — J. Schilter, praxis jur. rom. I. ex. 3. §. 17.

5) D. Mevius ad jus Lub. p. II. tit. 1. rubr. nr. 113. — S. Stryk. tractatus de successione ab intestato diss. VIII. cap. 6. — W. G. Tassinger, über die Lehre von der Einfindschaft. Nürnberg 1785. — C. W. Paetz, commentatio successione universali per pactum promissa etc. (Götting. 1801. 4.) Sect. II. §. 17. — Strombeck bei v. Kamptz, Jahrbücher XIII. §. 335. ff. — J. F. Runde, Grundsätze §. 673. ff. — Eichhorn, Einleitung §. 348.

trifft diese Auffassung nicht für solche Statute zu, welche die Wirkungen der Einkindschaft nicht auf das Erbrecht beschränken, und gestattet überhaupt nicht, das Geschäft in unmittelbare Beziehung zur Gütergemeinschaft zu bringen; theils endlich führt sie über den Zweck des Geschäftes hinaus, da sie den Kindern nicht bloß ein gesetzliches, sondern auch ein vertragsmäßiges, unantastbares Erbrecht und zwar beiden Eltern gegenüber verschafft. Das Princip der Einkindschaft ist vielmehr darein zu setzen, daß zwischen den Kindern erster Ehe und dem Stiefvater ein solches Verhältniß begründet wird, wie es zwischen den natürlichen Eltern und Kindern besteht.<sup>6)</sup> Während aber einige Particularrechte dies im weitesten Umfange gelten lassen und namentlich auch die väterliche Gewalt des Stiefvaters dadurch begründen lassen<sup>7)</sup>, schließen andere gerade diese Wirkung aus und lassen nur eine elterliche Gewalt entstehen, noch andere und zwar die zahlreichsten beschränken die Wirkung des Geschäftes auf das Erbrecht, indem sie die unirten Kinder in den Nachlaß der gemachten Eltern wie natürliche erben lassen.<sup>8)</sup> Dabei ist jedoch zu bemerken, daß der regelmäßige Zweck der Einkindschaft, die Vermeidung einer Abtheilung der Kinder erster Ehe, eben eine aus dieser herstammende Gütergemeinschaft oder doch Gütervereinigung voraussetzt, und daß eine solche auch für die zweite Ehe als geltend angenommen werden muß. Das Recht der unirten Kinder wird daher in Betreff ihrer Vermögensverhältnisse in der Regel ein solches sein, wie

6) A. F. Ringelmann in der angef. Schrift. — Rittermaier, Grundsätze II. §. 369. — Phillips, Grundsätze II. §. 149. — Maurerbrecher, Lehrbuch §. 512. ff. — Lehre von den Erbverträgen II. 2. §. 21.

7) Würzburg. Landesgerichtsordnung v. 1618. Th. III. Tit. 118. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 732—33. — Vgl. Kraut, die Vormundschaft II. S. 188. 696.

8) Hohenloh. Landr. Th. I. Tit. 6. §. 6. — Werck, über das Preussische Güterrecht der Ehegatten S. 428. Note 471. — Lehre von den Erbvertr. a. a. D. S. 156. ff. S. 179.

es den Kindern in der Vere zusteht, so daß sie auch, ehe es zur Beerbung der Eltern kommt, Unterhalt und Ausstattung verlangen können.<sup>9)</sup>

II. Die Form der Einkindschaft ist im Allgemeinen nach dem Vorbilde der römischen Arrogation eingerichtet worden.<sup>10)</sup> Nothwendig ist die Abschließung vor dem zuständigen Gerichte, welches unter Zuziehung von Vormündern und Verwandten zu untersuchen hat, ob das Geschäft dem Interesse der Kinder entspricht, und bei einem günstigen Ergebnisse der Voruntersuchung dasselbe durch ein Decret bestätigt. Die eigentlichen Contractanten sind aber in der Regel die Eltern; die unmittelbare Betheiligung der Kinder an dem Vertrage und ihre ausdrückliche Zustimmung ist nur ausnahmsweise vorgeschrieben, und selbst die Vormünder und Verwandten haben mehr die Stellung des Familienrathes, indem ihr Ausspruch für die Entscheidung der Obrigkeit nicht unbedingt bindend ist.

III. Ob bei der Eingehung der neuen Ehe von beiden

9) Schweinfurt. Statut. Tit. 54. §. 1. 2. — Lippesche Verordnung v. 1786. §. 28. — Bremer Vormundschaftsordnung v. 1826. §. 10. — Ch. L. Hertel, die Einkindschaft (Gießen 1818.) §. 1. 8. — Hillebrand, das Rechtsprincip in der Lehre von der Einkindschaft, Zeitschrift für deutsches Recht X. Nr. 13. Wenn Hertel dabei die Sache so darstellt, daß der Stiefparens in die von der ersten Ehe herstammende Gemeinschaft aufgenommen wird, während Hillebrand die unierten Kinder in die neu begründete Gütergemeinschaft eintreten läßt; so werden sich wohl beide Auffassungen unter Umständen vertheidigen lassen, in der Regel wird aber doch die Stellung des Mannes als des Hauptes der Familie den Ausschlag geben und die durch ihn begründete Gemeinschaft die aufnehmende sein.

10) Das Verfahren ist zuerst genau festgestellt in dem Wormser Stadtr. v. 1498. B. V. Th. 5. Tit. 4., und von da in die Mainzer Untergerichtsordnung v. 1534. Th. V. Tit. 26. übergegangen. Dieses Statut wurde in seinen wesentlichen Bestimmungen das Vorbild der späteren Gesetzgebung und auch nach dem Vorgange des Reichskammergerichts in der gemeinrechtlichen Theorie als maßgebend angesehen; s. A. Gaill, pract. observatt. II. obs. §. 125. nr. 7. — Lehre von den Erbverträgen II. 2. §. 157. ff.

Ehegatten oder nur von dem Einen Kinder zugebracht werden, ist für die rechtliche Natur der Einkindschaft ohne Bedeutung; auch behält das Geschäft seine volle Wirkung, obgleich die neue Ehe unbeerbt bleibt.<sup>11)</sup> Das Erbrecht der unirtten Kinder ist aber das der natürlichen, also ein Notherbenrecht mit Pflichttheilsberechtigung, und zwar an dem gesammten Nachlaß der Eltern.<sup>12)</sup> Die Wirkungen der vertragsmäßigen Erbfolge, bei welcher der ganze ausbedungene Erbtheil gegen einseitige Verfügung gesichert ist, sind nur da anzunehmen, wo das Gesetz sie ausdrücklich vorschreibt.<sup>13)</sup> — Auch geht das Erbrecht der unirtten Kinder allein auf den Nachlaß der Eltern; unter einander haben sie ein solches vermöge der Einkindschaft nicht, und auch dem Stieffparenß steht es ihnen gegenüber nur insoweit zu, als die Regel: was in der Were verstorbt, erbt wieder an die Were, ihre Wirkung äußert.<sup>14)</sup> Doch haben Particularrechte die Wirkung der Einkindschaft häufig weiter ausgedehnt und auch den Eltern ein gleiches Erbrecht wie den Kindern beigelegt.<sup>15)</sup>

#### IV. Bei Abschließung des Geschäftes können besondere

11) Seuffert, Archiv II. Nr. 66. — V. Nr. 190. Particularrechte haben inessen abweichende Bestimmungen, s. Württemb. Landr. Th. III. Tit. 9. §. 8. — Frankf. Reform. Th. III. Tit. 10. §. 18.

12) J. Fichard, cons. I. Nr. 14. II. Nr. 89. — Mevius ad jus lub. p. II. tit. 1. rubr. nr. 114—16. — Gries, Commentar zum Hamb. Stadtr. II. S. 255. ff. — Seuffert a. a. D. II. Nr. 67.

13) So im Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 747. nach dem Vorgange von Pufendorf, observatt. jur. I. obs. 200. §. 1. 2. 48. ff., wogegen a. a. D. §. 749. die Enterbung aus gerechten Ursachen gestattet wird; die Lippesche Verordnung v. 1786. §. 29. Nr. 2. ist in dieser Beziehung consequenter. S. im Allgemeinen die Lehre von den Erbverträgen a. a. D. S. 184—88.

14) Württemb. Landr. Th. III. Tit. 9. §. 10. — Hohenloh. Landr. Th. I. Tit. 6. §. 6. 7. — Eichhorn, Einleitung §. 348. Note m. — Hillebrand a. a. D. S. 431.

15) Frankf. Reform. Th. III. Tit. 10. §. 21. — Mainz. Landr. Tit. 2. §. 18. — Pr. A. L. R. a. a. D. §. 743.



Verabredungen getroffen werden, welche, insoweit sie nicht über den Kreis der erlaubten Privatwillkühr hinausgehen, aufrecht zu erhalten sind.<sup>16)</sup> Insbesondere ist es gebräuchlich, den Kindern erster Ehe, um sie bei ungleichen Vermögensverhältnissen der Ehegatten vor einer Benachtheiligung sicher zu stellen, ein *Voraus* (*praecipuum*) auszubedingen, welches ihnen dann als Sondergut in der Gemeinschaft verbleibt und bei der späteren Erbtheilung vorabgezogen wird.<sup>17)</sup> — In Ermangelung besonderer Verabredungen entscheiden die gesetzlichen Regeln, welche für das Geschäft selbst und für die Gütergemeinschaft, auf welche es sich bezieht, gelten.

V. Wenn auch die vertragsmäßige Eingehung einer Gütergemeinschaft unter Ehegatten nach einem allgemeinen Gewohnheitsrecht zulässig erscheint, so berechtigt dies doch nicht zu dem Schlusse, daß auch die Einkindschaft, durch welche die wohl erworbenen Rechte schon vorhandener Kinder verändert werden, dem unbedingt gemeinen Rechte angehört. Das Institut ist vielmehr dem bedingt gemeinen Rechte beizuzählen und kann

---

16) Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 180. ff.

17) Die Verabredung kann freilich auch allein auf die Ausgleichung der Erbschaftsantheile der unierten Kinder gehen, ohne daß an die Bestellung eines sofort wirksamen Vermögensrechtes gedacht wird. Vgl. überhaupt *Danz*, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts VIII. S. 219–29. Die Gesetze erwähnen des Vorauses meistens nur gelegentlich, ohne sich über die Natur desselben, die zunächst nach dem besonderen Vertrage zu ermitteln ist, näher zu äußern; eigenthümlich sind die Bestimmungen des *Pr. A. L. R.'s a. a. D.* §. 725. „Jedes der Aeltern, welches schon vorhandene Kinder in die Einkindschaft bringt, muß denselben aus seinem alsdann besitzenden Vermögen eine gewisse Summe, auf seinen künftigen Todesfall zum Voraus bescheiden. §. 726. Dieser Ausfag muß wenigstens die Hälfte des Vermögens betragen, welches von den auslegenden Aeltern in die Ehe gebracht wird. §. 727. Wegen Bestimmung der Summe dieses Ausfages, muß der Richter bei der pflichtmäßigen Angabe der Aeltern sich beruhigen, und kann dieselben zur Offenlegung ihres Vermögenszustandes nicht anhalten.“

nur da zur Anwendung kommen, wo es durch Landesgesetz oder Gewohnheit Anerkennung gefunden hat.<sup>18)</sup>

## Zweites Kapitel.

### Die Vormundschaft.

#### §. 146.

##### Die Altersvormundschaft.

Wenn der Hausvater nach seinem Tode Kinder hinterließ, welche sich noch nicht selbst vertreten konnten, so wurde, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren gekommen waren, das Mundium über sie durch eine andere Person fortgesetzt, welche in der Regel der nächste Schwertmagen war, und Foramunto, Muntporo hieß.<sup>1)</sup> Auch diese Seite der Familiengewalt hat in dem älteren deutschen Rechte ihre systematische Ausbildung erhalten; nach der Aufnahme des römischen Rechts ist das letztere jedoch im Allgemeinen die Grundlage der Lehre geworden: es bestehen nur einzelne, freilich sehr wichtige Abweichungen von demselben, welche theils mit altgermanischen Einrichtungen zusammenhängen, theils der modernen Rechtsentwicklung angehören.<sup>2)</sup>

18) S. oben Band I. §. 2. — Lehre von den Erbvertr. a. a. D. S. 188—92. — Soucay, Anmerkungen zu der Frankfurt. Reformation II. S. 711—12.

1) Ueber die verschiedenen Benennungen der Vormünder s. Grimm, R. A. S. 465. — Kraut, die Vormundschaft I. S. 2. ff. — Schwäb. Landr. (Bäckernagel) Cap. 52. — — „Der kinde unde der frowen pfleger, die etwa sickerboten, etwa pfleger, etwa voget, etwa vormund, etwa behalter: swie man sie heizet, so sullen sie getriueme liute sin.“

2) Unter den für die Vormundschaftslehre wichtigen neueren Gesetzen sind besonders anzuführen: Reichspolizeiordnung v. 1548. Tit. 31. und von 1577. Tit. 32. — Chursächs. allg. Vormundschaftsordnung v. 10. Oct. 1782. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 18. — Oesterreich. Gesetzbuch §. 187—284. Vgl. überhaupt Rudorff, das Recht der Vormundschaft I. Einleitung p. XII—XXII.

### I. Das unmündige Alter.

In ältester Zeit trat die Mündigkeit verhältnißmäßig sehr früh ein, — mit dem vollendeten zehnten oder zwölften Jahre.<sup>3)</sup> Dieß entsprach aber dem Bedürfnisse nicht, und die Dauer der Unmündigkeit wurde daher weiter hinausgeschoben, meistens bis zu dem vollendeten achtzehnten und, nach sächsischem Rechte, bis zu dem vollendeten einundzwanzigsten Jahre.<sup>4)</sup> Der letztere Termin hat sich im Sachsenrecht erhalten<sup>5)</sup>, der erstere für das Recht des hohen Adels<sup>6)</sup>; einzelne Landesgesetze haben die Dauer des unmündigen Alters selbständig geordnet<sup>7)</sup>: nach gemeinem Rechte aber gilt die Regel des römischen Rechts, indem die Volljährigkeit mit dem vollendeten fünfundzwanzigsten Jahre eintritt.

3) Ersteres namentlich nach dem altangelsächsischen Rechte, s. *Flotthar's und Gadrics Gesetze* Cap. 6. (*R. Schmid* S. 6.), letzteres nach den meisten älteren Rechtsquellen, s. *L. L. Rotharis* cap. 155. und *Kraut a. a. D.* S. 113. ff. Daraus bildete sich mit dem Zuschlag von Jahr und Tag für die Zeit der Widersprache die Lehensmündigkeit von 13 Jahren 6 Wochen 3 Tagen, s. *Kraut a. a. D.* S. 121.

4) Die Einrichtung des älteren sächsischen Rechts, welches mit dem zwölften Jahre die Kinder zu ihren Jahren und mit dem einundzwanzigsten zu ihren Tagen kommen, in der Zwischenzeit aber nur eine beschränkte Mündigkeit gelten ließ (*Homeyer, Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik* v. 1827. S. 1316—18.), ist schon früh wieder außer Gebrauch gekommen; s. *Glossa zum Sächs. Landr. B. I. Art. 42. §. 2.* — *Kraut a. a. D.* S. 149. Ueber eine ähnliche Einrichtung in Norwegen s. *Dahlmann, Geschichte von Dänemark II.* S. 344. Note 1.

5) *Haubold, Lehrbuch* §. 145. — *Sachse, Handbuch* §. 199. — *Paulsen, Lehrbuch des Schleswig-Holstein. Privatrechts* §. 170. — Ebenso in *Bayern (Baier. Landr. Th. I. Cap. 7. §. 36.)*, in *England, s. Blackstone, commentaries B. I. chap. 17. §. 2.* und in *Frankreich, Code civ. Art. 388.*

6) *Aurea bulla* cap. VII. §. 4. — tutor — existat, donec senior ex eis legitimam etatem attigerit, quam in Principe Electore decem et octo annos completos censeri volumus.

7) Nach dem *Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 696.* und dem *Dezerr. Gesetz* b. §. 21. beginnt die Volljährigkeit mit dem vollendeten 24. Jahre.

## II. Tutela und cura.

Die Unterscheidung, welche das römische Recht zwischen impuberes und minores macht, und der damit in Verbindung stehende Gegensatz von tutela und cura haben auch auf einzelne deutsche Rechtsquellen einen Einfluß ausgeübt.<sup>8)</sup> Doch widersprach eine solche Neuerung dem Wesen der deutschen Vormundschaft, welche, mit Ausnahme der im sächsischen Recht hervortretenden Episode, während der ganzen Dauer des unmündigen Alters in gleicher Weise wirksam war, indem sich nur der natürliche Abstand zwischen Kindern und Erwachsenen bei den verschiedenen Altersstufen des Mündels thatsächlich geltend machte. Jene Aneignung der römischen Einrichtungen hat daher auch nur vereinzelt stattgefunden; im Allgemeinen ist die deutsche Rechtsanschauung vorherrschend geblieben. Mit Unmündigkeit und Minderjährigkeit werden keine verschiedenen Rechtszustände bezeichnet, und wenn auch die Fähigkeit zur Vornahme gewisser rechtlicher Handlungen: Eingehung einer Ehe, Testamentserrichtung, Eidesleistung, schon vor der erlangten Großjährigkeit einzutreten pflegt, so sind doch dafür die Termine der römischen Pubertät in der Regel nicht maßgebend, sondern ein gewisses festgestelltes Alter oder die stattgehabte Confirmation entscheidend. Das Amt des Vormundes dauert bis zur Großjährigkeit des Mündels, ohne daß bei eingetretener Pubertät ein Wechsel in der Person stattfindet; die Unterscheidung zwischen auctoritatis interpositio und consensus haben keine Bedeutung mehr, und die allgemeinen Grundsätze über die freie Stellvertretung in Rechtsgeschäften finden ihre Anwendung, indem das vormundtschaftliche Amt die Wirkung einer besonderen Vollmacht hat.<sup>9)</sup>

8) Schwab. Landr. Cap. 52. 54. — Solms. Landr. Tit. 21. §. 29. — Frankfurt. Reformation Th. VII. Tit. 3. §. 9. — Tit. 8. §. 1. Vgl. jedoch Souday, Anmerkungen II. S. 1158.

9) Die R. P. D. v. 1577. Tit. 32. §. 1. führt zwar Pupillen und Minderjährige neben einander auf, spricht aber allgemein von „Pflegkindern“ und deren „Vormündern“, und verordnet am Schluß: „daß den Pupillen und

## III. Die Obervormundschaft.

Das ältere deutsche Recht legte neben dem Familienrathe auch der Obrigkeit die Verpflichtung auf, von den Vormundschaften Kenntniß zu nehmen und eine gewisse Aufsicht über sie auszuüben, was später zu der Ausbildung einer regelmäßig wirksamen Obervormundschaft geführt hat.<sup>10)</sup> Dadurch ist eine übermäßig gesteigerte Einwirkung der Staatsbehörden auf das Vormundschaftswesen hervorgerufen, und in der guten Absicht, das Interesse der Mündel möglichst zu schützen, die Natur der ganzen Einrichtung wesentlich verändert worden. Der Einfluß der Familie ist immer mehr zurückgedrängt und durch die Häufung formeller Garantien eine äußerliche Rechtsicherheit angestrebt worden, welche die freie Wirksamkeit der Vormünder ungebührlich beschränkt und ein Institut des Vertrauens zu einer gewöhnlichen, ängstlich überwachten Geschäftsführung heruntergedrückt hat. — Die obervormundschaftliche Behörde selbst haftet aber wegen Versehen, welche sie sich bei Bestellung der Vor-

---

minderjährigen Kindern, jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher — — gegeben werden.“ Die neueren Geseze und Vormundschaftsordnungen haben meines Wissens ohne Ausnahme jene römische Unterscheidung ausdrücklich oder stillschweigend beseitigt und nur Eine Altersvormundschaft mit gleicher Wirkung für deren Dauer angenommen, s. z. B. Bai er. Landr. Th. I. Cap. 7. §. 36. „Minderjährige Personen werden 1 mo nach gemeinen Rechten genannt, welche das fünf und zwanzigste, oder nach Bayrischen, und hiefür auch Oberpfälzischen Rechten das ein und zwanzigste Jahr noch nicht völlig erfüllt haben; es sind dieselben 2 do den Puppillen und unvogtbaren Personen in allen obenannten Stücken — durchgehends gleichgeschägt, und ist mithin auch zwischen gegenwärtiger Curatel und Tutel überhaupt kein Unterschied.“ Vgl. Rudorff, das Recht der Vormundschaft I. S. 113. ff. — Kraut, die Vormundschaft II. §. 52. A. M. ist Glück, Commentar XXX. S. 464., mit welchem Rudorff a. a. D. II. S. 291. insofern übereinstimmt, als er für die Handlungsfähigkeit der Impuberes und Minores das römische Recht noch maassgebend sein läßt.

10) Kraut a. a. D. I. §. 9. 10. — II. S. 95. Sowohl der deutsche Familienrath, welchen das französische Recht (Code civ. Art. 405—16.) sorgfältig ausgebildet hat, als auch der römische tutor honorarius sind durch die moderne Obervormundschaft fast ganz beseitigt worden.

münder und innerhalb der ihr überwiesenen Geschäftsführung schuldig gemacht hat.<sup>11)</sup>

#### IV. Berufung und Bestätigung der Vormünder.

Wenn die Quellen des einheimischen Rechts außer den geborenen Vormündern in gewissen Fällen auch gekorene zulassen, so sind unter den letzteren solche zu verstehen, welche sich der Mündel selbst ausnahmsweise wählen kann, oder welche die Obrigkeit bestellt. Eine Ernennung der Vormünder durch den Vater für den Fall seines Todes fand nicht statt; das würde dem allgemeinen Grundsatz des deutschen Rechts widersprochen haben, daß niemand über seinen Tod hinaus Verfügungen treffen kann, welche von diesem Zeitpunkte an erst wirksam werden sollen.<sup>12)</sup> Nach heutigem Rechte ist dies anders. Die Gründe, aus denen jemand zur Vormundschaft berufen wird, sind die des römischen Rechts; nur wird bei der letztwilligen Ernennung, welche in der Regel auch der überlebenden Mutter zusteht, auf die strenge Testamentsform keine Rücksicht genommen.<sup>13)</sup> Außerdem kommt im neueren Rechte noch eine vertragsmäßige Vormundschaft (*tutela pactitia* s. con-

11) Dagegen befreit die Belehrung, welche die Obervormundschaft auf Anfrage des Vormundes über ein dessen Entscheidung überwiesenes Geschäft, wenn auch in der Form der Genehmigung ertheilt; den letzteren nicht von der eigenen Verantwortlichkeit; s. Rudorff a. a. D. III. S. 171. — Kraut a. a. D. II. S. 96. — Strippelmann, neue Sammlung V. S. 177.

12) Schöffennurtheil in (Böhme's) diplom. Beiträgen zur Untersuchung der Schlesiſchen Rechte und Geschichte VI. S. 139. „Kejn man mag sehnem kindirn vormundin kyſin bey sejnem leybe, wenne das mag kejne vormuntſchaft nicht gesejn, ee die mundeschaft gefelleth.“ Vgl. unten §. 149.

13) R. P. D. a. a. D. §. 1. — „Vormünder oder Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten, oder letzten Willen nit verordnet.“ — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 174. — Rudorff a. a. D. I. S. 334. A. M. ist in Betreff der Bestellung durch die Mutter Kraut a. a. D. I. S. 259. ff. Das Erforderniß der obrigkeitlichen Bestätigung läßt das ganze Recht überhaupt als weniger bedeutend erscheinen.

ventionalis) vor.<sup>14)</sup> Insofern aber unter derselben die in Familienverträgen autonomisch geordnete Vormundschaft des hohen Adels verstanden wird, ist die Bezeichnung unpassend gewählt, weil die Familienverträge nicht nach Art der gewöhnlichen Privatwillkühr über einen einzelnen Fall verfügen, sondern wie andere Statuten Gesetzeskraft haben.<sup>15)</sup> Eine andere Auffassung, welche allgemein durch den Vertrag die Vormundschaft begründet werden läßt, und also die vertragsmäßige Bestellung derselben der testamentarischen gleichstellt, kommt wieder in einer zwiefachen Wendung vor. Entweder wird angenommen, den Eltern stehe das Recht zu, in der Form eines Vertrags ihren Willen über die Person des künftigen Vormundes ihrer Kinder auszudrücken, — was in mehreren neueren Gesetzen für zulässig erklärt wird<sup>16)</sup>, wenn auch ein gemeines Gewohnheitsrecht wohl kaum dafür anzunehmen ist, und ohne besondere gesetzliche Anordnung nur die Berücksichtigung einer solchen Person bei der Vormundschaftsbestellung durch den Richter billig erscheint. Oder die vertragsmäßige Bestellung wird nach Analogie des Erbeinsetzungsvertrags behandelt und dem ernannten Vormunde aus dem Vertrage ein wohl erworbenes Recht auf die Tutel eingeräumt. Diese Auffassung widerspricht dem Wesen des Institutes und findet auch nicht einmal in der deutschen Particulargesetzgebung eine Stütze.<sup>17)</sup>

14) Als der Begründer der Lehre von der vertragsmäßigen Vormundschaft ist S. Stryke, usus mod. pand. lib. XXVI. tit. 1. §. 14. anzusehen; vgl. überhaupt Kraut a. a. D. I. §. 28., der aber selbst der Analogie des Erbvertrags ein im deutschen Gewohnheitsrechte nicht begründetes Gewicht beilegt.

15) Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 42. ff.

16) Baiern. Landr. Th. I. Cap. 7. §. 5. Nr. 7. — Churfürstl. Vormundschaftsordnung v. 1782. Cap. 4. §. 1. 3. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 18. §. 176. — Lübeck. Vormd. D. v. 1820. §. 11. — Brem. Vormd. D. v. 1826. §. 15.

17) In den so eben angeführten Gesetzen wird die vertragsmäßige Ernennung des Vormundes nur die testamentarischen gleichgestellt und die Churfürstl. Vorm. D. a. a. D. §. 2. verfügt ausdrücklich: „Wenn

Die Berufung zur Vormundschaft durch Gesetz oder Privatwillen genügt aber nach heutigem Rechte nicht zur vollgültigen Uebertragung des Amtes; es muß noch die obrigkeitliche Bestätigung (*confirmatio juris germanici*) hinzukommen. Diese wird auf Grund einer vorausgegangenen Voruntersuchung durch eine schriftliche Bestallung (*tutorium, curatorium*) ertheilt; bis das geschehen, muß der berufene Vormund sich der Amtsführung enthalten.<sup>18)</sup> Dadurch ist zwar nicht jede andere Vormundschaft an sich in eine *Dativtutel* umgeändert worden; aber der Zweck der Einrichtung ist doch darauf gerichtet, die *Obervormundschaft* zu ermächtigen, daß sie die *Qualification* des berufenen Vormundes prüfe, und wenn das Interesse des Mündels es erheischt, ihm die Bestätigung versage, und für die angemessene Ersetzung durch eine andere Person Sorge trage.<sup>19)</sup>

---

aber nach der Zeit ein Vater erhebliche Ursachen fände, von den Ehe-Verträgen abzugehen, und einen andern zum Vormunde zu ernennen, oder sich auch sonst solche Umstände äußerten, weswegen es bey der in der Ehestiftung genommenen Abrede nicht füglich zu lassen wäre; so kann der Richter statt des in den Ehe-Verträgen benannten, denjenigen, welchen der Vater nachher verordnet hat, oder einen von den nächsten Anverwandten, oder sonst eine tüchtige Person, zum Vormunde bestätigen, oder auch dem in den Ehe-Verträgen benannten, als *Mit-Vormund* beysetzen.“

18) R. P. D. v. 1577. Tit. 32. §. 1. „Wann aber nun den Obrigkeiten zustehet, in dem gebürlich und billich Einsehens haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilt bleiben: So wollen wir — verordnen — §. 2. Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen.“

19) Die Motive der reichsgesetzlichen Vorschrift und die Erwähnung des Decrets weisen auf die Voruntersuchung und das Recht der Obrigkeit hin, die Bestätigung zu verweigern, wenn auch ausdrücklich nichts davon gesagt ist. Dieß wird jetzt auch allgemein angenommen, s. Glück, Commentar XXIX. §. 305. ff. — Rudorff a. a. D. II. §. 211. ff. — Kraut a. a. D. I. §. 235. ff. — Ueber die Gründe der Ablehnung einer übertragenen Vormundschaft nach heutigem Rechte s. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen III. Nr. 3. — Glück a. a. D. XXX. §. 231. — XXXII. §. 58. 109. 142. — Kraut a. a. D. I. §. 228. 242. 254.



## V. Sicherheitsstellung.

Mit besonderer Sorgfalt ist die neuere Gesetzgebung darauf bedacht gewesen, den Mündel vor einer nachlässigen oder betrügerischen Amtsführung des Vormundes sicher zu stellen, und hat zu diesem Behuf verschiedene vorbeugende Maaßregeln allgemein angeordnet.<sup>20)</sup> Während nämlich die Versiegelung durch die Obervormundschaft und im Nothfalle durch das nächste zuständige Gericht veranlaßt wird<sup>21)</sup>, hat der Vormund selbst für die Anfertigung eines Inventars zu sorgen<sup>22)</sup>; muß ein eidliches Gelübde der treuen Geschäftsführung leisten<sup>23)</sup>, und durch Bürgschaft oder Pfand eine dem Umfange der Vermögensverwaltung entsprechende Sicherheit bestellen.<sup>24)</sup>

## VI. Amtsführung.

Diese findet unter der Aufsicht der Obervormundschaft statt und ist besonders in Betreff der Vermögensverwaltung sehr beschränkenden Bestimmungen unterworfen<sup>25)</sup>, wenn auch die rö-

20) R. P. D. a. a. D. §. 3. „Item daß er nach befohlener Verwaltung, von allen Gütern, liegend und fahrend, Schulden-Briefe und Registern, ein Inventarium auffrichte, und rechtmäßige gnugsame Caution und Versicherung thue, auch mit Gelübden und Eyden beladen werde, daß er seinen Pflögkindern, und ihren Gütern, getreulich und erbarlich vorsehn, ihre Personen und Güter vorsehn, und verwahren.“

21) Rudorff a. a. D. II. §. 242.

22) Glück a. a. D. XXX. §. 184. ff. — Rudorff a. a. D. §. 243. ff. — Kraut a. a. D. II. §. 119. ff.

23) Statt des Eides geschieht die Verpflichtung des Vormundes jetzt gewöhnlich mittelst eines bloßen Handgelübdes, s. Glück a. a. D. §. 161. — Rudorff a. a. D. §. 231. — Kraut a. a. D. §. 119.

24) Glück a. a. D. §. 180. ff. — Kraut a. a. D. §. 42. 122. ff. Neuere Gesetze haben die Verpflichtung der Sicherheitsstellung wesentlich modificirt und zum Theil ganz erlassen, s. Rudorff a. a. D. §. 219. — Kraut a. a. D. §. 123—24.

25) Die Note 20. angeführte Stelle der R. P. D. lautet weiter: „Die Güter nicht in seinen eignen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn Vorwissen Erkantnuß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden, oder beschwehren, und jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sondern auch selbst, vermög seines anbefohlnen Ampts, auch geistlicher Pflicht und Eyds, gebührlich Rechenschaft anbieten und thun, umb

mischen Bestimmungen über Geldansagen nicht mehr zur Anwendung kommen.<sup>26)</sup> Von besonderer Wichtigkeit ist die Verpflichtung zur jährlichen Rechnungslegung<sup>27)</sup>, welche in Verbindung mit der regelmäßigen Ueberwachung durch die Obrigkeit, bei der Denunciationen angebracht werden können, der römischen Popularklage ihre Bedeutung für das heutige Recht entzogen hat.<sup>28)</sup>

## VII. Honorar.

Daß mit der Altersvormundschaft nach älterem deutschen Rechte der Fruchtgenuß an den Mündelgütern verbunden gewesen sei (*tutela usufructuaria*), läßt sich wenigstens nicht allgemein für alle Stammesrechte annehmen<sup>29)</sup>; jedenfalls ist diese Einrichtung schon früh außer Übung gekommen. Ueber die Belohnung der Vormünder für ihre Mühwaltung haben jetzt die Regeln des römischen Rechts gemeinrechtliche Geltung erhalten; doch wird in den Particularrechten ein Anspruch auf

sein Verwaltung Rede und Antwort geben, und alles anders handeln, das einem getreuen Vormünder eignet, und zusetzet, alles bey Vermeidung der Straff gemeiner Recht, indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher, und unserer kayserlichen Gebott sonder fleißiges Auffsehens zu thun, aus tragendem Ampt, sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormüunders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bey seinem Pflegkind, oder dessen Güter ungestrafft hingehen lassen sollen.“

26) Rudorff a. a. D. II. S. 367. — Kraut a. a. D. II. S. 136. ff. — Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 10.

27) Im älteren deutschen Rechte war die Rechnungslegung zunächst im Interesse der Erben des Kindes vorgeschrieben, s. Sächf. Landr. B. I. Art. 23. §. 2. Vgl. überhaupt Kraut a. a. D. II. S. 48. ff. und über einzelne particularrechtliche Abweichungen des heutigen Rechts S. 152. ff.

28) Nach deutschem Rechte wurde der treulose Vormund (ahd. *Palomonto*) von dem Richter gebalemundet, d. h. der Vormundschaft für unwürdig erklärt, s. Sächf. Landr. B. I. Art. 41. — Grimm, R. A. S. 466. — Kraut a. a. D. I. S. 397. ff.

29) Die entgegengesetzten Ansichten über diese Streitfrage sind in neuerer Zeit besonders von A. O. Krug, *de tutela usufructuaria jure Germanico communi reprobata*. Lips. 1837. und Kraut, die Vormundschaft II. §. 49. vertreten worden.

ein Honorar häufig anerkannt, dasselbe auch zuweilen nach Procenten von dem Ertrage der Mündelgüter bestimmt.<sup>30)</sup>

### VIII. Beendigung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft hört mit dem Eintritt der Volljährigkeit des Mündels, beziehungsweise der Jahrgebung (*venia aetatis*)<sup>31)</sup> auf; auch durch die Verheirathung des Mündels wird sie wie die väterliche Gewalt aufgehoben, wenn nicht particularrechtliche Bestimmungen entgegenstehen.<sup>32)</sup>

#### §. 147.

##### Die Geschlechtsvormundschaft.

Der Grundsatz des älteren deutschen Rechts, daß jedes unverheirathete großjährige Frauenzimmer der Vertretung durch einen Vormund bedürfe, in dessen Mundium sie sich befand<sup>1)</sup>, ist schon während des Mittelalters wesentlich verändert worden. Denn bereits die Rechtsbücher behandeln diese Art der Vormundschaft nicht als die nothwendige Ergänzung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Weiber, sondern als ein zum Schutze der weiblichen Schwäche eingeführtes Institut, und fordern außer den Fällen der Veräußerung, in denen der Vormund sein Beispruchsrecht als nächster Erbe geltend zu machen hat<sup>2)</sup>, nur die

30) Rudorff a. a. D. III. S. 132. — Kraut a. a. D. §. 58.

31) Glück, Commentar XXXI. S. 149. ff. — Rudorff a. a. D. III. S. 221. ff. — Kraut a. a. D. S. 86. ff. 168. ff.

32) Vgl. oben §. 135. a. E. — Rudorff a. a. D. S. 248. — Kraut a. a. D. S. 89. ff. 172. ff.

1) L. Sal. tit. 47. De reippus. — L. Saxon. tit. VII. — L. L. Long. Rotharis cap. 205. — Kraut, die Vormundschaft I. §. 3.

2) Sächs. Landr. B. I. Art. 45. — „En wif ne mach of ane irs mannes gelof nicht irs gudes vergeven noch egen verkopen, noch listucht uplaten, durch dat he mit ir in den geweren sit. Megebe aver unde ungemannebe wif verkopen ir egen ane irs vormunden gelof, he ne si dar erve to.“ — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 59. „Ein wip mac an irs mannes urlof ir guotes niht hin gegeben, weder eigen noch lipgedinge noch zinsgut noch varende gut. Daz ist da von, daz er ir voget ist. Meide unde browen die niht man hant, die werdent an ir vor-

Zuziehung desselben zu gerichtlichen Handlungen der Pflegebefohlenen.<sup>3)</sup> In anderen Rechtsquellen findet sich eine noch laxere und nur in wenigen eine strengere Auffassung des Institutes.<sup>4)</sup> Indessen vermochte das römische Recht doch nicht es ganz zu verdrängen, vielmehr bildete sich unter den Händen der Juristen aus Elementen des römischen und deutschen Rechts eine neue Theorie aus, welche die Geschlechtsvormundschaft (*cura sexus*) über unverheirathete großjährige Frauenzimmer von der Altersvormundschaft und der ehelichen Vogtei bestimmt unterschied und für sich die Kraft einer bedingt gemeinrechtlichen Geltung in Anspruch nahm.<sup>5)</sup> Die ganze Ein-

munt ir guot wol ane, ob si ze iren tagen komen sint; da gehoeren danne erben zuo. die sullen ez versprechen als reht ist.“

3) Sächf. Landr. B. I. Art. 46. „Nedege unde wif muten aver vörmunden hebben an jewelfer klage, dur dat man se nicht vertügen ne mach, des se vor gerichte spreket oder düt.“ — B. II. Art. 63. §. 1. — Schwäb. Landr. Cap. 59. „Meide unde wittwen müezen ze rehte vor ieglichem gerichte unde in ieglicher klage ir vormunt bi en han, oder si en sol der richter nicht hoeren.“ — Cap. 203.

4) Letzteres in den Stadtrechten von Hamburg und Lübeck, Ersteres in denen von Soest und Goslar und überhaupt nach fränkischem Rechte; vgl. überhaupt Kraut a. a. O. II. §. 68. — Gries, Commentar zum Hamburg. Stadtrechte I. S. 13. ff. — Pauli, Abhandlungen III. S. 424. ff.

5) Chursächf. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 15. „Es haben die gemeine Keyserliche und Landübliche Sächsische Rechte in eplichen gewissen fällen der Weibspersonen halben Vorsehung gethan, damit sie auß mangel gutes Raths und Bedachts nicht ubereilet unnd hindergangen werden möchten, wann wir dann solches, auß erheblichen Bedencken und Ursachen, auch weiter zu erstrecken nothwendig erachten: So constituiren und ordnenen wir, das hinsüro Wittwen und Jungfrawen, ohne Unterschied des Alters, in allen rechtlichen Processen, sie halten gleich Klägerin oder Beklagter Statt, ohne Vormunden nichts Bestendiges handeln mögen. — Gleicher gestalt soll auch den Weibspersonen dasjenige was sie ohne vorwissen und autoritet ihrer ehelichen und andern verordneten Vormunden, inn- und außershalb Gerichts schließen und handeln, damit sie sich gegen jemandt verpflichten, unschädlich und unnachtheilich seyn; jedoch mögen Ehefrawen, Wittwen und Jungfrawen — — wohl Testament machen.“ — B. Carpzov, jurispr. for. ad h. l. — D. Mevius ad jus lub. lib. I. tit. 10. art. 1. — Falck, Handbuch V. §. 104.

richtung ist jedoch durch die neuere Gesetzgebung meistens aufgehoben worden, und kommt nur noch in wenigen Gegenden vor.<sup>6)</sup>

I. Der Geschlechtsvormund ist der Frau entweder für die Dauer (*curator sexus generalis*) oder nur für einzelne Rechtsgeschäfte (*curator sexus specialis*) beigegeben. In beiden Fällen hat sie in der Regel das Recht, sich selbst ihren Beistand zu wählen; doch bedarf es einer obrigkeitlichen Bestätigung, welche für den allgemeinen Geschlechtsvormund der ordentliche Richter der Frau ertheilt, während für ein einzelnes Rechtsgeschäft auch die Behörde, vor welcher dasselbe vorzunehmen ist, den Vormund bestellen kann.<sup>7)</sup> Eine Verpflichtung zur Uebernahme der Curatel gilt für den gewählten Beistand in der Regel nicht<sup>8)</sup>; dagegen steht es ihm frei, sein Amt niederzulegen, wenn es nur nicht zur Unzeit geschieht, wie auch umgekehrt die Frau ihn beliebig entlassen kann.<sup>9)</sup>

II. Die Hauptaufgabe des Geschlechtsvormundes besteht darin, als Beistand der Frau bei deren gerichtlichen Geschäften zu fungiren, weswegen er auch kriegerischer Vormund, Kriegs-

6) Auch im Königreich Sachsen ist die Geschlechtsvormundschaft durch das Gesetz v. 8. Januar 1838. aufgehoben worden, s. Haubold, Lehrbuch (3. Aufl.) §. 153. Note e., desgleichen in Bremen, Württemberg, Baden u. s. w.

7) Einer Bestellung des Curators durch den Notar Behufs eines vor demselben zu vollziehenden Rechtsgeschäftes steht gemeinrechtlich die allgemeine Fassung der R. P. D. v. 1577. Tit. 32. §. 2. entgegen; s. Kind, quaestiones for. (edit. II.) II. cap. 105. Vgl. Haubold, Lehrbuch §. 155. — Sachsse, Handbuch des Großh. Sächs. Privatrechts §. 231.

8) A. M. ist Paulsen, Lehrbuch des Schleswig-Holst. Privatrechts §. 172., s. aber Falck a. a. D. §. 122. — Kraut a. a. D. §. 319. Nur wenn die Obrigkeit von Amts wegen zur Vornahme eines einzelnen Actes einen Geschlechtsvormund bestellt, bedarf es wohl zur Ablehnung einer besonderen Entschuldigung, s. Sachsse a. a. D. §. 232.

9) Haubold a. a. D. §. 162. — Sachsse a. a. D. §. 240. — Falck a. a. D. §. 126. — Kraut a. a. D. II. §. 318.

vogt, Litiscurator genannt wird.<sup>10)</sup> Was seine übrigen Obliegenheiten betrifft, so ist allgemein angenommen, daß eine Vermögensverwaltung ihm nicht zukommt; auch braucht die Frau ihn in der Regel bei Rechtsgeschäften, welche ihre persönlichen Verhältnisse berühren, selbst bei dem Verlöbniße, nicht zuziehen.<sup>11)</sup> Darüber, ob es bei letztwilligen Verfügungen, denen die Erbverträge gleichzusetzen, nöthig ist, finden sich in den Particularrechten verschiedene Vorschriften.<sup>12)</sup> Auch hinsichtlich der Geschäfte unter Lebenden, welche das Vermögen der Frau berühren, findet sich unter ihnen keine Uebereinstimmung. Der älteren deutschen Rechtsanschauung entspricht es jedenfalls, wenn der Vormund nur bei Veräußerungen von Grundstücken thätig zu sein braucht<sup>13)</sup>; doch hat die neuere Theorie den Kreis der Geschäfte, bei denen seine Mitwirkung erforderlich ist, erweitert, ohne eine bestimmtere Grenze, als etwa in der Unterscheidung des Wichtigeren und Unwichtigeren gegeben ist, zu ziehen.<sup>14)</sup> Kauffrauen sind jedoch für ihren Geschäftsbereich von solchen Beschränkungen befreit.<sup>15)</sup>

10) Hamburg. Stadtr. Th. I. Tit. 9. — Wiesner, das Vormundschaftsrecht §. 163.

11) Kraut a. a. D. S. 297. ff.

12) Vgl. Ehursächf. Constitutionen v. 1572. P. II. const. 15. (s. oben Note 5.) und Hamburg. Stadtr. Th. I. Tit. 1. Art. 13. — Pauli, Abhandlungen III. S. 369. ff. — Falk, Handbuch V. S. 124. Daß die Erbverträge den Testamenten gleichzustellen sind, ergibt sich aus der rechtlichen Natur und dem Zweck beider Geschäfte: sie sind *negotia m. c.*, durch welche ein Erbrecht deferirt wird.

13) S. oben Note 2. und Glück, Commentar XXXIII. S. 257.

14) Der leitende Gedanke war, daß die Geschäfte der Frauen wie die der Minderjährigen zu beurtheilen seien; doch hat man denselben nicht consequent durchzuführen vermocht; s. Ehursächf. Constit. a. a. D. — Haubold a. a. D. §. 158—60. — D. Mevius ad jus lub. lib. I. tit. 7. art. 4. nr. 8. — tit. 10. art. 1. nr. 9. — Gries, Commentar I. S. 20. — Falk a. a. D. S. 120. ff. — Kraut a. a. D. S. 300. ff.

15) Ehursächf. Constitutionen a. a. D. i. f. — Lübb. Stadtr. B. I. Tit. 10. Art. 1. — B. III. Tit. 6. Art. 21. — Hamburg. Stadtr. Th. II. Tit. 8. Art. 1. — Kraut a. a. D. §. 73. 102.

III. In den Fällen, für welche die Zuziehung des Geschlechtsvormundes vorgeschrieben ist, erscheint sein Beitritt entweder zur Vervollständigung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Frau nothwendig, so daß die Handlung ohne denselben ungültig ist, oder er wird nur im Interesse der Frau erfordert, so daß sie wie ein Minderjähriger, der ohne Vormund gehandelt hat, das Geschäft anfechten kann, der andere aber, mit dem sie contrahirt hat, nicht dazu befugt ist (*negotium claudicans*). Ersteres gilt namentlich für alle gerichtlichen Handlungen, Letzteres für Geschäfte unter Lebenden über Vermögensverhältnisse.<sup>16)</sup>

IV. Bedarf es auch, wenn der Geschlechtsvormund nicht bloß als passiver Beistand fungirt, seiner Genehmigung, so ist die Frau doch nicht gebunden, wenn dieselbe verweigert wird: sie kann sich vielmehr mit einem willigeren Beistande versehen und unter dessen Zuziehung das Geschäft abschließen. Daher hat die Genehmigung des Vormundes in der That nur die Bedeutung eines Rathes und am Wenigsten steht es ihm zu, selbständig anstatt der Frau in ihren Geschäften thätig zu sein.<sup>17)</sup> Die gewöhnlichen Sicherungsmittel, welche bei der Bestellung einer Vormundschaft im Interesse des Mündels sonst vorgeschrieben sind, haben hier daher keine Bedeutung und kommen auch nicht zur Anwendung.<sup>18)</sup>

V. So nichtsagend jetzt auch im Allgemeinen die Thätigkeit des Geschlechtsvormundes ist, so gehört die Zuziehung desselben doch nicht bloß zur äußeren Form der einzelnen Rechtsgeschäfte; die ganze Einrichtung bezieht sich auf die Statusverhältnisse der Frau, und muß bei einer Collision der Rechtsquellen von diesem Standpunkte aus beurtheilt werden.<sup>19)</sup>

16) Carpzov, *jurisprudentia for.* P. II. const. 15. def. 17. — Gries a. a. D. S. 20. ff. — Wächter, *Handbuch* I. S. 460. — Kraut a. a. D. S. 308. ff.

17) v. Kettelblatt, *Rechtssprüche* II. Nr. 48. — Kraut a. a. D. §. 71. In Vollmacht der Frau kann er natürlich wie jeder Andere handeln.

18) D. Mevius l. c. lib. I. tit. 7. art. 4. nr. 9. sqq.

19) S. oben Band I. S. 155. — Wächter, *Archiv für civ. Praxis*

## §. 148.

## Die Vormundschaft über Abwesende.

Während das ältere deutsche Recht die Vormundschaft über wahnsinnige und gebrechliche Personen schon allgemein ausgebildet hatte <sup>1)</sup>, finden sich von einer im Interesse der Familie getroffenen Vorsorge gegen Verschwender nur vereinzelte Andeutungen <sup>2)</sup>, was sich vielleicht daraus erklärt, daß das Beispruchsrecht der nächsten Erben in dieser Beziehung einen nicht unerheblichen Schutz gewährte. Die Grundsätze jedoch, welche das römische Recht über die *cura prodigi* aufstellt, mußten in mancher Beziehung weit wirksamer erscheinen, so daß sich deren früh erfolgte Aufnahme in Deutschland leicht erklärt; zugleich enthielt es auch zum Schutze der Wahnsinnigen und Gebrechlichen solche Einrichtungen, welche mit denen des einheimischen Rechts in wesentlichen Punkten zusammentrafen, und sich der deutschen Praxis bequem aneignen ließen. So gelangte das römische

---

Bd. XXV. S. 163. ff. — Handbuch des württemb. Privatrechts II. S. 93. 96. Abweichende Ansichten finden sich in einem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts zu Jena, s. Seuffert, Archiv IV. Nr. 236.

1) Sächf. Landr. B. I. Art. 4. „Uppe altvile (Zwitter) unde uppe dverge ne irkircht weder len noch erve, noch uppe kropellint. Sve denne de erven sint unde ire nesten mage, de solen se halten in irer plage. — B. III. Art. 3. — — Over rechten doren unde over sinnelosen man ne sal man ok nicht richten; sweme sie aber scaden, ire vormünde sal it gelden.“ (Doch wohl mit des Wahnsinnigen Vermögen? s. die folgende Stelle des Schwabenspiegels.) — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 314. „Ueber einen rechten toren unde über einen sinne lösen man sol man ouch nicht richten. Swem si aber schaden tuont, daz sol ir vormunt büezen, ob si in (al. guot) habent. unde habent si nicht guotes, so sint si leblic. — — Unde ist ein mensche also unsinnic, daz ez tobet, man sol ez binden unde in fliezen. Daz sullen sine vriunde tuon, oder der rihter. unde hat ez der nötdürfte nicht, die sullen im sin nächsten mage oder der rihter geben.“

2) Hamb. Stadtr. v. 1270. III. Art. 7. „So wanne gud uppe kindere ervet, unde is der kindere welk de ereme dinge unrechte doet, unde it deme rade mitlik were, dat kint ne schal fines gudes nicht weldich sin al wente in de tid, dat it fine me dinge rechte deit. Unde de anderen kindere scholen des gudes weldich sin, de ereme dinge rechte dut.“



Recht in diesen Lehren früh zur Anwendung<sup>3)</sup> und ist auch die gemeinrechtliche Quelle für dieselben geblieben, indem nur einige allgemeine Grundsätze des modernen Vormundschaftsrechts und die genauere Ausführung der Institute in neueren Gesetzen einzelne Abweichungen herbeigeführt haben.<sup>4)</sup>

Es giebt jedoch noch eine Art der Vormundschaft, welche an diesem Orte einer genaueren Erörterung bedarf, weil dieselbe zum Theil auf eine eigenthümlich deutsche Rechtsbildung zurückgeführt werden muß, — nämlich die Vormundschaft über Abwesende. Insofern darunter freilich die gewöhnliche Vermögenscuratel verstanden wird, welche das römische Recht für Abwesende, die keinen Vertreter zurückgelassen haben, bestellen läßt, trifft das so eben über die *cura furiosi* u. s. w. Gesagte auch hier zu; und in der That ist diese Einrichtung nach der richtigen Ansicht auch die einzige, für welche eine gemeinrechtliche Geltung in Anspruch genommen werden kann.<sup>5)</sup> Daneben hat sich aber in einzelnen Particularrechten in Folge einer in

3) Altes Lüb. Recht (Sach, Cod. II.) Art. 102. „Vord mer hebe wi des Keiser recht also. — na dem vivuntwintegisten jare schal de junghelinc sulven raden, ofte ghot eme de wisheit gif dat het kan unde dar to doch. kan aver hes nich ofte ne doch he dar nicht to ofte is he furiosus ofte prodigus, he schal also langhe wesen under dem bisorgheren, bet deme rade anders umme ene bedunke. vord mer omnes mente capti, surdi et qui in perpetuo morbo laborant sine intervallo, den schal men bisorghere gheven ane de se nicht don moghen, dat stede moghe bliven, wo olt se oc werden. nene bisorghere mach en man setten in sine testamente. set aver he se, de moghen dar nicht an bliven, de rat ene stedegehe se, oft ses werdich sint van provinghe des rades.“

4) Vgl. Glück, Commentar XXXIII. S. 100—256. — Rudorff, das Recht der Vormundschaft I. S. 118—63. — Kraut, die Vormundschaft II. S. 191—217. Ueber die *cura ventris*, welche als Vormundschaft zum Besten der nascituri im Adelsrecht von besonderer Bedeutung ist, s. Rudorff a. a. D. S. 75—78.

5) Pfeiffer, pract. Ausführungen II. S. 256. — Heise und Cropp, jur. Abhandlungen II. Nr. 5. §. 14. — Eichhorn, Einleitung §. 327. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 429. — Phillips, Grundsätze II. §. 159.

der Doctrin geltend gewordenen Ansicht ein anderes Institut ausgebildet, welches sich nur auf das Vermögen eines Verschollenen bezieht, indem den nächsten Erben desselben ein Anrecht auf die vormundschaftliche Verwaltung und auf den Fruchtgenuß auf Grund einer anticipirten, aber noch bedingten Erbfolge eingeräumt wird.<sup>6)</sup> Der Vormund hat Sicherheit wegen der Rückgabe für den Fall, daß der Verschollene vor der Todeserklärung zurückkehrt oder ein näherer Erbe sich findet, zu bestellen; während der Verwaltung übt er die gewöhnlichen vormundschaftlichen Rechte aus, und kann insbesondere eine dem Verschollenen angefallene Erbschaft für diesen erwerben.<sup>7)</sup> — Eine beschränkte Anwendung des Institutes ist auch in neuere Gesetze

6) Die erste Erwähnung des Institutes finde ich bei A. Faber, *codex definitionum* lib. V. tit. 40. def. 1. In Deutschland hat besonders B. Carpzov, *jurispr. for. P. III. const. 15. def. 48—57.* versucht, es genauer zu entwickeln und zu seiner Verbreitung wesentlich beigetragen, so daß spätere Juristen, wie Leysner, *meditatt. ad pand. Spec. 97.* und Pufendorf, *observatt. jur. IV. obs. 84.* demselben unbedenklich eine gemeinrechtliche Geltung beilegten. Die Litteratur s. bei Pfeiffer a. a. O. S. 236. ff. — Glük, *Commentar XXXIII. S. 265. ff.* Die neueste umfassende Erörterung des Gegenstandes findet sich bei Kraut, *die Vormundschaft II. S. 217—66.* Ueber den Begriff der Verschollenheit und die damit in Verbindung stehenden Lehren, vgl. oben Band I. §. 58.

7) Auf den Fall, daß dem Verschollenen eine Erbschaft angefallen und für dieselbe Vorsorge zu treffen war, bezogen die älteren Juristen, insbesondere Carpzov l. c. def. 48. hauptsächlich die Bedeutung einer solchen Vormundschaft; doch behält deswegen die Vermuthung von Kraut a. a. O. II. §. 63., die ganze Einrichtung hänge mit den Grundsätzen des älteren Rechts über den Beweis, den die Erben über den Tod eines Abwesenden zu führen hatten, zusammen, (vgl. Pauli, *Abhandlungen III. S. 132. ff.*) immer noch ihren Werth. — Einen Zweifel darüber, daß der Verschollene bis zu seinem Tode, beziehungsweise seiner Todeserklärung noch für lebend angesehen werden müsse, und daß der Vormund eine demselben angefallene Erbschaft für ihn erwerben könne, finde ich unter den älteren Juristen nicht. In der That läßt sich die von Cropp, *jurist. Abhandlungen II. Nr. 5. §. 8.* aufgestellte Ansicht, daß keine Vermuthung für die Fortdauer des Lebens bestehe, für unser gemeines Recht nicht durchführen; s. oben Band I. S. 303—4.

übergegangen<sup>8)</sup>); einzelne Particularrechte haben es jedoch noch in seinem ganzen Umfange, wie die ältere Jurisprudenz es entwickelt hatte, beibehalten und gewähren dem Vormunde namentlich den Fruchtgenuß, was denn eigentlich die Annahme einer *successio ex tunc* in den Nachlaß des Verschollenen voraussetzt.<sup>9)</sup>

---

8) Oldenburg. Gesetz v. 1844. (Archiv für oldenburg. Recht II. S. 116.) §. 3. „Die Rechte und Pflichten des Curators sind gleich denen eines Vormundes Minderjähriger zu beurtheilen. Er kann für den Abwesenden oder Vermißten angefallene Erbschaften und sonstige Vortheile rechtsgültig annehmen.“ Auch in der particularrechtlichen Praxis werden sich hie und da einzelne Wirkungen des Instituts gewohnheitsrechtlich erhalten haben.

9) Hohenloh. Landr. v. 1738. Th. V. Tit. 1. §. 24. „Das Vermögen eines Abwesenden und Verschollenen, von dem in langer Zeit keine Nachricht eingelangt, mithin ungewiß ist, ob er noch am Leben oder todt seye, wird denjenigen Bluts-Freunden, welche dem Abwesenden zu der Zeit, da er hinweggekommen ist, am nächsten verwandt gewesen sind, oder demjenigen, welchen etwa der Abwesende durch ein zurückgelassenes Testament zu seinem Erben benennet hat, zur Administration übergeben, dagegen dieselbe hinlängliche Caution zu stellen haben, daß sie, im Fall der Abwesende wieder kommen sollte, ihm sein Vermögen, nebst der inmittelst daraus erhobenen Nutzung, nach Abzug der Unkosten, worüber richtige Rechnung zu thun ist, und gegen eine billigmäßige Vergeltung seiner gehaltenen Bemühungen, getreulich zustellen und einräumen wollen.“ — Arnold, Beiträge I. S. 616—19. 772. — Pfeiffer a. a. D. II. S. 256. ff. Einige Particularrechte sprechen dem nächsten Erben erst dann den Fruchtgenuß zu, wenn die Vormundschaft bestimmte Jahre gedauert hat; s. Arnold a. a. D. S. 489. — v. Nettelbladt, Rechtsprüche II. Nr. 51.

---

## Fünfter Abschnitt.

### Das Erbrecht.

§. 149.

#### E i n l e i t u n g.

Wenn man das römische und das deutsche Erbrecht in ihren Grundzügen mit einander vergleicht, so treten, abgesehen von anderen weniger wesentlichen Abweichungen, vor Allem zwei Gegensätze unter ihnen hervor, welche auf die ganze Anlage und die weitere Ausführung des Systems bestimmend einwirken mußten.

I. Das deutsche Recht kannte keine Geschäfte, durch welche jemand über sein Vermögen als Nachlaß gedacht, Anordnungen trifft. Derselbe Grundsatz nämlich, welcher es dem Vater unmöglich machte, für seinen Todesfall den Kindern Vormünder zu bestellen<sup>1)</sup>, zeigte sich auch im Erbrechte wirksam, indem keine Verfügung Gültigkeit hatte, durch welche jemand seine Rechtssphäre über den Tod hinaus erweitern und über seine Erbfolge etwas bestimmen wollte.<sup>2)</sup> Auf welche Weise es nun doch möglich war, den Zweck der Erbverträge und Testamente durch andere, auf dem Gebiete des Sachenrechts sich bewegende Geschäfte zu erreichen, das wird unten (§. 158.) dargethan werden; hier kommt es zunächst nur darauf an, den Grundsatz,

---

1) S. oben §. 146. Note 12.

2) Lehre von den Erbverträgen I. S. 1. — Pauli, Abhandlungen III. S. 161.

welcher die Erbfolge allein an die Familienverbindung knüpfte, bestimmt hervorzuheben.

II. Der zweite Punkt, welcher zu berücksichtigen ist, betrifft das Verhältniß der Erben zum Erblasser. Darin stimmen beide Systeme, das römische und das deutsche, überein, daß der Erbe als Nachfolger des Erblassers von diesem sein Recht ableitet; namentlich findet die Ansicht, welche die Erbfolge auf ein Gesamteigenthum der Familie zurückführen will, in den Quellen des deutschen Rechts keine Begründung<sup>3)</sup>, und auch die Nachfolge aus dem Rechte des ersten Erwerbers, die s. g. *successio ex pacto et providentia majorum*, ist erst im späteren Adels- und Lehenrecht ausgebildet worden. Allein trotz dieser principiellen Uebereinstimmung beider Rechtssysteme besteht doch insofern eine wesentliche Verschiedenheit unter ihnen, als der römische Begriff der *Universalsuccession*, kraft deren der Erbe die Person des Erblassers in Beziehung auf die Vermögensverhältnisse vollständig vertritt, im deutschen Rechte nicht zur vollen Ausbildung gelangt ist. In älterer Zeit, als das Weispruchsrecht der nächsten Erben noch nicht begründet war<sup>4)</sup>, findet sich die Verpflichtung, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, allerdings in einer Weise anerkannt, welche der römischen Auffassung nahe kommt.<sup>5)</sup> Allein später, als das Weispruchsrecht

3) Diese Ansicht ist ausführlich entwickelt von Fischer, Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge. 2 Bände. Mannheim 1778., in neuerer Zeit aber so gut wie allgemein aufgegeben. Das Consolidationsprincip bei der ehelichen Gütergemeinschaft beruht eben auf einer andern Grundlage als der Erbfolge.

4) S. oben §. 89. Note 9.

5) L. Ripuar. tit. LXVII. cap. 1. Si quis moriens debitorus, aut testamenta venditionis seu traditionis aliqua fecerit, si filios aut filias non reliquerit, quicumque de parentibus suis, quantum unus solidus valet, in hereditatem acceperit, vel cui weregildus ejus, si interfectus fuisset, legitime obveniebat, omne debitum per ipsum solvi judicatur, et omne factum ejus idoneare studeat, aut culpam incurrat. — L. Burgund. tit. LXV. cap. 1. Si qua mulier vidua filios habens, si et illa et filii sui cessionem de bonis mariti, qui defunctus est, fecerint, nullam ex debito ipsius repetitionem aut

sich entwickelt hatte, haftete der Erbe für die Schulden des Erblassers nur so weit, als die fahrende Habe reichte<sup>6)</sup>, und während im Allgemeinen die Forderungen activ und passiv auf ihn übergingen, fand doch hinsichtlich der Veräußerungsverträge über Grundstücke eine wesentliche Beschränkung statt.<sup>7)</sup> Als sich dann die strengen Grundsätze über das Bespruchrecht allmählich abschwächten, trat wieder eine neue Rechtsbildung ein,

calumniam patiantur. (Das erinnert schon an das f. g. beneficium abdicationis der Wittve). cap. 2. Si certe praesumpserint hereditatem, debitum paternum simul solvant. — Legg. Long. Rotharis cap. 388. Si mundium de puella libera parentibus mortuis suis ad Curtem Regis ceciderit, et pater aut frater debitum dimiserit; in quanta portione patri vel fratri heres successerit, ita debitum persolvat. Simili modo et si naturalis filius fuerit. — Liutprand. IV. cap. 1. Hoc prospeximus, ut intra X. et XIII. annos non sit legitimus homo, ad res suas alienandas; excepto si pater debitum dimiserit, habeat potestatem una cum notitia Principis terrae istius, tantum de rebus suis dandi, quantum debitum ipsum fuerit, ut ei major damnietas propter onera solidorum non accrescat. — Ich habe früher bei der Erörterung des Bespruchrechts der nächsten Erben (Lehre von den Erbvertr. I. §. 5.) die durch die Ausbildung dieses Institutes bedingte Beschränkung in der Verhaftung des Landerben noch nicht gehörig berücksichtigt, und daher (a. a. D. S. 108.) die Stellen des Longobardischen Rechts, welche sich auf dieß Verhältniß und auf die Repräsentation bei dem Thinx beziehen, auf römisches Recht zurückgeführt. Betrachtet man aber die abgedruckten Quellenzeugnisse im Zusammenhange mit jener Rechtsentwicklung, so scheint ein altdeutsches Volksrecht in demselben unverkennbar, auch wenn man auf das altfalsche Institut der Ehrenerude (L. Sal. tit. LXI.) und auf die Losagung von der Familie und dem Erbrecht (eod. tit. LXIII. — quod se et de juramento et de haereditate et de tota ratione illorum tollat.) kein Gewicht legen will.

6) Sächf. Landr. B. I. Art. 6. §. 2. „Eve so dat erve nimit, die sal dur recht die scult gelden also vern, als it erve geweret an varenden habe.“ v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels (Berlin, 1828) S. 332. ff.

7) Sächf. Landr. a. a. D. §. 4. „Man sal of den erven gelden, dat man deme doden sculdich was.“ — B. III. Art. 31. §. 1. 2. — B. I. Art. 9. §. 1. 5. 6. — Goslar. Stadtr. (Göfchen) S. 7. 3. 5—7. „Wat man uppe enne to klaghende heft van scult weghene oder van scaden, of he sterft, dar mot sin erve vor antwarden to deme selven rechte also he selve scolde of he levebe.“ — v. Sydow a. a. D. S. 328. ff. — Lehre von den Erbverträgen I. S. 133. 136—37.

und zumal in den Städten mußte der Erbe mit dem ihm angefallenen Grundbesitz so gut wie mit der Fahrniß für die Schulden des Erblassers aufkommen.<sup>8)</sup> Gleichzeitig hörte im Bereiche dieser Rechtsentwicklung die Zerspaltung des Allodialnachlasses in verschiedene Bestandtheile auf, so daß derselbe als eine einheitliche Vermögensmasse erschien.<sup>9)</sup> Allein man ging doch nicht weiter, als daß man die Verhaftung des Erben auf den ganzen Nachlaß erstreckte; über dessen Bestand hinaus, mit seinem eigenen Vermögen brauchte er für die Schulden des Erblassers nicht einzustehen, vorausgesetzt, daß er nicht durch eine unvorsichtige Vermischung der verschiedenen Vermögensmassen die Ausscheidung derselben unmöglich gemacht hatte, und dann eine eibliche Specification, welche in der Regel wohl ausreichte, nicht zulässig erschien. Zu einer Universalsuccession im römischen Sinne brachte es also auch das spätere deutsche Recht nicht; dem Erbschaftserwerbe hing gewissermaßen stillschweigend das *beneficium inventarii* an.<sup>10)</sup> Anderer Seits hat aber das reine Princip der Singularsuccession zu keiner Zeit das deutsche Erb-

---

8) Goslar. Stadtr. (Götschen) S. 6. 3. 6. 7. — Kulm. Recht (Leman) B. IV. Cap. 91. — Kaiserrecht (Eudemann) B. II. Cap. 49. — Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten S. 127. ff.

9) Erbe im objectiven Sinne bedeutet sowohl ein Grundstück, insbesondere ein Erbgut, als auch Nachlaß, und zwar bald den gesammten Nachlaß eines Verstorbenen, s. Sächf. Landr. B. I. Art. 6. §. 1., bald den Nachlaß mit Ausschluß des Heergewettes, der Gerade und des Nußtheils, s. a. a. D. B. I. Art. 24. §. 3., bald den Allodialnachlaß im Gegensatz zum Lehngut, s. Goslar. Stadtr. S. 6. 3. 5.

10) In dieser Beschränkung fassen bereits einige Quellen der ersten Periode die Verhaftung des Erben bestimmt auf, s. Legg. Longob. Liutprand VI. cap. 4. — L. Wisigoth. lib. V. tit. 6. cap. 6. Ueber das spätere Recht vgl. Sächf. Landr. B. III. Art. 31. §. 1. — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 10. — v. Sydow a. a. D. S. 330. ff. — Berck a. a. D. S. 128. — Gries, Commentar zum Hamburg. Stadtrecht II. S. 109–11. — Pauli, Abhandlungen III. S. 145. ff. Ueber das heutige sächsische Recht s. Haubold, Lehrbuch §. 348. ff.

recht beherrscht: eine gewisse, wenn auch dem Umfang und der Wirkung nach beschränkte Vertretung des Erblassers durch den Erben läßt sich in allen Perioden der deutschen Rechtsgeschichte nachweisen.

In den beiden hier hervorgehobenen Punkten, der Ausschließlichkeit der gesetzlichen Erbfolge und der beschränkten Vertretung des Erblassers durch den Erben, wird nun gegenwärtig das gemeine Recht von der römischen Anschauung beherrscht. Die Grundsätze des deutschen Rechts haben sich nur insoweit erhalten, als eine besondere Erbfolge in den Grundbesitz besteht, und der Eigenthümer nur eine beschränkte Verfügung über dasselbe hat, — also im Bereiche des Adels- und Lehenrechts und theilweise auch im Bauernrechte. Ja man hat sich in neuerer Zeit mit der Aufnahme der römischen letztwilligen Verfügungen nicht begnügt, sondern neben denselben noch den Erbeinsetzungsvertrag zu einem gemeinrechtlichen Institute ausgebildet. Die folgende Darstellung hat es nun mit den noch jetzt vorhandenen deutschen Elementen des Erbrechts zu thun, insofern sie nicht der späteren Erörterung über das Adels- und Bauernrecht vorbehalten sind.

---

## Erstes Kapitel.

### Die gesetzliche Erbfolge.

#### §. 150.

##### Die Bedingungen der gesetzlichen Erbfolge.

Der Grund, auf welchen das deutsche Recht die Erbfolge gebaut hat, ist die Familienverbindung; an die Succession der Blutsverwandten, welche die ursprüngliche ist, konnte sich daher die der Ehegatten mit Leichtigkeit ansetzen. So wie aber die Familienverbindung überhaupt auf der Ehe beruhte, so fand



auch nur unter ehelichen Verwandten eine Erbfolge statt. Es bedurfte der Einwirkung des römisch-kanonischen Rechts, um die Legitimation unter den Deutschen einzuführen, und ein beschränktes Erbrecht der Concubinenkinder zur Geltung zu bringen. In letzterer Beziehung hat aber das Juristenrecht die römische Regel noch ausgedehnt und auf alle vom Vater anerkannten unehelichen Kinder bezogen.<sup>1)</sup>

Mit besonderer Rücksicht auf die Erbfolge finden sich nun in den älteren Quellen verschiedene Benennungen für die Blutsverwandten.<sup>2)</sup> Die allgemeine Bezeichnung ist *parentes*, *parentela*, Sippe. Die Nachkommenschaft des Erblassers heißt die Geburt<sup>3)</sup> oder der Busen, welcher Ausdruck jedoch auch für nahe Verwandte überhaupt gebraucht wird<sup>4)</sup>; Magen sind die Verwandten mit Ausschluß der Eltern, Kinder und Geschwister.<sup>5)</sup> Manche Quellen unterscheiden allgemein die Verwandten von des Vaters und von der Mutter Seite (*paternum* und *maternum genus*, von Schwert halben und von Spill halben)<sup>6)</sup>, während andere wieder unter Schwertmagen die männlichen Verwandten durch Männer, unter Spillmagen (Mif-

1) M. S. Mayer, das Intestaterbrecht der *liberi naturales* nach dem heutigen römischen Rechte. Tübingen, 1838. — Seuffert, Archiv I. Nr. 87. 88. Von dem väterlichen Nachlasse unbedingt ausgeschlossen werden die nicht legitimirten unehelichen Kinder nur nach österreichischem und königlich sächsischem Rechte, s. Oesterr. Ges. G. b. §. 754. — Haubold, Lehrbuch §. 308. Ueber das Erforderniß der Ebenbürtigkeit ist unten im Adelsrechte zu handeln.

2) Vgl. überhaupt Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 467—70. — v. Sydow, Erbrecht §. 9. — Siegel, das deutsche Erbrecht (Heidelberg, 1853.) §. 6.

3) Kaiserrecht B. II. Cap. 70.

4) Sächs. Landr. B. I. Art. 17. §. 1. — v. Sydow a. a. D. S. 40.

5) Sächs. Landr. B. I. Art. 3. §. 3. — Das Schwäb. Landr. (v. Laßberg) Cap. 3. und andere süddeutsche Quellen rechnen jedoch auch die Geschwister zu der Magenschaft, s. Siegel a. a. D. S. 18.

6) Deiters, diss. inaug. de civili cognatione et familiari nexu ex jure Romano et Germanico (Bonnae, 1825.) §. 24. p. 92. sqq.

keln) die weiblichen Verwandten durch Weiber verstehen <sup>7)</sup>, das spätere Abelsrecht aber die Schwertmagen als den Mannsstamm, die Agnaten bezeichnet, und denselben alle weiblichen Verwandten und alle Verwandten durch Weiber als Cognaten gegenüberstellt.

Nicht die ganze eheliche Sippschaft war jedoch in früherer Zeit zum Erbe berufen; vielmehr hörte innerhalb derselben das Erbrecht da auf, wo die kanonischen Eheverbote wegen Blutsverwandtschaft nicht mehr Platz griffen. <sup>8)</sup> Dieser Grundsatz, welcher aus dem heutigen gemeinen Rechte verschwunden ist <sup>9)</sup>, erhöhte die Bedeutung des Rechts auf erblose Güter, welches ursprünglich dem Könige zustand, später aber mit andern Regalien als jus fisci an die Landesherren gelangte, insofern nicht die Gerichtsherrschaft, insbesondere Stadtgemeinden dasselbe erworben hatten. <sup>10)</sup> Außerdem konnte es geschehen, daß der Staat den Nachlaß bestimmter Personen unter Ausschließung der gesetzlichen Erben an sich zog, z. B. nach dem s. g. Hagestolzenrecht. <sup>11)</sup> Doch kommen Vorschriften dieser Art nur noch selten zur Anwendung, und ebenso sind die Regeln des römischen Rechts über die Entziehung einer Erbschaft wegen Indignität

7) L. Angl. et Werin. tit. VI. cap. 8. — Sächf. Landr. B. III. Art. 15. §. 4. — B. I. Art. 27. §. 1. — v. Sydow a. a. D. S. 42. ff.

8) L. Ripuar. tit. LVI. — Legg. Long. Rotharis. cap. 153. — L. Bajuv. tit. XIV. cap. 9. §. 4. — L. Angl. et Werin. tit. VI. cap. 8. — Sächf. Landr. B. I. Art. 3. §. 3. — Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 65. 183. 203. — II. §. 373. — v. Sydow a. a. D. §. 29.

9) Eine Beschränkung der erbberechtigten Sippe hat mit der alten Parentelordnung das Oester. Gesetz b. §. 751. beibehalten.

10) Klüber, öffentliches Recht §. 338. — Pufendorf, observatt. jur. III. obs. 14. Ueber das Geschichtliche vgl. v. Sydow a. a. D. S. 483. ff. — Heydemann, die Elemente der Joachimischen Constitution S. 245–56. — Pauli, Abhandlungen III. S. 152–55.

11) Grimm, Rechtsalterthümer S. 483–85. — v. Sydow a. a. D. S. 60. 61. — Heydemann a. a. D. S. 241–44.

nicht vollständig zur Anerkennung gelangt, und können im Allgemeinen nicht für recipirt gelten.<sup>12)</sup>

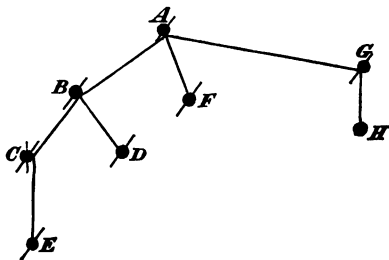
### §. 151.

#### Die Parentelordnung.

Die Reihenfolge, in welcher das deutsche Recht die Verwandten zur Succession beruft, wird nach dem Verhältnisse, in welchem sie zu dem Erblasser stehen, bestimmt, und zwar in der Art, daß diejenigen zuerst berufen werden, welche mit dem Erblasser den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater haben, unter diesen aber wieder die Nähe des Grades den Ausschlag giebt. Die ganze Kette der Sippenschaft oder Parentel zerfällt also in einzelne Glieder, welche sich als besondere Gruppen um ihren Stammvater ansetzen und Parentelen oder Linien genannt werden. Die Eltern und deren Nachkommenschaft bilden die erste Parentel, in welcher Kinder den Enkeln, Eltern den Geschwistern, Geschwister den Geschwisterkindern vorgehen. Die zweite Parentel besteht aus den Großeltern und deren Nachkommenschaft, welche wieder nach denselben Grundsätzen erben u. s. w., so daß die Erbfolge der Seitenverwandten sich eigentlich in eine Descendentenfolge auflöst.<sup>1)</sup> Man nennt dieß die Parentelordnung

12) Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 341—42.

1) Man nehme folgendes Beispiel:



Der Erblasser C wird zuerst von E beerbt; fehlt dieser, so folgt B, dann D; dann A, nach diesem F und G, und wenn auch diese weggefallen sind, H.

oder das Lineal-Gradualsystem<sup>2)</sup>, welches in Betreff der Verwandtschaftsberechnung mit der kanonischen Computation zusammenfällt.<sup>3)</sup> Es verdient jedoch noch eine genauere Betrachtung, da es nicht immer rein zur Anwendung gekommen ist.

I. Im älteren Rechte findet sich durchweg eine gewisse Bevorzugung des Mannsstammes bei der Erbfolge, welche jedoch in sehr verschiedener Weise bestimmt und abgegrenzt ist.

---

2) Tacitus, Germania cap. 21. Heredes — successoresque sui cuique liberi: et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in successione fratres, patrum, avunculi. — L. Sal. emend. tit. LXII. cap. 1. Si quis homo mortuus fuerit, et filios non dimiserit, si pater aut mater superfuerint, ipsi in haereditatem succedant. cap. 2. Si pater aut mater non superfuerint, et fratres vel sorores reliquerit, ipsi haereditatem obtineant. — Legg. Long. Rotharis. cap. 153. Omnis parentela usque in septimum generulum numeretur, ut parens parenti per gradum et parentelam heres succedat. Sic tamen ut ille qui succedere vult, nominatim uniuscuiusque nomina parentum suorum antecessorum dicat. — Die Darlegung der altgermanischen Parentelordnung ist eine der schönsten Entdeckungen auf dem Gebiete der deutschen Rechtsgeschichte; wir verdanken sie dem scharfsinnigen J. Ehr. Mejer, s. dessen Germaniens Urverfassung (Hamburg, 1798.) S. 69—162. und: Deutsche Erbfolge sowohl überhaupt, als insbesondere in Lehen- und Stammgütern. Erste Fortsetzung. (Stuttgart, 1805.) S. 1—139. Spätere Forscher, besonders Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 19. 65. II. §. 373. III. §. 412. Note e. — v. Sydow, das Erbrecht §. 18—32. — J. L. U. Dedekind, de ordine succedendi quo legibus et moribus Germanorum — successio ex cognationis jure delata est. Gotting. 1822. 4. — Bluntschli, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IX. Nr. 5. — Pauli, Abhandlungen III. S. 41. ff. — Dieck in der allg. Encyclopädie von Ersch und Gruber XL. S. 288. ff. haben diese Lehre so bündig, wie die fragmentarische Beschaffenheit der älteren Rechtsquellen es überhaupt gestattet, festgestellt. Es fehlt freilich nicht an Veranlassung zu einzelnen Zweifeln und Bedenken, die namentlich von Griesinger in der Fortsetzung von Danz, Handbuch IX. S. 214. ff. 488—522. und Siegel, das deutsche Erbrecht S. 44—68. hervorgehoben sind. Aber das Unzureichende dieser Kritik ergibt sich am Deutlichsten, wenn man versucht, die deutsche Erbfolge der Seitenverwandten nach römischen Grundsätzen zu construiren.

3) Eichhorn a. a. D. I. §. 183. 203. — v. Sydow a. a. D. S. 118. ff. — Otto Mejer in der Zeitschrift für deutsches Recht VII. Nr. 9.

Während bei den Franken und Thüringern der Mannsstamm ausschließlich in den Grundbesitz erbt, werden bei den Sachsen, Schwaben, Longobarden die Töchter von den Söhnen unbedingt von der Nachfolge ausgeschlossen, gehen aber den Seitenverwandten vor; die Friesen begünstigen nach Art der scandinavischen Rechte das männliche Geschlecht durch größere Erbtheile.<sup>4)</sup> — Das heutige gemeine Recht steht in dieser Beziehung unter der römischen Regel, indem nur für das Adels- und Bauernrecht erhebliche Abweichungen vorkommen.

II. Gleich nahe Erben derselben Parentel theilen die Erbschaft; eine Bevorzugung des Alters findet sich erst in dem späteren Adels- und Bauernrechte.<sup>5)</sup> Die Theilung geschieht aber nach Köpfen und nicht nach Stämmen, indem ein Eintrittsrecht ursprünglich weder für Enkel noch für Geschwisterkinder bestand, und auch im späteren Mittelalter nur den Enkeln, welche von Söhnen herstammen, eingeräumt ward.<sup>6)</sup>

4) Eichhorn a. a. D. I. §. 65. — Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 265. ff. — Meyser in der Zeitschrift für deutsches Recht VI. S. 265. ff. Im Einzelnen fehlt es freilich nicht an manchen Zweifeln und Streitfragen; s. Griesinger a. a. D. X. S. 1. ff. 281. ff. 422. ff.

5) L. Alam. tit. LXXXVIII. — L. Baju. tit. XIV. cap. 6. 8. — L. Burgund. tit. I. — XXIV. cap. 5. — LIII. — LXXV. — LXXVIII. — Legg. Long. Liutprand. VI. cap. 16. 20. 60. — Lothar. I. cap. 26. — Capit. III. ai 813. cap. 40. Vgl. L. Sal. tit. LXII. — L. Rip. tit. LVI. und überhaupt Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 7. ff.

6) L. Sal. (Herold) tit. LXII. cap. 6. Sed ubi inter nepotes aut pronepotes, post longum tempus, de alode terrae contentio suscitatur, non per stirpes, sed per capita dividantur. — Sächs. Landr. B. I. Art. 5. §. 1. „Nimt de sone wif bi des vader live de eme ebenburdich is, unde wint sone bi ire, unde stirft he dar na er sineme vadere umbedelt von dem erve, sine sone nemet dele in ires eldervader erve, gelife irne veddern in ires vader stat. Alle nemet se aver enes mannes deil. Disses ne mach den dochter kintren nicht geschin, dat se gelife dele nemen der dochter in des eldervader oder in der eldermuder erve.“ Bereits im Jahre 941 wurde das Eintrittsrecht der Sohnesenkel in einem von Otto I. angeordneten Zweikampfe erstritten, s. Grimm, Rechtsalterthümer S. 471. ff. — Die Vorschrift des R. A. zu Speier v. 1529. §. 31. (R. S. II. S. 299.)

III. Die Eltern schließen die Geschwister aus (Schooßfallrecht), — ein Grundsatz, welcher als die Consequenz der alten Parentelordnung erscheint, und sich auch nach deren Untergang noch hie und da in Uebung erhalten hat.<sup>7)</sup> Davon verschieden ist das s. g. Fallrecht, wenn der Nachlaß kinderloser Eheleute in seine ursprünglichen Bestandtheile zerlegt wird, um an die Linien, von denen er herstammt (paterna paternis, materna maternis), zurückzugehen.<sup>8)</sup> Den Gegensatz zu dieser Einrichtung bildet die in Statuten vorkommende Regel, daß die Muttermagen von den Vatermagen im Erbe ausgeschlossen werden.<sup>9)</sup>

IV. Schon der Sachsenspiegel läßt bei der Erbfolge der Geschwister und Geschwisterkinder die volle Geburt der halben um Einen Grad vorgehen<sup>10)</sup>; spätere Statuten haben diesen Grundsatz weiter ausgedehnt und dadurch erhebliche Abweichungen von der älteren Successionsordnung herbeigeführt.<sup>11)</sup>

V. Noch bedeutender ist der Einfluß der Were, d. h. der Hausgenossenschaft der Eltern und Kinder auf die Erbfolge geworden, indem sich in einigen Rechten der Grundsatz ausbildete: Was in der Were verstirbt, das erbt wieder an die

---

über die Erbtheilung der Geschwisterkinder nach Köpfen beruht auf altgermanischer Rechtsanschauung, stimmt aber freilich nicht zu dem heutigen Systeme.

7) Grimm a. a. D. S. 470. 476—77. — Heydemann, die Elemente der Joachim. Constitution S. 390.

8) Kaiserrecht (Endemann) B. II. Cap. 95. — Ostfries. Landrecht B. II. Cap. 112—14. Vgl. oben S. 409. Bei Lehen- und Stammgütern ist diese Einrichtung noch immer von Wichtigkeit.

9) Bluntzschli, das Intestaterbrecht des Zürcherischen Stadtrechts, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft IX. Nr. 5.

10) Sächs. Landr. B. II. Art. 20. §. 1. — v. Sydow a. a. D. S. 106. 108. 111. 142. ff. In älteren Rechtsquellen findet sich diese Bevorzugung der vollen Geburt vor der halben nicht.

11) Götschen, die Goslarischen Statuten S. 140 — Pauli, Abhandlungen III. S. 42. ff.

Were. Dieß ist namentlich für die Successionsordnung in der ersten Parentel von großem Einfluß geworden.<sup>12)</sup>

Die alte Parentelordnung ist durch das römische Gradualsystem aus dem gemeinen Rechte verdrängt worden. Nur im Adels- und Lehenrecht zeigt sie sich noch wirksam, und hat sich in einzelnen Statuten z. B. dem Lübischen Recht, erhalten.<sup>13)</sup> Auch die österreichische Intestaterbfolge beruht im Wesentlichen auf der altgermanischen Grundlage, indem nur mit der Linealerbfolge das Eintrittsrecht allgemein verbunden ist, und daher nach Stämmen succedirt wird.<sup>14)</sup>

### §. 152.

#### Erwerb und Theilung der Erbschaft.

I. Obgleich das deutsche Erbrecht keine Universalsuccession im römischen Sinne kannte, so fand doch eine Nachfolge in die

12) Pauli a. a. D. C. 88. ff. Vgl. oben §. 144. Daß auch früher schon den Enkeln abgetheilter Söhne ein Erbrecht mit Collationspflicht nicht eingeräumt ward, obgleich die abgetheilten Söhne selbst es hatten, zeigt das Sächf. Landr. B. I. Art. 5. §. 1. (oben Note 6.).

13) Die angeführten Abhandlungen von Bluntzschli und Pauli geben hierüber Aufschlüsse, welche für die Lehre von der Parentelordnung überhaupt von Wichtigkeit sind.

14) D e s t e r r. G e s e z b u c h §. 730. „Gesetzliche Erben sind zuvörderst diejenigen, welche mit dem Erblasser vermittelst ehelicher Abstammung durch die nächste Linie verwandt sind. Die Verwandtschafts-Linien werden auf folgende Weise bestimmt. §. 731. Zur ersten Linie gehören diejenigen, welche sich unter dem Erblasser, als ihrem Stamme, vereinigen, nämlich: seine Kinder und ihre Nachkömmlinge. Zur zweyten Linie gehören des Erblassers Vater und Mutter, sammt denjenigen, die sich mit ihm unter Vater und Mutter vereinigen, nämlich: seine Geschwister und ihre Nachkömmlinge. Zur dritten Linie gehören die Großältern sammt den Geschwistern der Aeltern und ihren Nachkömmlingen. Zur vierten Linie gehören des Erblassers erste Urgroßältern sammt ihren Nachkömmlingen. Zur fünften Linie gehören des Erblassers zweyte Urgroßältern, sammt denjenigen, die von ihnen abstammen. Zur sechsten Linie gehören des Erblassers dritte Urgroßältern, sammt denjenigen, die von ihnen entsprossen sind.“ Ueber das Eintrittsrecht und die Stammtheilung s. §. 733. 734. u. f. w. — Das Intestaterbrecht des Pr. A. L. R. hat sich mit einigen Abweichungen

Vermögensrechte des Erblassers statt, welche sich nach dessen Ableben auf Grund der gesetzlichen Regel von Rechts wegen verwirklichte, so daß es für den Erben keiner Antretung und Besitzergreifung bedurfte, und der Begriff einer hereditas jacens gar nicht vorhanden war. Die Gewere des Erblassers an den im Nachlaß enthaltenen Vermögensstücken ging vielmehr ipso jure auf den Erben über<sup>1)</sup>, was mit dem Sprichworte: Der Todte erbt den Lebendigen — ausgedrückt wird.<sup>2)</sup> Dasselbe hat nun freilich für das gemeine Recht, welches in dieser Lehre jetzt auf römischer Grundlage ruht, seine Geltung verloren; aber in Particularrechten findet es sich noch anerkannt, und zwar in seiner ursprünglichen Bedeutung.<sup>3)</sup> Doch kommt auch eine be-

---

dem Systeme des heutigen gemeinen Rechts angeschlossen, s. R. Witte, das Preussische Intestaterbrecht, aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt. Leipzig, 1838.

1) Sächf. Lehenr. Art. 6. §. 1. „Die vader erst uppe 'n son die gewere des gudes mit sament deme gude; dar umme ne bedarf die sone nicht, dat man ime des vader gut bewise.“ — Sächf. Landr. B. III. Art. 83. §. 1. „Svat man enem manne oder wive gift, dat solen sie besitten dre dage. Svat sie mit klage irvorderet oder uppe sie geerwet wert, des ne dorven sie nicht besitten.“ — Albrecht, die Gewere §. 6. — v. Sydow, das Erbrecht S. 311—13. — Homeyer, Sachsenspiegel II. 2. S. 417. Für das ältere Recht bestreitet aus unzureichenden Gründen die Geltung der Regel G. Sandhaas, germanistische Abhandlungen S. 117. ff.

2) Phillipps, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft VII. Nr. 1. Weit bezeichnender ist jedenfalls die französische Fassung des Sprichwortes: Le mort saisit le vif; saisir bedeutet nämlich: in die saisine, Gewere setzen. S. überhaupt Renaud in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes XIX. Nr. 5. 14. 19. — XX. Nr. 3.

3) Magdeburg. Polizeiordnung E. XLIV. §. 15. (Renaud XIX. S. 107.) „Wir wollen, daß in Zukunft in unserm Herzogthume Magdeburg der Besitz oder Gewehr der Güter, sie sind liegend oder farend, ohne einige leibliche Ergreifung auf des verstorbenen in absteigender linie — verfallen solle.“ — Churföln. Rechtsordnung Tit. IX. §. 1. „Wo ein Testament aufgerichtet, soll auf den darin eingesetzten Erben, oder wann mehr Testamenten vorhanden, auf denjenigen, der in den letztern oder jüngsten benamset, und in Mangel des Testaments auf den nächsten Befeler, System II.



schränktere Anwendung des Rechtsgrundsatzes vor, indem nach einigen Statutarrechten zum Ererbe und also zur Transmiffion der Erbschaft keine Antretung verlangt wird, der Befitz der einzelnen Erbschaftstücke aber von dem Erben ergriffen werden muß.<sup>4)</sup> Diese Auffassung ist auch in die neueren Gesetzbücher übergegangen<sup>5)</sup>, und hat dann genauere Vorschriften über die Erklärung des Erben wegen der Annahme oder Ausschlagung der angefallenen Erbschaft nöthig gemacht<sup>6)</sup>; wenn aber manche Juristen sie für allgemein begründet halten und das Sprichwort: der Todte erbt den Lebendigen, überhaupt in dem beschränkteren Sinne auslegen wollen, so steht dieß mit dem klaren Ausdruck der Rechtsquellen in Widerspruch.<sup>7)</sup>

---

Anbewandten, dem die Erbschaft von Rechtswegen zugehört, der Befitz oder Gewehr der Güter, sie seyen liegend oder fahrend, ohne einige andere leibliche Ergreifung verfallen seyn.“ —

4) Es scheint wenigstens, daß in Hamburg und Lübeck das ältere Recht nur in dieser beschränkten Weise noch Anwendung findet; f. Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. S. 135. Note 25. — Gries, Commentar II. S. 240. — Pauli, Abhandlungen III. S. 130—32. — Trummer, das Hamburgische Erbrecht II. §. 307—10. — So erklärt es sich auch, daß D. Mevius, comment. ad jus lub. lib. II. tit. 2. art. 27. nr. 6. 7. die Parömie, wo sie durch Gewohnheit oder Statut begründet ist, auch auf die Uebertragung des Befizes durch den Erbschaftsanfall bezieht, in Nr. 8. aber fortfährt: Sed in inferiori Germania ejusmodi statutum aut consuetudo ignoratur.

5) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 9. §. 367—70. — Oesterr. Gesetzb. §. 537. 809. Vgl. Mittermaier, Grundsätze II. §. 466. Note 18. Uebrigens möchte noch zu erwägen sein, ob nicht das A. L. R. auch den Befitz ohne Ergreifung auf den Erben hat übergehen lassen wollen.

6) Eine Verpflichtung, die angefallene Erbschaft zu behalten, galt auch nach älterem Rechte nicht; f. v. Sydow a. a. O. S. 312—13.

7) Unter den Anhängern dieser Ansicht besteht jedoch keine Uebereinstimmung. Während einige, wie Eichhorn, Einleitung §. 337. Note c. die „Vorteile des Innehabens“ auch nach älterem Rechte nicht ipso jure auf den Erben übergehen lassen, versagen andere, wie Mühlenthaler in der Fortsetzung von Glück's Pandecten-Commentar XLIII. S. 86—91. demselben da, wo die Parömie: der Todte erbt den Lebendigen gilt, gegenwärtig nur die possessorischen Interdicte, weil sie dem deutschen Befitzrechte nicht bekannt waren. Aber auch die letztere Beschränkung ist unzu-

II. Bei der Erbtheilung kommt nach einigen, besonders sächsischen Rechtsquellen das s. g. Rührrecht vor, indem unter mehreren Miterben der ältere die Theile macht und der jüngere wählt.<sup>8)</sup> Doch scheint diese Einrichtung schon nach älterem Rechte mehrfach beschränkt gewesen zu sein, was auch da, wo sie noch vorkommt, in verschiedener Weise der Fall ist.<sup>9)</sup>

III. Für einzelne Particularrechte ist wegen der Concursprivilegien das s. g. Erbegeld von Wichtigkeit, d. h. die Geldsumme, welche jemand für ein auf seinen Antheil gefallenes Erbgrundstück an die Miterben auszuführen übernommen hat.<sup>10)</sup>

läßig, da wir in unserem Rechte keinen deutschen und römischen Besitz unterscheiden können, und wenn derselbe überhaupt über geht, auch die gemeinrechtlichen Wirkungen desselben angenommen werden müssen. Daher fährt die oben, Note 3. abgedruckte Stelle der Churföln. Rechtsordnung fort: „Und da vielleicht jemand anders vorlaufen: und sich des Besitzes zu nähern unterstehen würde, soll ihm solches zu keinem Vortheil oder Nutzen weder in- noch außerhalb Rechts gedeyen, sondern vielmehr für eine strafbare That zu halten seyn.“ — Die ältere Litteratur über diesen Streit s. bei Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts §. 687.

8) Sächs. Landr. B. III. Art. 29. §. 2. „Svar so tvene man en erve nemen solen, die eldere sal delen unde die jüngere sal kiesen.“ — Sächs. Weichbild Art. 26. (v. Thüngen Art. 28.) — Schwäb. Landr. (Wackernagel) Cap. 26. — Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 480.

9) Churfächs. Constitutionen v. 1572. P. III. const. 15. — Eiderstädter Landr. Th. II. Art. 16. §. 8. 9. — Haubold, Lehrbuch §. 355 a. — Zacharia, Handbuch des Churfächs. Lehnrechts §. 96. Anm. 1. — Saxe, Handbuch des Großherz. Sächs. Privatrechts §. 467. — Gsmarch, Sammlung Schleswig. Statuten S. 171.

10) Pr. A. G. D. Th. I. Tit. 50. §. 458—59. — Haubold a. a. D. §. 354. — Saxe a. a. D. §. 508. — v. Mettelbladt, Rechtsprüche IV. S. 17. Der Begriff des Erbegelds wird übrigens in den Particularrechten nicht immer in dem oben angegebenen, engen Sinne aufgefaßt. Ueber das Geschichtliche s. C. F. Walch, diss. de privilegio pecuniae hereditariae creditorum in concursu. Jenae, 1776. 4. und Opusc. III. p. 370—91.

## §. 153.

## Die Erbfolge der Ehegatten.

Es ist bereits bei der Darstellung des ehelichen Güterrechts gezeigt worden, in wie verschiedener Weise dem überlebenden Ehegatten Vermögensvorthelle aus der durch den Tod aufgelösten ehelichen Verbindung erwachsen können. Während das ältere Recht besonders darauf bedacht war, der Frau eine Wittwenversorgung zu sichern, im Uebrigen aber jedem Theile sein Eingebrauchtes vorbehielt, und dem Ueberlebenden nur die fahrende Habe oder beziehungsweise die Ertrungenschaft ganz oder theilweise zuwandte; machte sich später, und zwar häufig unter Einwirkung der Ehestiftungen besonders im Falle der kinderlosen Ehe, die Richtung geltend, das durch die Auflösung der Ehe begründete Rechtsverhältniß zu vereinfachen, und dem Ueberlebenden an dem vorhandenen Gesamtvermögen einen bestimmten Antheil zuzusprechen oder es ihm auch wohl ganz zu überweisen. Daneben bildete sich dann das Institut der ehelichen Gütergemeinschaft in seinen verschiedenen Erscheinungen aus. Wo dieses galt, wurde nach Auflösung der Gemeinschaft durch den Tod des Einen Ehegatten für den Anderen ein ausschließliches Recht an dem Ehevermögen begründet, welches als eine Folge der früheren Gemeinschaft und nicht als ein Erbrecht aufzufassen ist, in der statutarischen Feststellung aber nicht immer seinen ursprünglichen Charakter bewahrt hat, und insbesondere bei der beschränkten Gütergemeinschaft häufig auf einen Antheil an dem gemeinen Gut in Verbindung mit einem mehr oder weniger ausgedehnten Besitzrechte zurückgeführt worden ist. — Auch nach der Aufnahme des römischen Rechts haben sich diese verschiedenen Einrichtungen in Geltung erhalten; doch ist in einigen Gegenden das Dotalrecht an die Stelle des deutschen ehelichen Güterrechts getreten, wobei denn statt der Vermögensvorthelle, welche letzteres dem überlebenden Ehegatten sichert, in der Quart der armen Wittwe ein dürftiger Ersatz geboten

wird. Es ist aber auch geschehen, daß zwar für die Güterverhältnisse während der Ehe das Dotalrecht maassgebend wurde, daneben aber ein eheliches Erbrecht seinen Platz fand, welches für den Fall der kinderlosen Ehe sogar nach der Regel: Längst Leib längst Gut, — zu einem ausschließlichen sich gestalten konnte. <sup>1)</sup>

Bei dieser großen Mannichfaltigkeit der Einrichtungen, welche sich auf die Nachfolge der Ehegatten beziehen <sup>2)</sup>, läßt sich dieselbe ihrem ganzen Umfange nach nicht unter gleichartige Regeln bringen; man muß sich vielmehr begnügen, die einzelnen Institute nach den vorher bezeichneten Gruppen auseinander zu halten, und für das, was seiner Natur nach zusammen gehört, die leitenden Rechtsgrundsätze aufzustellen. Zu diesem Behuf wird hier zuvörderst Alles ausgeschieden, was als eine Folge der Gütergemeinschaft erscheint, und in Verbindung mit dieser Lehre bereits seine Darstellung gefunden hat. Unberücksichtigt bleiben ferner die Einrichtungen des römischen Rechts, welche ihrem Gegenstande nach mit der vorliegenden Erörterung zusammen hängen; es ist nur im Allgemeinen zu erwähnen, daß insbesondere die Quart der armen Wittwe auf die Entwicklung einzelner Particularrechte unverkennbar einen gewissen Einfluß ausgeübt hat, indem der Umfang des Erbrechts der Wittwe nach diesem Vorbilde näher festgestellt wurde. <sup>3)</sup> Endlich sind

1) Ein Beispiel aus der Stadt Gimbeck s. bei Strube, rechtliche Bedenken I. Nr. 46.

2) Eine übersichtliche Darstellung von diesem Theile des Eherechts, die aber weder vollständig noch ganz genau ist, giebt J. A. Hofmann, Handbuch des teutschen Eherechts (Jena, 1789.) S. 394—717. Ueber die mit der Gütergemeinschaft in Verbindung stehenden Institute s. Phillips, die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 194—214.

3) Ehursächf. Constitutionen v. 1572. P. III. const. 20. „Dieweil biß anhero an vielen Orthen in Stätten unnd Dörffern unserer Lande ungewiß, was dem Weibe, nach Absterben ihres Mannes, auß den verlassenen Gütern gebühre, So verordnen, setzen und wollen wir, Wann zwischen Eheleuten Ehestiftungen beredet und auffgericht, oder sonsten deß Orts, da der verstorbene Mann wohnhafftig, wie es dißfals gehalten werden soll,

auch die, immerhin nur seltene Fälle hier unbeachtet zu lassen, in denen neben dem Votalrecht ein wechselseitiges Erbrecht der Ehegatten angeordnet ist, welches also nicht als Ausfluß deutsch-rechtlicher Güterverhältnisse erscheint, wenn auch der tiefere Grund einer solchen Einrichtung in dem Bedürfnis zu suchen ist, die deutsche Rechtsanschauung auf dem Gebiete des Eheerchts wenigstens für die Nachfolge von Todes wegen zur Anerkennung zu bringen.

| Nach diesen Auscheidungen werden im Wesentlichen nur solche Arten der ehelichen Erbfolge übrig bleiben, welche man unter dem Namen der statutarischen Erbgebühr (*portio statutaria*) zu befaßen pflegt, weil sie in ihrer besonderen Begründung nicht auf einer Regel des gemeinen Rechts, sondern auf einer particularrechtlichen Anordnung beruhen.<sup>4)</sup> Der Begriff wird freilich bald enger, bald weiter gefaßt, und namentlich zuweilen jeder Vortheil des überlebenden Ehegatten aus

---

eine Willführ oder beständige Gewonheit vorhanden unnd eingeführt, Daß denselben nachgelebt und die Wittibe, auß ihres verstorbenen Mannes Gütern, vermöge der Ehestiftung, Willführ oder Gewonheit, gebürlich abgefunden werden soll. Wo aber diese Dinge ungewiß, und es stirbt der Mann vor seinem Weibe, und liß nach sich Kinder von der ersten unnd andern Ehe, eines oder mehr, so soll sein Weib, ohne Unterschied, ob sie reich oder arm, nach bezahlung der Schulden, auß allen ihres verstorbenen Mannes übrigen Gütern, einen vierten Theil nehmen und haben. Ließ aber der verstorbene Mann keine Kinder, so soll seinem überlebenden Eheweibe auß seiner Verlassenschaft, nach Ablegung der Schulden, ein Drittheil folgen, und die Fraw in beiden Fällen, alle ihre eingebrachte, anererbete und andere Güter, zusambt der Gerade, in die gemeine Theilung zu bringen schuldig seyn. Jedoch soll der Frawen in alle wege frehstehen, ob sie zu ihrem eingebrachten Gut, oder aber nach Gelegenheit der Fälle, zu dem vierten oder dritten Theil greiffen will, unnd ihr solche Wahl oder (ohne) Unterschied, es hatte der verstorbene Man Kinder oder nicht, in einem oder dem andern Fall, wie obstehet, gelassen werden.“

4) Der Name der *portio statutaria* ist in der Doctrin aufgekomen und findet sich schon bei den Juristen des 17. Jahrhunderts als ein ganz gebräuchlicher; s. D. Mevius ad jus lub. lib. II. tit. I. art. 8. — S. Stryke, tractatus de successione ab intestato (guerft 1687.) diss. IV. cap. 3. De successione conjugum statutaria

dem Nachlasse des verstorbenen, also auch der Besitz darunter verstanden; doch ist es jedenfalls angemessen, das Institut wenigstens auf die Fälle zu beschränken, in denen wirklich von einer Erbfolge die Rede sein kann, wenn diese sich auch nicht immer als eine Universalsuccession im römischen Sinne darstellt.<sup>5)</sup> — Für die statutarische Erbgebührlaffen sich nun, ungeachtet ihrer großen Verschiedenheit im Einzelnen, gewisse allgemeine Rechtsgrundsätze aufstellen, welche im deutschen Gewohnheitsrechte ihre Begründung gefunden haben.<sup>6)</sup>

I. Die Einwerfung des eigenen Vermögens von Seiten des überlebenden Ehegatten als Bedingung seiner Erbfolge findet nur ausnahmsweise nach einzelnen Particularrechten statt, und ist nur da anzunehmen, wo sie ausdrücklich vorgeschrieben ist. Denn diese Einrichtung steht mit dem Grundsätze in Widerspruch, daß die statutarische Erbgebührl einen Anspruch auf den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten begründet.<sup>7)</sup>

II. Es liegt in der Natur des Institutes und ist auch in der Uebung des Rechtslebens allgemein anerkannt, daß die Erbgebührl des Einen Ehegatten von dem anderen nicht einseitig entzogen oder beschränkt werden darf.<sup>8)</sup> Fast alle Particular-

---

5) A. F. H. Poffe, Abhandlungen Heft II. (Hofstock und Leipzig 1804.) Nr. 3. Ueber die Natur der deutschen Erbgebührl der Ehegatten oder der statutarischen Portion. — Chr. L. Runde, deutsches eheliches Güterrecht S. 234. 237.

6) Bei der Aufführung dieser Rechtsgrundsätze in der Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 136. ff. bin ich insofern zu weit gegangen, als ich für einzelne Abweichungen von der gewöhnlichen Intestaterbfolge nach Poffe's Vorgange eine gemeinrechtliche Geltung in Anspruch genommen habe, die sich nicht rechtfertigen läßt. Ich meine nämlich die Behauptung, daß der succedirende Ehegatte die Erbschaft nicht anzutreten braucht und daß er für die Schulden des Erblassers von Rechtswegen nicht mit seinem eigenen Vermögen haftet.

7) S. oben Note 3. und Runde a. a. D. S. 238. Vgl. auch oben §. 137. Note 4. 5.

8) Die Ausnahmen von dieser Regel sind sehr selten, s. Schüler in den juristischen Abhandlungen I. S. 481.; auch trage ich Bedenken, das Solmsische Landr. Tit. 28. §. 2. (v. d. Rahmer I. S. 99. 100.)

rechte<sup>9)</sup> und die gemeine Meinung der Juristen<sup>10)</sup> sind dieser Auffassung gefolgt, welche zu dem Ergebniß führt, daß die Erbgebühr als ein Pflichttheilsrecht zu betrachten ist, und unbelastet hinterlassen werden muß, ohne daß sie jedoch den übrigen Bestimmungen des römischen Rechts über das Notherbenrecht unterworfen ist. Insbesondere sind die gemeinrechtlichen Entzerrungsgründe ohne die ausdrückliche Anerkennung im Particularrechte hier nicht anwendbar; ebensowenig berechtigten Gründe, welche eine Ehescheidung herbeiführen können, zur Entziehung der Erbgebühr, während die wirklich vollzogene Scheidung allerdings jeden Anspruch auf dieselbe aufhebt.<sup>11)</sup> — Diese eigenthümliche Stellung des Institutes rechtfertigt aber nicht die Annahme, daß die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten auf einem stillschweigenden Vertrage beruhe und daher nach den Grundsätzen des vertragsmäßigen Erbrechts zu beurtheilen sei.<sup>12)</sup>

---

mit Bopp, Zeitschrift für deutsches Recht V. S. 361—65. den von der Regel abweichenden Statuten beizuzählen.

9) Chursächs. Constitutionen v. 1572. P. III. const. 7. „Es wird von den Rechtslehrern in gemein gehalten, daß der Mann nicht befügt sey, dem Weibe den dritten oder vierten Theil oder anders, so ihr nach seinem Absterben, vermöge einer Willkühr oder wohlhergebrachter Gewohnheit, auß des Manns Gütern gebühret, gar oder zum Theil zu entzerrnen, wie dann auch gleicher gestalt hinwiederumb dem Weibe nicht nachgelassen wird, dasjenige, was dem überlebenden Eheanne auß ihren Gütern zustehet, durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern. Derowegen wollen wir, wann sich solche Fälle zutragen, daß hierauff also in unsern Landen zu recht erkandt und gesprochen werde.“ — Württemb. Landr. Th. III. Tit. 16. — Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 631—33. Vgl. Kraut, Grundriß §. 221. — Schüler a. a. D. S. 478. ff.

10) S. die chursächs. Constitutionen a. a. D. — D. Mevius ad jus lub. lib. II. tit. 1. art. 8. nr. 41. sqq. — Poffe a. a. D. S. 203. ff. — Runde a. a. D. S. 375—77.

11) Runde a. a. D. S. 376. — Das Württemb. Landr. Th. III. Tit. 19. läßt die Entzerrung der Erbgebühr auß den Gründen der Ehescheidung und der Entzerrung von Eltern und Kindern zu, das Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 632. auß den ersteren.

12) Die entgegenstehende von Schüler a. a. D. Nr. 14. vertretene

III. Wenn die Erbgebübr auf bestimmte Sachen oder auf einen in anderer Weise gesetzlich festgestellten Theil des Nachlasses beschränkt ist, so kann der Betrag derselben nur durch die ausdrückliche Verfügung der Ehegatten erhöht werden. Ein Anwachsungsrecht im Verhältniß zu Miterben findet in diesen Fällen nicht statt.<sup>13)</sup>

## §. 154.

## Die Lehenfolge.

Während einige Stellen des longobardischen Lehenrechts die Erbfolge neben der Investitur als Grund der Lehenenerwerbung bezeichnen<sup>1)</sup>, finden sich anderswo Bestimmungen, welche das Recht der Lehenerven auf die Investitur des ersten Erwerbers zurückführen.<sup>2)</sup> Diese scheinbar abweichende Auffassung enthält keinen Widerspruch; sie erklärt sich vielmehr vollkommen, wenn man den Unterschied berücksichtigt, der zwischen der Errichtung eines Lehens, durch welche es zuerst bestellt und an eine bestimmte Familie gebracht wird, stattfindet, und zwischen der Erwerbung desselben durch die Nachfolge in ein schon begründetes Lehenverhältniß. Die Theorie der Feudisten hat nun bei der Begriffsbestimmung der Lehenfolge den Gesichtspunkt festgehalten, daß dieselbe ihrem letzten Grunde nach auf der Investitur beruht, und in diesem Sinne der ordentlichen Lehenfolge (*successio feudalis ordinaria*) die außerordentliche (s. f.

---

Ansicht läßt das gesetzliche Güter- und Erbrecht der Ehegatten bei Eingehung der Ehe stillschweigend den Inhalt des Ehevertrags bilden, und folgert daraus die Unwandelbarkeit des Güterrechts bei Wohnungsveränderungen und (§. 469—84.) die Vertragsmäßigkeit der Erbfolge. Vgl. oben §. 133.

13) Auf diese Weise muß mit Runde a. a. D. S. 244. die zu allgemein gefaßte Behauptung von Posse a. a. D. S. 181. beschränkt werden.

1) II. F. 11. Per successionem quoque, sicut per investituram, beneficium ad nos pertinet. — 33. Sciendum est itaque, feudum acquiri investitura, successione, vel eo, quod habeatur pro investitura.

2) II. F. 17. — II. F. 31.



extraordinaria) entgegengestellt. Die letztere, unter welcher man die Nachfolge aus dem Testamente und dem Erbeinsetzungsvertrage versteht, gehört aber nicht in diese Lehre, sondern in die von der Veräußerung des Lehens.<sup>3)</sup> Die ordentliche Lehensfolge zerfällt in die Lehenerbfolge (s. f. *juris communis, legitima s. ex jure sanguinis*) und in die Nachfolge aus der gesammten Hand und der Eventualbelehnung (s. f. *specialis*)<sup>4)</sup>. Hier ist zunächst nur von der Lehenerbfolge zu handeln.

Die Erblichkeit der Lehens, deren Ausbildung ins elfte Jahrhundert zu setzen ist, hat nach dem älteren deutschen Rechte nur in beschränkter Weise gegolten, indem es das Lehen nur auf die Nachkommen des letzten Besitzers vererben<sup>5)</sup>, und nur mittelbar durch die gesammte Hand am Lehen ein weiteres Recht der Familie entstehen ließ.<sup>6)</sup> Im Uebrigen war die rechtliche Stellung des Lehenerben ähnlich, wie die des Land-erben, welcher in Grundstücke succedit, geordnet, und insbesondere die Vertretung des Erblassers durch denselben nur eine beschränkte. — Anders verhält sich dagegen die Sache nach Longobardischem Lehenrechte. Dieses beruft nämlich sämtliche lehensfähige Nachkommen des ersten Erwerbers<sup>8)</sup>, macht dann aber wieder in Betreff ihrer rechtlichen Lage einen Unterschied nach dem Verhältnisse, in welchem sie zu dem letzten Besitzer

3) S. oben §. 113. Nr. VI.

4) G. L. Boehmer, *principia jur. feud.* §. 117. 119.

5) Sächs. Lehenr. Art. 21. §. 3. „It ne erst nieman nen len wen die vader uppe den sone.“ Was hier von dem Sohne gesagt wird, gilt auch für die entfernteren Nachkommen, s. Reichsgerichtspruch v. 19. Oct. 1299. (Pertz. L. L. II. p. 473.); auch kommt den Enkeln vorverstorbenen Söhne neben den Söhnen das Eintrittsrecht zu statten, s. oben §. 150. Note 6. Warum Homeyer, der Sachsenspiegel II. 2. §. 451. diesen deutschen Rechtsgrundsatz nicht gelten lassen will, vermag ich nicht einzusehen.

6) S. oben §. 107.

7) Homeyer a. a. O. S. 468—69.

8) I. F. 1. — I. F. 19. §. 1. — II. F. 11. — II. F. 37. pr. — II. F. 50. Vgl. unten Note 18.

sehen.<sup>9)</sup> Die Lehenerben, welche dessen Nachkommen sind, gelten als Universalsuccessoren; sie folgen nur in das Lehen, wenn sie auch die Allodialerbschaft antreten, und haften, soweit die Natur des Lehens es zuläßt, für die Handlungen des Vaters und insbesondere für seine Schulden nach den Grundsätzen des Civilrechts. Die Seitenverwandten des letzten Besitzers (die Agnaten), werden dagegen als Singularsuccessoren behandelt; sie sind, um das Lehen zu erwerben, nicht zur Antretung der Allodialerbschaft verpflichtet.<sup>10)</sup> — Doch bedarf dieser Gegenstand noch in mehreren Beziehungen einer näheren Erörterung.

I. Die an sich richtige Ansicht, daß jede Lehenerbfolge durch die dem ersten Erwerber ertheilte Investitur begründet wird, und daß auch die Nachkommen des letzten Besitzers von jenem mittelbar ihr Recht ableiten, führte die Feudisten zu der Annahme, daß die Erbfolge ins Lehen überhaupt eine s. g. *successio ex pacto et providentia majorum* sei, d. h. eine Singularsuccession

9) II. F. 45. Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus, ad quem universa hereditas pertinet, repudiata hereditate feudum, si paternum fuerit, retinere poterit nec de debito hereditario aliquid feudi nomine solvere cogitur, sed in fructibus, si quos reliquit, ut de eis debitum solvatur, quo tempore decesserit, secundum quod supra diximus, considerabitur. Ubi vero filium reliquit, ipse non potest hereditatem sine beneficio repudiare, sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet. Quo repudiato, ad agnatos, si paternum sit, pertinebit, et licet alterum sine altero retinere non possit, agnatis tamen consentientibus poterit dominus eum, si voluerit, quasi de novo beneficio investire, quo facto licebit ei repudiata hereditate feudum tenere, nullo onere hereditario imminente. — II. F. 51. §. 4. Filius non potest recusare hereditatem patris absque feudo, propinquus autem potest.

10) Hennemann, über II. F. 45. und die Descendenten-Folge in Lehen nach Longobardischen Rechten. Schwerin und Bismar 1804. — Michelsen, zur Auslegung und Anwendung von II. F. 45. in der Zeitschrift für deutsches Recht V. Nr. 9. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 514. ff. Vgl. oben §. 112. Note 19. — Die von Mahr, Handbuch §. 78. nach Albrecht's Mittheilungen vertretene Ansicht, daß die Agnaten ihr Erbrecht von ihrem (verstorbenen) Ascendenten ableiten und als dessen Descendenten succediren, entbehrt doch der quellenmäßigen Begründung und läßt sich auch in ihrer practischen Consequenz nicht durchführen. Vgl. Pfeiffer a. a. D. S. 516. ff.

mit einem selbständigen Rechte am Lehengut.<sup>11)</sup> Insofern diese Auffassung als eine irrthümliche zu betrachten ist, bedarf sie keiner weiteren Erörterung; sie ist aber dadurch von practischer Bedeutung geworden, daß man, um sie mit den klaren Bestimmungen der Quellen in Einklang zu bringen, eine Unterscheidung erfand, und dem Stammlehen, (*feudum ex pacto et providentia majorum*), welches als die Regel gelten sollte, das Erblehen (*feudum hereditarium*) gegenüberstellte, für welches eine im Sinne des Civilrechts abweichende Succession angenommen wurde.<sup>12)</sup> Das hat nun zur Folge gehabt, daß bei der Lehenerrichtung in einzelnen Fällen auf diesen Unterschied Rücksicht genommen worden ist, indem das *pactum investiturae* benutzt wurde, dem Lehen die eine oder andere Eigenschaft beizulegen. Welche Ausnahmen von der gemeinen Lehenfolge dabei bezweckt wurden, und ob insbesondere ein reines Erblehen (*feudum hereditarium merum*) oder ein gemischtes (s. h. *mixtum*) errichtet werden sollte, das läßt sich nur aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles und aus der Wahl der Ausdrücke entnehmen. Bei dem Ersteren gelten im Allgemeinen die Grundsätze der Civilerbsfolge, während dieselben bei dem gemischten Erblehen nur im Einzelnen über die Regeln des gemeinen Lehenrechts hinaus maafgebend sind.<sup>13)</sup> Die allgemeine Auslegungsregel, daß eine Improperität nicht ver-

11) Die erste Veranlassung zu dieser Terminologie hat wohl die Glosse gegeben; s. Gl. ad II. F. 45. *Retinere poterit. Hoc ideo contingit, quia potius principali providentia, quam ex iudicio sive ex successione defuncti ad eum pervenit; ut D. de adopt. L. Si arrogator (22.); a majoribus enim potius hoc intelligitur, quam ab isto.*

12) In einem andern Sinne wird das Erblehen im Gegensatze zum Neulehen als gleichbedeutend mit dem altväterlichen Lehen genommen; s. oben S. 183.

13) G. L. Boehmer, *principia jur. feud.* §. 130. 31. und dazu Schnaubert, *Commentar* S. 463. ff. — Eichhorn, *Einleitung* §. 355. — Pfeiffer a. a. D. S. 546. — Particularrechtliche Bestimmungen über das Erblehen s. Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 437—43. — Gothaisches Lehenmandat §. 64—70. — Zacharia, *Handbuch* §. 95.

muthet wird und streng zu erklären ist, kommt jedenfalls auch hier zur Anwendung.<sup>14)</sup>

II. Das Recht auf die Lehenfolge, welches den Nachkommen des ersten Erwerbers zusteht, weicht darin von der gewöhnlichen Intestaterbfolge des Civilrechts ab, daß es auch vor der Delation kein bloßes Hoffnungsrecht ist, sondern als ein schon gegenwärtiger Anspruch durch bestimmte Einrichtungen geschützt wird. Am Entschiedensten tritt dieß freilich bei dem agnatischen Rechte hervor, welches durch Handlungen eines im Besitze befindlichen Vasallen (Veräußerung, Felonie u. s. w.) nicht verletzt werden kann; aber auch die Söhne desselben sind wenigstens insoweit vor der einseitigen Entziehung ihres Rechtes am Lehen gesichert, als der Vater nicht von Todes wegen zu ihrem Nachtheile über dasselbe verfügen darf.<sup>15)</sup> Es besteht daher unabhängig von der Delation der Erbschaft, ein Erbfolgerecht (*jus succedendi in abstracto*), welches von dem ersten Erwerber hergeleitet wird, während die Erbfolgeordnung (*ordo succedendi, jus succedendi in concreto*) nach dem Verhältniß der Successionsberechtigten zum letzten Besitzer die Reihenfolge bestimmt, in der sie auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen zur Nachfolge berufen werden.<sup>16)</sup> — Eine andere Bedeutung als die angegebene ist mit den Begriffen Erbfolgerecht und Erb-

14) S. oben S. 183.

15) S. oben §. 113. Note 19.

16) Der Gegensatz von Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung ist zuerst besonders von G. L. Boehmer, *elect. jur. feud. II. 7. cap. 1. §. 1. sqq.*, freilich ohne die gehörige Schärfe der Begriffsbestimmung, hervorgehoben worden. Dagegen erklärte sich Poffe, *Prüfung des Unterschieds zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung. Kofstock und Leipzig 1796.* und: *Erbfolge in Lehen und Stammgüter ohne den Unterschied zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung. Ebendas. 1800.* Aber Poffe, obgleich im Einzelnen eine heilsame Kritik übend, ging doch zu weit, indem er die Begriffe nicht einmal in dem oben angegebenen Sinne gelten lassen wollte. Vgl. J. F. Kunde, *Beiträge I. Nr. 13.* — Weber, *Handbuch III. S. 377—87.* — Griesinger in der Fortsetzung von Danz, *Handbuch IX. S. 344—488.* — Ed. Gans, *das Erbrecht III. S. 212—15.*

folgeordnung nicht zu verbinden; so aufgefaßt, können sie aber auch bei anderen, dem Lehenrecht verwandten Instituten zur Anwendung gebracht werden.<sup>17)</sup>

III. Der Grundsatz, daß nur Nachkommen des ersten Erwerbers einen Anspruch auf die Lehenfolge haben, schließt sowohl die Ascendenten als auch die Seitenverwandten desselben aus. Dieß ist auch im longobardischen Lehenrecht ausdrücklich ausgesprochen, so daß, abgesehen von dem Erblehen, nur dann eine Ausnahme stattfindet, wenn in dem Investiturvertrage außer den Descendenten auch anderen Verwandten des ersten Erwerbers ein Erbrecht beigelegt ist.<sup>18)</sup> Ein solcher Fall liegt namentlich dann vor, wenn ein Neulehen in Betreff der Erbfolge für ein altväterliches erklärt (*feudum novum jure antiqui concessum*), der Stammvater also, von dem die Lehenfolge ausgehen soll, durch eine Fiction höher als der erste Erwerber hinaufgerückt wird. Doch ist auch in einem solchen Fall, wenn die Ascendenten nicht ausdrücklich mit berufen sind, die Lehenfolge nicht auf diese selbst, sondern nur auf die von ihnen abstammenden Seitenverwandten des ersten Erwerbers ausgedehnt<sup>19)</sup>; und wenn der fingirte Stammvater nicht bestimmt bezeichnet worden, so wird angenommen, daß der nächste vom

17) Bei der autonomischen Erbfolge des hohen Adels, den Familienfideicomissen u. s. w. In einem ähnlichen Sinne scheint Siegel, das deutsche Erbrecht S. 87. ff. das Beispruchsrecht der nächsten Erben bei Veräußerungen von Grundstücken als Wartrecht aufzufassen, indem er darunter das selbständig geschützte Erbrecht vor der Delation versteht.

18) I. F. 1. §. 3. *Sin autem unus ex fratribus a domino feudum acceperit, eo defuncto sine legitimo herede, frater ejus in feudum non succedit, quod etsi communiter acceperint, unus alteri non succedit, nisi hoc nominatim dictum sit, scilicet ut uno defuncto sine legitimo herede, alter succedat; herede vero relicto alter frater removebitur.* — II. F. 11. — II. F. 50. *Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt, verbi gratia pater filio.* — Ueber die Möglichkeit der Ascendentenfolge, besonders bei Weiberlehen ist lange gestritten worden s. Weber, Handbuch III. S. 530–64.

19) Die Frage ist freilich sehr bestritten, s. Weber a. a. O. S. 565. ff.

ersten Erwerber aufwärts gemeint ist.<sup>20)</sup> Der Seitenverwandte des letzten Besitzers muß also, um sein Successionsrecht zu beweisen, darthun, daß er von dem ersten Erwerber oder beziehungsweise dem fingirten Stammvater abstamme, oder daß ein gemeinschaftlicher Ascendent mit dem Gute belehnt gewesen sei<sup>21)</sup>, dem Herrn steht aber der Gegenbeweis offen, daß das altväterliche Lehen in Folge besonderer Vorgänge in ein Neulehen verwandelt worden und das daran begründete Erbrecht daher aufgehoben sei.<sup>22)</sup>

IV. Die Regel des älteren deutschen Rechts, daß es zur Erwerbung einer angefallenen Erbschaft keiner Anretung bedarf, findet sich auch in dem longobardischen Lehenrecht bestimmt anerkannt<sup>23)</sup>; es darf daher wohl angenommen werden, daß es gleichfalls den Besitz von Rechtswegen und ohne Ergreifung

20) Vgl. überhaupt Weber a. a. D. S. 367. ff. Für die im Text angenommene Ansicht haben sich entschieden Schnaubert, Commentar S. 477. — Eichhorn, Einleitung §. 352. — Mayr, Handbuch §. 79. Note 10. Dagegen hält Bäß, Lehrbuch §. 100. im Zweifel das ganze Geschlecht bis auf dessen obersten gemeinsamen Stammvater für beruflich; es würde nach dieser Auffassung also ein f. g. Geschlechtslehen vorliegen, wie es in Particularrechten vorkommt, s. Mecklenburg. Aufsecurations-Revers v. 23. Febr. 1621. Art. 24. „Wollen wir Unser getreuen Ritter- und Landschaft in Gnaden gewilliget und nachgegeben haben, daß in alten Lehen die Agnaten, so eins Namens, Schild und Helms seyn, wann sie sich schon der Sippschaft halber nicht berechnen können, einander succediren mögen.“ Vgl. Weber a. a. D. III. S. 460. ff.

21) I. F. 14. §. 1. — I. F. 19. §. 1. Das Gewicht, welches I. F. 4. §. 1. — I. F. 12. auf den Besitz eines Lehens, ja selbst eines Theiles desselben für die Beweisführung gelegt wird, scheint nur mit dem damals geltenden Proceßrecht in Verbindung zu stehen, so daß diese Bestimmungen gegenwärtig nicht weiter zu berücksichtigen sind, als die jetzt geltenden Grundsätze über die Beweisführung es gestatten. A. M. ist Eichhorn, Einleitung §. 352. Vgl. oben §. 101. Note 13. und Seuffert, Archiv V. Nr. 214.

22) II. F. 45. — II. F. 49.

23) I. F. 14. §. 1. — — fratres vel nepotes per investituram patris et avi in beneficium succedunt. — II. F. 1. §. 1. — investitura aut successione. — II. F. 11. — II. F. 33. pr. — Eichhorn a. a. D. §. 353. Note a. — Mayr, Handbuch §. 78. Note 9.

auf den Lehenerben übergehen läßt, wenn es auch keine ausdrückliche Vorschrift darüber enthält.<sup>24)</sup>

### §. 155.

#### Die Lehenfolge (Fortsetzung).

Der Lehenerbe muß, um sein Successionsrecht geltend machen zu können, diejenigen persönlichen Eigenschaften haben, welche zur Erwerbung eines Lehens überhaupt erforderlich sind, — er muß also lehenfähig sein. Die allgemeinen Regeln über die Lehenfähigkeit (§. 102. Nr. II.) kommen auch für die Lehenfolgefähigkeit zur Anwendung, insofern nicht die besondere Art der Erwerbung des Lehens, auf welche die letztere sich bezieht, Abweichungen mit sich führt. Im Allgemeinen stellt sich die Sache nun so, daß bei der ersten Uebertragung des Lehens durch Investitur der Herr die Lehenunfähigkeit, wenn sie keine absolute ist, nachsehen und die betreffende Person ungeachtet der fehlenden persönlichen Eigenschaft zum Vasallen annehmen kann. Ist dagegen das Lehen schon in den Erbgang gekommen, und der nächste Lehenerbe unfähig, so steht es dem Herrn nicht zu, ihn einseitig von dem Mangel zu dispensiren, indem er durch den Anspruch der übrigen Successionsberechtigten, welche an die Stelle des Unfähigen zur Nachfolge berufen werden, daran verhindert wird. Nur dann wird der Herr wie bei der ersten Verleihung freie Hand haben, wenn durch die Ausschließung des Unfähigen das Lehen als eröffnet an ihn zurückfallen würde. Wenn demnach die Lehenfolgefähigkeit strenger wie die Lehenfähigkeit im Allgemeinen beurtheilt wird, so kommt doch ein Umstand in Betracht, durch welchen die rechtliche Wirkung der ersteren wieder wesentlich geschwächt wird. Wenn nämlich in dem Investiturvertrage Personen, die nach der gesetzlichen Regel von der Lehenfolge ausgeschlossen sind, zur Succession berufen werden, so ist für das ganze Lehenverhältniß die Unfähigkeit

24) Vgl. oben §. 151. Nr. 1.

beseitigt, und weder der Herr noch die übrigen Bethelligten sind befugt, dieselbe geltend zu machen. — Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken.

I. Die erste Bedingung der Lehenfolgefähigkeit ist Abstammung aus einer vollgültigen Ehe; ausgeschlossen sind daher

a. die Adoptivkinder<sup>1)</sup>,

b. die unehelichen Kinder. Sowohl das deutsche wie das longobardische Lehenrecht stimmen in diesem Grundsatz überein, indem das letztere ausdrücklich auf die Legitimation Rücksicht nimmt, und ihr die Kraft, die Lehenfolgefähigkeit zu gewähren, abspricht.<sup>2)</sup> Diese von der civilrechtlichen Wirkung der Legitimation abweichende Strenge ist freilich von den Zeiten der Glosse an bekämpft worden, indem bald für die durch Rescript, bald für die durch nachfolgende Ehe Legitimirten eine Ausnahme behauptet ward; auch ist die entgegengesetzte Auffassung längere Zeit in der Theorie und Praxis die vorherrschende gewesen und in manche Particularrechte übergegangen.<sup>3)</sup> Aber eine Gewohnheit, welche sich im Gegensatz zu dem älteren Recht und der longobardischen Quelle als gemeines Juristenrecht in Deutschland gebildet hätte, läßt sich nicht nachweisen.<sup>4)</sup>

1) II. F. 26. §. 9. *Adoptivus filius in feudum non succedit.* Vgl. Schnaubert, Commentar S. 431.

2) Sächf. Lehenr. Art. 2. §. 1. f. oben §. 102. Note 9. II. F. 26. §. 11. *Naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur.*

3) Die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder (Mantelkinder) sind successionsfähig nach Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 361. — Bayer. Lehenedict §. 55. und nach dem sächf. Lehenrecht f. Zacharia, Handbuch §. 79.

4) Das Recht der Mantelkinder ist besonders vertheidigt worden von Dieck, über die Lehenfolgefähigkeit der Mantelkinder, in den Beiträgen zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe (Halle, 1832.) S. 1. ff. Später haben die in der Ventinischen Rechtsache erschienenen Parteischriften und Gutachten sich auch mit dieser Lehre beschäftigt; gegen Dieck f. namentlich Wilda, Zeitschrift für deutsches Recht IV. S. 281. ff. Ueber die württembergische Praxis vgl. Göriz, ebenbas. VII. Nr. 12.



c. Der Einfluß der Mißheirath und der Ehe zur linken Hand auf die Lehensfolgefähigkeit der Kinder wird später im Abelsrechte im Zusammenhange mit andern Instituten erörtert werden.<sup>5)</sup>

II. Die Unfähigkeit der Geistlichen, in ein Lehen zu succediren, ist schon im späteren Mittelalter durch verschiedene Ausnahmen beschränkt worden, und kann für protestantische Geistliche jedenfalls durch Niederlegung des Amtes gehoben werden.<sup>6)</sup>

III. Die Lehensfolge ist in der Regel eine agnatische, so daß Weiber und die vom Weibe Abstammenden, die Cognaten ausgeschlossen sind. Der Investiturvertrag kann jedoch auch in dieser Beziehung die gesetzliche Regel abändern, indem auch die Cognaten zur Succession gerufen werden. Dieß geschieht stillschweigend, wenn das Lehen zuerst von einem Weibe erworben ist (*feudum semineum*)<sup>7)</sup>; gewöhnlich aber wird es durch ausdrückliche Verabredung festgestellt<sup>8)</sup>, und zwar entweder so, daß die Cognaten den Agnaten in der Succession ganz gleichgestellt sind, (durchgehendes Weiberlehen, *feudum seminum promiscuum*), oder daß sie erst nach dem Abgange des Mannsstammes zur Nachfolge gelangen (*subsidiarisches Weiberlehen*,

5) Vgl. II. F. 26. §. 26. *Filii nati ex ea uxore, cum qua matrimonium tali conditione contractum est, ne filii ex ea nati patri ab intestato succedant, nec in feudum succedunt. Nam quamvis ratione improbetur talis conditio, ex usu tamen admittitur.* — II. F. 29.

6) Weber, Handbuch III. S. 322—32. — Eichhorn, Einleitung §. 354. Nr. 3.

7) II. F. 30. — J. A. Schnaubert, de jure succedendi feminarum in feudo a femina adquisito. Ges. 1783. Auch diese Lehre ist freilich sehr bestritten, s. Weber a. a. O. S. 273. ff.

8) II. F. 11. — Ad filias vero, seu neptes, vel proneptes, vel ex filia nepotes vel pronepotes successio feudi non pertinet. Proles enim feminei sexus, vel ex femineo sexu descendens ad hujusmodi successionem aspirare non potest, nisi ejus conditionis sit feudum, vel ex pacto acquisitum. — I. F. 8. §. 2. *Filia vero non succedit in feudo, nisi investitura fuerit facta in patre, ut filii et filiae succedant in feudo (tunc enim succedit filia filiis non exstantibus), vel nisi investitae fuerint de feudo paterno.*

f. f. successivum s. conditionatum). Für das Letztere spricht nach der strengen Auslegung, welcher jede Improperität unterworfen ist, die Vermuthung.

## §. 156.

## Die Lehenfolge. (Fortsetzung).

Nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung werden berufen

A. Die Nachkommen des letzten Besitzers, und zwar die Enkel an die Stelle der vorverstorbenen Söhne nach dem Eintrittsrechte.<sup>1)</sup> In deren Ermangelung

B. die Seitenverwandten des letzten Besitzers, die Agnaten.<sup>2)</sup> Die fragmentarischen und in der Fassung theilweise sehr mangelhaften Bestimmungen des longobardischen Lehenrechts über

---

1) I. F. 8. pr. — Si quis igitur decesserit filiis et filiabus superstitibus, succedunt tantum filii aequaliter, vel nepotes ex filio loco sui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente. — II. F. 11. — Mortuo enim eo, qui beneficium tenebat, prima causa liberorum est. Filiis enim existentibus masculis, vel ex filio nepotibus, vel deinceps per masculinum sexum descendantibus, ceteri removentur agnati.

2) II. F. 11. — His (filiis) vero deficientibus vocantur primo fratres cum fratrum praemortuorum filiis, deinde agnati posteriores. — II. F. 37. pr. — ad agnatum proximiorum feudum pertinebit, si paternum fuerit, eodem prorsus observando quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus. — II. F. 50. — Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt, verbi gratia pater filio. Inferius vero filius patri succedit, et non filia, nisi ex pacto, vel nisi sit femineum —; ex latere omnes per masculos descendentes, usque in infinitum, si feudum sit paternum. Paternum autem voco, quicumque ex superioribus id acquisivit, dummodo scias, quod si quis habens beneficium quatuor superstitibus filiis decedat, et feudum ad unum solum ex divisione deveniat, et iste superstitibus filiis duobus vel tribus decedat, qui patruales dicuntur, et ad unum eorum beneficium ex divisione perveniat, et similiter iste superstitibus filiis decedat, ad quorum unum feudum similiter pervenit, sicut etiam ex aliis superioribus vel primis fratribus supersunt masculi, si ille qui feudum habet, decesserit nullo filio relicto, an ad omnes, vel ad quos perveniat? quaeritur. Respondeo: ad solos, et ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit. Et hoc est, quod dicitur, ad proximiores pertinere. Isti vero proximiores esse dicuntur respectu aliarum linearum, sed omnibus ex hac linea deficientibus omnes aliae lineae aequaliter vocantur.

diese wichtige Lehre haben es veranlaßt, daß dieselbe so bestritten ist, wie kaum eine andere.<sup>3)</sup> Es sind über die Lehensfolgeordnung der Seitenverwandten nämlich drei verschiedene Systeme aufgestellt worden.

1) Das reine Gradualsystem, welches die Grundsätze über die römische Intestaterbfolge auch hier zur Anwendung bringt. In der älteren Theorie vorherrschend, findet es jetzt kaum noch einen Vertheidiger.<sup>4)</sup>

2) Das reine Linealsystem. Es succediren die Seitenverwandten des letzten Besitzers, welche mit demselben den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater haben, aber ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades, in welcher sie zu jenem stehen, so daß die Erbfolge so geordnet wird, als ob die ausgestorbene Linie gar nicht vorhanden gewesen wäre.<sup>5)</sup> Liefse aber diese Auffassung sich auch nach Einer Stelle des longobardischen

3) W. A. F. Danz, Versuch einer historischen Entwicklung der gemeinrechtlichen Erbfolgeart im Lehen. Stuttgart, 1793. — Weber a. a. D. S. 482—530.

4) Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte IV. §. 567. Unter den Anhängern dieses Systems sind zu nennen J. Schilter, de natura successione feudalis cap. III. im Anhang zum codex jur. Alemanni feudalis (edit. II. Argentor. 1728.). — J. Chr. Majer, deutsche Erbfolge. Erste Fortsetzung (Stuttgart, 1805.) und: das Ganze der Rechtslehre vom Erbfolge-Linealismus. Tübingen, 1808.

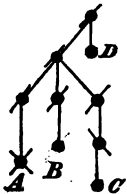
5) v. Preuschen, rechtliche Ausführung, daß die Lehnfolge der Seitenverwandten in theilbaren Lehnen nach den Stämmen, und nicht nach dem nähern Grade zu beurtheilen sei, bei Zepernick, Sammlung aus-erlesener Abhandlungen III. Nr. 11. — Chr. G. Biener, de successione feudali non secundum jus repraesentationis sed linearum praerogativam ordinanda. Lips. 1782. 4. — K. Reichhelm, Versuch einer Auslegung dunkler Geseze (Halle, 1799.) Nr. 1. — Pütter, Erörterungen und Beispiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts I. Nr. 6. — W. F. v. Pfizer, die Lehnfolge nach dem longobardischen, dem altdeutschen und vorzüglich dem Badendurlachischen Lehenrechte. Ulm, 1818. — Páß, Lehrbuch §. 109. Diesem Systeme folgen auch das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 18. §. 388. ff. — Baier. Lehenedict §. 55. und die neueren Haus- und Verfassungsgeseze, s. Zachariä, deutsches Staats und Bundesrecht (2. Aufl.) I. §. 71. Note 8.

Lehenrechts (II. F. 50.) rechtfertigen, so steht sie doch mit andern (II. F. 11. — 37. pr.) in entschiedenem Widerspruch; eine nach den Regeln der Auslegung zu beschaffende Vereinigung dieser Stellen führt vielmehr

3) auf das gemischte oder Lineal-Gradualsystem. Unter den Seitenverwandten, welche mit dem letzten Besitzer den nächsten gemeinschaftlichen Stammvater haben, werden diejenigen zur Erbfolge berufen, welche mit jenem dem Grade nach am Nächsten verwandt sind. Es ist dies die alte Parentelordnung (s. oben §. 150.), welche nur insofern modificirt wird, als nach dem Vorgange des römischen Rechts den Söhnen vorverstorbenen Brüder das Eintrittsrecht zukommt.<sup>6)</sup> Succediren Bruderfinder allein, so theilen sie nach Köpfen.<sup>7)</sup>

I. Hinterließ der Lehenmann mehrere Söhne, so war nach deutschem Recht der Herr nur verpflichtet, Einem derselben das Gut zu verleihen. Ueberließ er es ihnen daher nicht zur gesammten Hand, so mußten sie in bestimmter Frist den Lehenfolger bezeichnen, welchem das Gut bei der Theilung des Allo-

6) Hartm. Pistoris, quaest. jur. II. qu. 19. — III. qu. 23. — G. L. Boehmer, principia jur. feud. §. 144. — Schnaubert, Erläuterung S. 518. ff. — Weber, Handbuch III. S. 483. ff. — A. Michaelis, de ordine succedendi juris feudalis longobardici. Stuttg. 1818. — Eichhorn, Einleitung §. 356. — Mayr, Handbuch §. 93. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 550. ff. In Hannover hat sich eine feste Praxis für dieses System entschieden, s. Pufendorf, observat. jur. III. obs. 136. — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VII. Nr. 60. — Zur Uebersicht diene folgendes Schema:



Nach dem Gradualsysteme würden dem A als letzten Besitzer B und D, nach dem Linealsysteme B und C, nach dem Lineal-Gradualsysteme B allein succediren.

7) Vgl. oben §. 151. Note 6.

dialnachlasses angerechnet wurde.<sup>8)</sup> Eine Bevorzugung des Alters fand nach den Grundsätzen des Lehenrechts nicht statt, wenn sie sich auch thatsächlich oft mag geltend gemacht haben. — Nach longobardischem Lehenrechte hatten gleich nahe Lehen-erben auch ein gleiches Recht auf die Nachfolge, und zwar so, daß sie, wenn nicht ein anderes Abkommen getroffen ward, das Gut unter einander theilten.<sup>9)</sup> Das ist auch jetzt noch die Regel des gemeinen Rechts. Aber wie schon das longobardische Recht die großen Reichslehen für untheilbar erklärte<sup>10)</sup>, so nahm auch in Deutschland die Sitte immer mehr überhand, bei der Lehenfolge eine bestimmte Bevorzugung des Alters eintreten zu lassen, und diese Einrichtung auf die Dauer zu befestigen, — eine Entwicklung, welche in den Primogeniturordnungen und ähnlichen Instituten ihren Abschluß fand. Diese ganze Lehre hängt aber so genau mit dem Adelsrechte und insbesondere mit der Autonomie des hohen Adels zusammen, daß sie erst im folgenden Bande auch in Beziehung auf die Lehenfolge erörtert werden kann.

II. Es ist schon oben (§. 107. Nr. 2.) bemerkt worden, daß in einigen Particularrechten nach den Grundsätzen des älteren deutschen Rechts die gesetzliche Lehenfolge auf die Nachkommen des letzten Besitzers beschränkt geblieben ist, daß man aber durch die Aufnahme von Mitbelehnnten zur gesammten Hand eine der agnatischen Lehenfolge entsprechende Erweiterung der Successionsrechte bewirkt hat. Das leitende Princip dieser

8) Sächf. Lehenr. Art. 29. §. 2. „Die herre n'is of nicht plich-  
tich mer kinderen to liene den eneme irs vader gud, svenne die vader stirft.  
Binnen der kindere jartale stat dat an irme fore, dat die herre belene  
swelken so sie willet. Kunt it aver ut der jartale, so stat is an des herren  
fore, welf ire he belenen wille under den die is mit rechte an in gefun-  
nen hebbet.“ — Sächf. Landr. B. I. Art. 14. §. 1. — Homeyer,  
der Sachsenspiegel II. 2. S. 455. ff.

9) I. F. 1. §. 1. — I. F. 8. pr. vgl. II. F. 50.

10) II. F. 55. §. 4. Praeterea ducatus, marchia, comitatus de cetero  
non dividatur, aliud autem feudum, si consortes voluerint, dividatur.

Einrichtung ist, daß in Ermangelung der Nachkommen des letzten Besitzers die Mitbelehnten auf Grund der ihnen erteilten Belehnung zur Nachfolge berufen werden; im Einzelnen kommen aber manche particularrechtliche Abweichungen vor.<sup>11)</sup>

III. Die im Investiturvertrage eventuell Berufenen gelangen erst zur Succession, wenn die lehenfähigen Nachkommen des ersten Erwerbers ausgestorben sind, die Cognaten bei dem subsidiarischen Weiberlehen also erst nach dem Ausgange des Mannstammes.<sup>12)</sup> Die cognatische Erbfolge richtet sich dann nach den allgemeinen Regeln der Successionsordnung, indem das Verhältniß zum letzten Besitzer entscheidet, ohne daß die früher wegen Bevorzugung des Mannstammes Uebergangenen für ausgeschlossen gelten können.<sup>13)</sup> Es entscheidet also die Nähe der Linie und des Grades, und nur unter Gleichberechtigten geht der männliche Cognat dem Weibe vor.<sup>14)</sup> Ist das Lehen aber einmal an die cognatische Linie gelangt, so tritt wieder die regelmäßige Bevorzugung des Mannstammes ein.

11) S. oben §. 107. Note 10. — Mayr, Handbuch §. 96. 97. — Eichhorn, Einleitung §. 359. — Pfeiffer in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 557. ff.

12) I. F. 8. §. 2. — II. F. 17.

13) Die unpassend herbeigezogene Analogie der Erbverzichte hat in dieser Lehre viel Verwirrung angeregt. Die Regel: *femina semel exclusa semper exclusa* ist für die Bestimmung der cognatischen Erbfolge falsch; aber ebensowenig läßt sich ein Vorzug der Regredienterbin vor der Erbtöchter rechtfertigen.

14) Die rechtliche Natur der Lehenfolgeordnung spricht für diese Beschränkung, welche auch durch eine Vergleichung von II. F. 17. und II. F. 51. §. 3. sich rechtfertigen läßt; s. Eichhorn, Einleitung §. 358. — Mayr, Handbuch §. 95. Doch ist dieser Punkt wie vieles Andere in dieser Lehre sehr bestritten, vgl. Weber, Handbuch III. S. 281—322. — Pfeiffer a. a. D. S. 559—62.

## Zweites Kapitel.

### Die Erbverträge.\*)

#### §. 157.

#### Stellung der Lehre im Allgemeinen.

Während das römische Recht eine Abänderung der gesetzlichen Erbfolge nur durch letztwillige Verfügungen zuläßt, und jede Einwirkung des Vertrags als den guten Sitten widerstrebend von diesem Gebiete fern hält, ist im heutigen gemeinen Rechte die Geltung des Erbvertrags vollständig anerkannt, so daß durch ein solches Geschäft ein Erbrecht sowohl bestellt als aufgehoben werden kann. Diese Aufnahme des Erbvertrags als eines allgemein gültigen Geschäftes in das Rechtssystem ist ein Ergebniß des modernen Juristenrechts. An einzelne In-

---

\*) Haffe, über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament; im rhein. Museum für Jurisprudenz II. Heft 2. S. 149—241. Heft 3. S. 300—366. — III. Heft 1. S. 1—22. Heft 2. S. 239—278. Heft 3. S. 371—418. Heft 4. S. 490—558. — Georg Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Th. I. a. u. d. L. Die Vergabungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte. Göttingen, 1835. Th. II. Band 1. ebendas. 1837. Band 2. ebendas. 1840. — Dieck in der allgemeinen Encyclopädie von Ersch und Gruber XL. S. 394—432. Weitläufige Erörterungen über diese Lehre, welche meistens gegen meine angeführte Schrift gerichtet sind, finden sich bei Trummer, das Hamburgische Erbrecht (Hamburg, 1852) II. S. 191—328. Allein schon der gänzliche Mangel einer wissenschaftlichen Methode in diesen Ausführungen, die zum Theil auf durchaus willkürlichen Behauptungen beruhen, macht ein näheres Eingehen auf dieselben unmöglich. Der Verfasser scheint es sich nicht klar gemacht zu haben, daß wir gegenwärtig ein auf einer Mischung römischer und deutscher Grundsätze beruhendes System des gemeinen Rechts haben. — Die ältere Litteratur über die Erbverträge hat durchweg nur ein dogmengeschichtliches Interesse; beispielsweise nenne ich S. Strykius, tractatus de successione ab intestato diss. VIII. De pactis successoriiis. — A. F. Hebenstreit, vindiciae veri valoris pactorum successoriorum tam jure romano quam germanico adversus errores interpretum. Erford. 1768. 4.

stitute des deutschen Rechts anknüpfend, und die Regel von der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge benutzend, bildete die Theorie der Juristen seit dem siebenzehnten Jahrhundert die Lehre von den Erbverträgen aus, indem sie für dieselbe im bewußten Gegensatz zu den Grundsätzen des römischen Rechts die practische Geltung erkämpfte. Daß diese Lehre, in einer solchen Allgemeinheit aufgefaßt, im Rechtsbewußtsein des Volkes wurzelt und einem bestimmten Bedürfnisse Abhülfe gebracht hat, läßt sich nicht behaupten; aber wie sie jetzt gestellt ist, kann ihre Begründung im Gewohnheitsrechte nicht in Abrede gestellt werden.<sup>1)</sup>

Wenn aber die ältere Theorie auch die Ungültigkeit der Erbverträge im Sinne des römischen Rechts behauptete, so wurde sie in ihrer Polemik doch früh zu einer gewissen systematischen Behandlung der Lehre geführt, und suchte namentlich durch verschiedene Eintheilungen und Unterscheidungen die möglichen Wendungen des Geschäftes im Einzelnen klar zu machen.<sup>2)</sup> So unterschied man das *pactum successorium affirmativum* s. *acquisitivum* und das *p. s. negativum* s. *renunciativum*; das erstere war denn wieder universale oder *particulare*, und in Betreff der Wirksamkeit wurde das *p. s. conservativum* und *restitutivum* s. *dispositivum* besonders ausgezeichnet; unter dem Letzteren verstand die ältere Theorie jedoch den Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten (*pactum de hereditate*

---

1) Lehre von den Erbvertr. I. 2. §. 5—7. — Volkerecht und Juristenrecht S. 321. Einen organischen Zusammenhang mit dem älteren Rechte nimmt für diese Lehre Albrecht in Schneider's kritischen Jahrbüchern. 1842. S. 323. ff. in Anspruch, während eine vereinzelte Stimme (Kraus in der Zeitschrift für deutsches Recht XIII. S. 134. ff.) neulich ihre Gemeinrechtlichkeit wieder bestritten hat.

2) Eine solche systematische Behandlung der Lehre findet sich schon bei Bartolus ad L. *Stipulatio hoc modo concepta*. 61. D. de V. O., sowie ad L. *fin. C. de pactis*.



tertii viventis), während später der Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten mit jenem Ausdruck bezeichnet ward.<sup>3)</sup>

Das Nähere hierüber, insofern es überhaupt noch von Interesse ist, gehört der Darstellung des Einzelnen an; hier ist mit Rücksicht auf das System hervorzuheben, daß je nachdem durch den Erbvertrag entweder ein Erbrecht begründet oder aufgehoben wird, derselbe als Erbeinsetzungsvertrag oder Erbverzicht sich darstellt. Beide Arten des Geschäftes sind also auf die Beerbung gerichtet und erfassen nur mittelbar den Nachlaß, indem sie zu den Verträgen gehören, mit denen keine obligatorische Wirkung verbunden ist. Durch den Erbeinsetzungsvertrag insbesondere wird wie durch ein Testament der Anfall einer Erbschaft bewirkt. Auf einem ganz anderen Gebiete liegt dagegen der Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten (Erbschaftsvertrag); derselbe enthält das Versprechen des Erben, die gehoffte Erbschaft für den Fall der Delation herauszugeben, und gehört wie der Erbschafts Kauf in das Obligationenrecht.<sup>4)</sup> Es ist daher nicht zufällig, daß dieses Geschäft an der allgemeinen Entwicklung der Lehre von den Erbverträgen keinen Theil genommen hat; vielmehr steht es noch im Wesentlichen unter den Regeln des römischen Rechts, indem es ungültig und wirkungslos ist, insofern nicht die Genehmigung des Erblassers, die aber stets von demselben zurückgezogen werden kann, hinzutritt.<sup>5)</sup> Nur die Entziehung der Erbschaft wegen Indignität findet nach heutigem Rechte nicht statt, und wenn der Erblasser die Genehmigung in einer Weise ertheilt hat, daß er dadurch selbst zum Mitcontrahenten geworden ist, und beziehungsweise einen Erbeinsetzungsvertrag oder einen Erbverzicht abgeschlossen hat, so ist das Geschäft in diese Form

3) Vgl. Lehre von den Erbvertr. I. 2. §. 1.

4) *Haffe a. a. D.* II. 2. C. 218. ff.

5) *c. ult. C. de pactis.*

umgesetzt und hat die gewöhnlichen rechtlichen Wirkungen des Erbvertrags.<sup>6)</sup>

### 1. Der Erbeinsetzungsvertrag.

#### §. 158.

##### a. Begriff und Arten.

Das ältere deutsche Recht kannte so wenig eine Erbeinsetzung durch Vertrag wie durch Testament<sup>1)</sup>, und es war ein freilich sehr folgenreicher Irrthum der Jurisprudenz, wenn sie den berühmten Ausspruch des Tacitus<sup>2)</sup> dahin ergänzte, der Erbeinsetzungsvertrag habe bei unseren Vorfahren stets gegolten, und in der deutschen Treue den Grund für die Rechtsbeständigkeit auch dieses Vertrages suchte. Indessen weisen schon die älteren deutschen Rechtsquellen ein Geschäft auf, durch welches zwar kein Erbe ernannt, aber doch eine ähnliche Wirkung erreicht werden konnte, — die Vergabung von Todes wegen, durch welche einzelne Grundstücke und später auch ein ganzes Vermögen auf einen Fremden übertragen wurde. Eine solche Vergabung, zu deren Vollziehung man sich auch gewisser Mittelspersonen, der Salmannen, bediente, wurde in der Art

---

6) Die beschränkte Gültigkeit des Erbschaftsvertrags rechtfertigt sich nicht nur durch die rechtliche Natur des Institutes, sondern ist auch im positiven Rechte begründet; denn die meisten Particularrechte, wie die gemeine Meinung der Juristen, haben stets die römische Auffassung des Geschäftes festgehalten, so daß eine entgegenstehende deutsche Gewohnheit in diesem Fall nicht behauptet werden kann; s. Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 328—45. — Rechtspruch des D. A. G.'s zu Lübeck bei Seuffert, Archiv II. Nr. 313. A. M. sind Eichhorn, Einleitung §. 341. Note d. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 453. Nr. III. und theilweise de Hahn, de auctoritate pacti de hereditate tertii. Heidelb. 1832. Die Praxis der württembergischen Gerichte läßt bei Verträgen über die Erbschaft eines Verschollenen eine Ausnahme zu, s. v. Hufnagel, Mittheilungen I. Nr. 75., aber auch dagegen spricht die juristische Consequenz, da der Verschollene vor der Todeserklärung noch als lebend betrachtet wird.

1) Vgl. oben §. 149.

2) Germania cap. 20. Heredes tamen successoresque cuique liberi et nullum testamentum.

beschafft, daß der Bedachte ein gegenwärtiges dingliches Recht erhielt, indem der Freigebige ihn in das Gesamteigenthum aufnahm, oder ihm das Eigenthum übertrug, sich selbst aber den lebenslänglichen Nießbrauch des Gutes (Nuß und Gewere) vorbehielt. Erst mit dem Tode des Freigebigen trat also für den Bedachten die volle Wirkung des Geschäftes ein: das ihm eingeräumte beschränkte Eigenthum wurde nun ein unbeschränktes. Dieß ganze Institut beruhte in seiner praktischen Durchführung auf der Auflassung, welche dasselbe durchaus beherrscht und auf dem Gebiete des Sachenrechts und zwar des Rechts am Grundbesitz, festgehalten hat. Bewegliche Sachen konnten nur als Zubehörungen eines Landguts oder als Bestandtheile eines Vermögens zum Gegenstande einer Vergabung gemacht werden, und nur ausnahmsweise wurde im späteren Mittelalter auch für sie die Möglichkeit einer solchen Zuwendung erreicht, indem der Freigebige vor Gericht eine Forderung bestellte, welche erst nach seinem Tode von dem Bedachten geltend zu machen war.<sup>3)</sup>

Die Vergabung von Todes wegen war noch bis zur Mitte des sechzehnten Jahrhunderts allgemein in Uebung, und ist auch in einige spätere Statuten übergegangen<sup>4)</sup>; sie wurde aber

---

3) Der Darstellung der Vergabung von Todes wegen ist der erste Band meiner Lehre von den Erbverträgen gewidmet, auf welchen hier verwiesen wird; zu vergleichen ist außerdem *Albrecht*, die Gewere §. 19—21. und *Dieck*, in der allgemeinen Encyclopädie XL. S. 394. ff. Abweichend erklärt das Geschäft *Duncker*, das Gesamteigenthum §. 8. 9., indem er annimmt, daß bei demselben durch die Auflassung ein alleiniges, aber bedingtes Eigenthum begründet wurde. Es kam ihm nämlich darauf an, auch in diesem Falle eine Vermögensgemeinschaft, welche sich etwa als Gesamteigenthum auffassen ließe, in Abrede zu stellen.

4) *Rev. Lüb. Recht* B. I. Tit. 6. Art. 2. „Welcher Mann oder Frau, die da keine Kinder mit einander im Ehestand gezeuget haben, vor den Rath treten und ihr Gut gegen einander reciproce doniren und auflassen, ist dann die Frau bevormündet, so ist die Übergab kräftig, von ihrem beyderseits erworbenem Gute.“ — *Hamb. Stadtr. Th.* III. Tit. 1. Art. 18. — *Chursächf. Constitutionen* v. 1572. P. III. const. 1. *Vgl. Lehre von den Erbverträgen* II. 1. §. 7.

allmählich von dem Testamente, welches immer entschiedener die deutsche Praxis beherrschte, verdrängt. Neben demselben kam dann der Erbeinsetzungsvertrag durchweg nur in einem beschränkten Kreise, in welchem er früher schon einen selbständigen Einfluß gewonnen hatte, insbesondere in Ehestiftungen und überhaupt bei Zuwendungen unter Ehegatten zur Anwendung. Einzelne Gesetzgebungen begnügten sich auch, das letztere Geschäft für diesen besonderen Fall anzuerkennen<sup>5)</sup>, während andere, der gemeinrechtlichen Theorie folgend, es als eine allgemein gültige Form der Verfügung von Todes wegen neben dem Testamente gelten ließen.<sup>6)</sup> In dieser weiteren Bedeutung ist der Erbeinsetzungsvertrag hier zu behandeln.

Wenn nun auch der Zweck desselben im Allgemeinen dahin angegeben werden kann, daß er ein Erbrecht begründen soll, so bedarf es doch zur genaueren Feststellung des Begriffs noch der Erörterung einzelner Punkte.

I. Der Erbeinsetzungsvertrag ist ein Geschäft von Todes wegen und erscheint, wenn er auch insbesondere bei wechselseitigen Zuwendungen von gewissen Gegenleistungen abhängig gemacht werden kann, in der Regel als eine Freigebigkeit; mit der Schenkung darf er jedoch nicht zusammengestellt werden.<sup>7)</sup>

II. Das Erbrecht, welches durch den Erbeinsetzungsvertrag eingeräumt wird, ist das gewöhnliche des gemeinen Rechts. Wird das Geschäft unter Eheleuten abgeschlossen, so unterscheidet es sich schon seinem Begriffe nach von der vertragmäßigen Bestellung einer bestimmten Art des Güterrechts, welches bereits während der Ehe wirksam sein soll. Aber auch der Erbein-

5) Code civ. Art. 1082. 1093. — Oesterr. Gesetzbuch §. 1249. Auch die chursächs. Decisionen v. 1746. Nr. XIII. handeln nur von dem Erbeinsetzungsvertrage unter Ehegatten.

6) Baier. Landrecht Th. III. Cap. 11. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. Abschn. 2.

7) Haffe, rhein. Museum II. 2. S. 211. ff. — Lehre von den Erbeinsetzungsvertr. II. 1. §. 8.

setzungsvertrag unter Eheleuten bezieht sich nicht nothwendig auf die gemeine Civilerbfolge, sondern kann auf ein besonderes Institut des ehelichen Güterrechts, z. B. die statutarische Erbgebühre gerichtet sein. Ob dieses der Fall und von welcher Beschaffenheit das eingeräumte Erbrecht ist, das muß nach den Regeln über die Auslegung der Verträge näher bestimmt werden. — Außerdem kommen im Adels- und Bauernrechte eigenthümliche Institute vor, z. B. die Erbverbrüderung, die Gutsabtretung, welche mit der Lehre von den Erbverträgen mehr oder weniger zusammenhängen, in ihrer rechten Natur und Bedeutung aber nur im Zusammenhange mit den allgemeinen Grundsätzen bestimmter Standesverhältnisse erkannt werden können. Sie bleiben daher einer späteren Darstellung vorbehalten.

III. In den so eben bezeichneten Fällen kann es geschehen, daß nach der besonderen Natur des Erbrechts, auf welche sich der Vertrag bezieht, für den Vertragserben nur eine Singularsuccession begründet wird. Es muß auch für rechtlich zulässig gehalten werden, daß in dem Erbeinsetzungsvertrage überhaupt neben dem Hauptgegenstande des Geschäftes noch Vereinbarungen über Vermächtnisse getroffen werden, deren Erfüllung der Vertragserbe übernimmt. Weiter darf man aber nicht gehen, und insbesondere ist die Ansicht, daß auch über einzelne Sachen ein Erbvertrag geschlossen werden könne (der s. g. particuläre oder singuläre Erbvertrag im Gegensatz zu dem universellen), nach der Stellung, welche die Lehre auf Grund ihrer gewohnheitsrechtlichen Ausbildung gegenwärtig einnimmt, nicht zu billigen.<sup>8)</sup> Die Vertheidiger jener Ansicht suchen dieselbe entweder auf das Recht der Vergabung von Todes wegen zu stützen, wobei sie übersehen, daß der Erbvertrag nicht mehr, wie das

---

8) Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 22—24. 213—28. — II. 2. §. 108—22. — v. Langenn und Kori, Erörterungen practischer Rechtsfragen II. Nr. 25. — Schwarze in der Zeitschrift für sächs. Rechtspflege und Verwaltung. N. F. I. Nr. 10. — Gerber, System §. 257.

alte Institut, auf der Auflassung beruht; oder sie construiren aus allgemeinen Begriffen eine Vertragsform, welche im Rechtsleben gar nicht zur Erscheinung gekommen ist.<sup>9)</sup> Geschäfte, in denen man einen singulären Erbvertrag hat erkennen wollen, werden in der Regel als Schenkungen von Todes wegen aufzufassen sein; geht aber die Absicht des Freigebigen entschieden auf die Einräumung eines unwiderruflichen Rechts an den Bedachten, so ist eine Schenkung unter Lebenden anzunehmen, deren Erfüllung bis nach dem Tode des Ersteren hinausgeschoben worden.<sup>10)</sup>

IV. Wechselseitige Erbeinsetzungsverträge, durch welche die Contrahenten sich gegenseitig ein Erbrecht einräumen, kommen, abgesehen von der Erbverbrüderung des hohen Adels, in der Regel nur unter Ehegatten vor<sup>11)</sup>, sind aber auch in dieser Anwendung häufig durch das wechselseitige Testament verdrängt worden. Ob ein solches Geschäft als ein zweiseitiger Vertrag aufzufassen oder in zwei selbständige, neben einander bestehende Verträge aufzulösen ist, hängt zunächst von der Absicht der Betheiligten ab, welche der Erwägung des einzelnen Falles zu entnehmen ist. Hat aber, wie dieß fast immer geschieht, die wechselseitige Erbeinsetzung auf Grund einer vorher gegangenen Veredung in Einem Acte stattgefunden, so muß im Zweifel ein einziger, zweiseitiger Vertrag angenommen wer-

9) Die erstere Auffassung wird vertreten von Eichhorn, Einleitung §. 344. — Phillips, Grundsätze II. §. 171. — Dieck, allg. Encyclopädie XL. S. 423. ff., die letztere von Haffe, rhein. Museum III. 1. S. 17. ff. und Bluntschli, hällische Jahrbücher v. 1838. Nr. 165.

10) Hartmann Pistoris, quaest. jur. IV. qu. 2. in f. — D. Mevius, comm. ad jus Lub. p. I. tit. 6. art. 2. nr. 38. sqq. — idem, decision. VI. dec. 332. — Strube, rechtliche Bedenken II. Nr. 36. Auf diese Lösung weist auch die gerichtliche Auslobung einer Schuld von Todes wegen hin, welche im sächsischen Städterecht sich ausgebildete; zur Begründung eines singulären Erbvertrags, wie Albrecht, Gewere S. 204. (vgl. kritische Jahrbücher v. 1842. S. 327. ff.) es thut, kann jenes Geschäft nicht benutzt werden.

11) S. jedoch Pütter, auserlesene Rechtsfälle III. Nr. 258.

den, wovon die Folge ist, daß die Ungültigkeit der Einen Erbesetzung auch die der andern nach sich zieht.<sup>12)</sup> Unter Ehegatten, welche in Gütergemeinschaft leben, wird dieß Geschäft wie das wechselseitige Testament gebraucht, um über die Dauer der Ehe hinaus eine gemeinsame Verfügung über das Sammtgut zu treffen.

V. Die allgemeinen Regeln, welche nach heutigem Rechte über die zu Gunsten dritter Personen abgeschlossenen Verträge gelten<sup>13)</sup>, kommen auch für den Erbesetzungsvertrag zur Anwendung. Gerade in Beziehung auf dieses Geschäft ist die Abweichung von dem entgegenstehenden Princip der römischen Vertragslehre gewohnheitsrechtlich so fest begründet, daß auch diejenigen, welche dieselbe im Allgemeinen nicht anerkennen, sie doch hier für gerechtfertigt halten.<sup>14)</sup> Ein solcher Vertrag zu Gunsten eines Dritten liegt namentlich dann vor, wenn der Vertragserbe sich verpflichtet hat, die Erbschaft ganz oder theilweise an einen Anderen, welcher an dem Geschäfte keinen Theil genommen hat, wieder herauszugeben; es ist dieß der s. g. restitutive Erbvertrag, durch welchen ein Fideicommiß bestellt wird. Bei der Errichtung eines Familienfideicommisses kommen jedoch noch besondere Gesichtspunkte zur Erwägung.<sup>15)</sup>

## §. 159.

### b. Form und Wirkungen.

A. Die Regel des heutigen gemeinen Rechts, daß es zur Gültigkeit eines Vertrags keiner besondern Form bedürfe, hatte

12) Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 228—31. — Koch, Lehrbuch des Preussischen gemeinen Privatrechts II. §. 837. Nr. 2.

13) §. oben §. 120. Nr. III.

14) Eichhorn, Einleitung §. 343. Nr. IV. — Buchka, die Lehre von der Stellvertretung §. 194. ff. — Seuffert, Archiv V. Nr. 299. — Mühlensbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XXXVIII. §. 68. ff. sucht sich durch die Analogie der donatio sub modo zu helfen.

15) Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 231—33. — II. 2. §. 83. ff. (Die erste Stelle ist von Buchka a. a. D. §. 195. ganz mißverstanden worden).

sich schon festgesetzt, als der Erbeinsetzungsvertrag in der Jurisprudenz ausgebildet ward, und kam auch für dieß letztere Geschäft zur Anwendung. So unangemessen diese Einrichtung ist, so läßt sie sich doch nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen aus dem positiven Rechte entfernen, und namentlich ist der Versuch, den Eichhorn<sup>1)</sup> gemacht hat, die schriftliche Abschließung als nothwendig darzustellen, für mißlungen zu halten.<sup>2)</sup> Particularrechte haben hier jedoch nachgeholfen, und entweder für den Erbeinsetzungsvertrag überhaupt<sup>3)</sup> oder für einzelne Arten derselben, namentlich wenn er in Ehe Stiftungen vorkommt<sup>4)</sup>, bestimmte Formen vorgeschrieben.

B. Die rechtliche Natur des Erbeinsetzungsvertrags ist zunächst nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre zu bestimmen. Der besondere Gegenstand des Geschäftes aber, welches sich auf die Beerbung bezieht, indem es wie das Testament, den Anfall eines Erbrechts begründet, bietet für die Rechtsentwicklung gewisse Gesichtspunkte dar, ohne deren gehörige Berücksichtigung sich das Institut nicht seinem Wesen und seiner Stellung im Rechtssysteme gemäß construiren läßt. Neben der Lehre von den Verträgen ist daher auch die von den Testamenten für die Ausbildung des Erbeinsetzungsvertrags maassgebend geworden; nur irrt man sich freilich sehr, wenn man glaubt, die eigenthümliche Stellung desselben richtig bezeichnet

1) Einleitung §. 342.

2) Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 2. Nr. 1. — §. 9.

3) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 621. „Erbverträge müssen wie Testamente gerichtlich abgeschlossen, oder von beyden Theilen persönlich den Gerichten übergeben werden.“ — Oesterr. Gesetzbuch §. 1249. „Zwischen Ehegatten kann auch ein Erbvertrag, wodurch der künftige Nachlaß oder ein Theil desselben versprochen, und das Versprechen angenommen wird, geschlossen werden. Zur Gültigkeit eines solchen Vertrages ist jedoch nothwendig, daß er schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testaments errichtet werde.“ Vgl. Bornemann, systemat. Darstellung VI. S. 140—42. — Winwartner in Wagner's Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit. Jahrg. 1825. I. Nr. 22. §. 3.

4) S. oben S. 381—82.



zu haben, wenn man es ein unwiderrufliches Testament nennt. Folgende Punkte sind hier besonders hervorzuheben. <sup>5)</sup>

I. Die Contrahenten müssen befähigt sein, einen Vertrag gültig abzuschließen, und außerdem die testamenti factio haben. Für den Vertragserben wird daher erfordert, daß er successionsfähig ist, für den Erblasser, daß er eine Erbeseinsetzung gültig vornehmen kann. Ist Letzterer noch minderjährig, so bedarf es der Zustimmung des Vormundes zur Rechtsbeständigkeit des Geschäftes. <sup>6)</sup>

II. Die Unwiderruflichkeit des Erbeseinsetzungsvertrags ist mit dem Begriff des Vertrages selbst gesetzt, und wird gegenwärtig von keiner Seite bezweifelt. Insbesondere gilt dies auch von dem Fall, wenn das Geschäft in einer Ehestiftung vorkommt, und die s. g. pacta dotalia mixta, welche von der älteren Theorie im Gegensatz zu den unwiderruflichen Eheverträgen, welche man pacta dotalia simplicia nannte, als letztwillige Verfügungen behandelt wurden, haben sich nur noch in wenigen Particularrechten erhalten. <sup>7)</sup> Für das gemeine Recht ist dieser Unterscheidung keine practische Bedeutung mehr beizu-

5) Vgl. überhaupt Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 10.

6) Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 618. „Wer Erbverträge schließen will, muß mit den Eigenschaften versehen seyn, welche sowohl zur Errichtung eines Testaments, als zur Abschließung eines Vertrags erforderlich sind. §. 619. Ermangeln dem Versprechenden die zum gültigen Contrahiren erforderlichen Eigenschaften, so gilt der Erbvertrag auch nicht als eine einseitige letztwillige Verordnung, wenn gleich zu dieser letztern der Contrahent an sich nach den Gesetzen fähig wäre.“ — Eichhorn, Einleitung §. 343. — Dieck in der allg. Encyclopädie XL. S. 410. Abweichend von der gemeinen Meinung, daß der Vormund des Promittenten seine Zustimmung gegeben haben müsse, wenn das Geschäft rechtsbeständig sein soll, wird im Archiv für oldenburg. Recht I. Nr. 9. die Ansicht vertreten, daß im Fall der fehlenden Zustimmung der Minderjährige nur das Recht des Rücktritts habe. Allein diese Entscheidung erscheint weder consequent noch durch ein practisches Bedürfnis geboten. — Cines obrigkeitlichen Decrets bedarf es jedoch zur Gültigkeit des Geschäftes nicht, da es keine Veräußerung enthält; f. Seuffert, Archiv IV. Nr. 243.

7) Solmsf. Landrecht. Tit. 18. (von der Nahmer I. S. 45.) — Frankfurt. Reformat. Th. III. Tit. 2. §. 4. 5.

legen.<sup>8)</sup> — Der Erblasser kann daher weder unmittelbar noch mittelbar durch eine entgegenstehende Anordnung den Erbvertrag aufheben; nur wenn er sich vorbehalten hat, über einzelne Sachen oder eine Quote der Erbschaft anderweitig zu verfügen, bleibt ihm diese Befugniß gewahrt. Hat er aber von dem Vorbehalt keinen Gebrauch gemacht, so gelangt der Nachlaß ungeschmälert an den Vertragserben.<sup>9)</sup>

III. Wer sich vertragsmäßig einen Erben bestellt, verzichtet dadurch nicht auf die freie Herrschaft über sein Vermögen. Insofern er also nicht arglistig gegen den Zweck des Geschäftes handelt, ist er in den Verfügungen unter Lebenden nicht beschränkt<sup>10)</sup>; ja selbst Schenkungen auf den Todesfall, deren Natur darin besteht, daß sie unabhängig von der Beerbung den Nachlaß belasten, sind ihm consequenter Weise nicht unbedingt zu versagen. Doch ist die deutsche Jurisprudenz gegen diese Ausdehnung des Verfügungsrechts, während die ältere französische die Schenkungen unter Lebenden und auf den Todesfall gleich behandelte.<sup>11)</sup>

IV. Was die Bedingungen der Erbeinsetzung betrifft, so kommt die Testamentslehre zur Anwendung, insoweit die Regel: *semel heres semper heres* für dieselbe maassgebend ist; im Uebrigen und namentlich auch hinsichtlich der s. g. captatorischen Bedingungen sprechen überwiegende Gründe für die Anwendung der Grundsätze, welche für die Verträge gelten.<sup>12)</sup>

8) Die richtige Ansicht ist bereits von J. H. Boehmer, exercit. ad pand. IV. ex. 71. vertreten. Vgl. überhaupt Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 14.

9) Pufendorf, observat. jur. IV. obs. 48. — v. Cramer, weßlarische Nebenstunden XI. Nr. 8.

10) Ehursächf. Decisionen v. 1746. Nr. 13. — Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 624. — Oesterr. Gesetzbuch §. 1252.

11) Merlin, répertoire de jurispr. s. v. institution contract. §. 8. Nr. IX. X. Vgl. Zachariae, liber quaestionum Nr. 17. — Dieck a. a. D. S. 419—20.

12) Die neuere Gesetzgebung folgt ohne weitere Unterscheidung bald dem Einen bald dem anderen Princip; s. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 647.

V. Da durch den Erbeinsetzungsvertrag kein gegenwärtiges Recht an dem Vermögen des Erblassers begründet, sondern nur der Anfall einer Erbschaft vermittelt wird, so bedarf es für den Vertragserben der Antretung, um wirklich zur Succession zu gelangen. Dem Zweck des Geschäftes nach ist er aber zu einer solchen Handlung nicht verpflichtet; er kann die Erbschaft ausschlagen, oder mit der Wohlthat des Inventars antreten. Dagegen darf er nach Analogie des Edicts: Si quis ommissa causa testamenti die Erbschaft aus dem Erbvertrage nicht aus eigenmächtiger Absicht ausschlagen, um sie als gesetzlicher Erbe anzutreten.<sup>13)</sup>

VI. Der Vertragserbe hat die Pflichten eines gemeinrechtlichen Erben, namentlich in Betreff der Schuldenzahlung zu erfüllen, kann aber auch die Rechte desselben in Anspruch nehmen, insoweit nicht die Natur des Vertrags eine Abweichung nothwendig macht. Aus diesem Grunde ist der Vertragserbe nicht befugt, die Falcidische und Trebellianische Quart abzuziehen, da er die volle Auszahlung der Vermächtnisse und beziehungsweise die ungeschmälerte Restitution freiwillig übernommen hat.<sup>14)</sup> Ebenso wenig kommt ihm das Anwachsungsrecht zu, da die Regel: Nemo pro parte testatus u. s. w. für

---

„So weit Testamente wegen nicht eintreffender Bedingungen — — entkräftet oder vereitelt werden; so weit werden unter eben den Umständen auch Erbverträge rückgängig.“ — Oesterr. Gesetzbuch §. 1251. „Was von Bedingungen bei Verträgen überhaupt gesagt worden ist, muß auch auf Erbverträge zwischen Ehegatten angewendet werden.“

13) Vgl. Pr. A. L. R. a. a. D. §. 642. Dasselbe Princip kommt auch für Ehegatten in Betreff der statutarischen Erbgebühr zur Anwendung; s. Lehre von den Erbvertr. II. 2. S. 146. — Seuffert, Archiv V. Nr. 201.

14) Zu einem andern Resultat kommt Albrecht, kritische Jahrbücher v. 1842. S. 339—40., indem er sich auf den Grundsatz beruft, daß Verzicht nicht präsumirt werden. Aber von einem Verzicht handelt es sich hierbei nicht; vgl. Gerber, System §. 259. — Die cautio fideicommissorum servandorum causa muß dagegen auch von dem Vertragserben bestellt werden; s. Seuffert a. a. D. V. Nr. 206.

den Fall des Zusammentreffens der vertragsmäßigen Erbfolge mit der gesetzlichen oder testamentarischen nicht gilt.<sup>15)</sup> Die Möglichkeit einer stillschweigenden Substitution muß jedoch zugelassen werden: ob eine solche ausnahmsweise anzunehmen, ist nach den Regeln über die Auslegung der Verträge zu bestimmen.<sup>16)</sup>

VII. Der Vertragserbe hat die gewöhnlichen Erbschaftsklagen, wie der Testamentserbe, insbesondere die hereditatis petitio, welche in dieser Anwendung pactitia oder conventionalis genannt wird. Das remedium ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo aber, welches ein in formeller Hinsicht fehlerfreies Testament voraussetzt, ist ihm nur dann einzuräumen, wenn er einen in Testamentsform abgeschlossenen Erbvertrag vorzeigen kann.<sup>17)</sup>

### §. 160.

#### c. Gründe der Aufhebung.

Die allgemeinen Gründe, aus denen ein Vertrag überhaupt aufgehoben werden kann, z. B. der Vorbehalt des Rücktritts<sup>1)</sup>, äußern auch bei dem Erbeinsetzungsvertrage ihre regelmäßige Wirkung; es kommen aber außerdem bei demselben noch ganz besondere Beziehungen in Betracht.<sup>2)</sup>

I. Allgemein wird angenommen, und dafür besteht auch ein festes Gewohnheitsrecht, daß der Erbeinsetzungsvertrag sich nicht außerhalb der Einwirkung des römischen Notherbenrechts befin-

15) Mühlentuch, Fortsetzung von Glück's Commentar XXXVIII. S. 80—84. 339—49.

16) Weiter geht Dietz, allg. Encyclopädie XL. S. 423., indem er überhaupt den conjunctim eingesetzten Vertragserben das Anwachsungsrecht zuspricht.

17) Andere sind weniger streng, s. Leyser, meditt. ad pand. Sp. 43 med. 5. in f. — Pufendorf, observatt. jur. II. obs. 40. §. 2. — Thibaut, System II. §. 895. Note g.

1) Ein solcher Vorbehalt macht aber den Erbvertrag noch nicht zum Testamente, wie das Pr. A. L. R. Th. I. Tit 12. §. 635. vorschreibt; denn der Unterschied zwischen beiden Geschäften besteht nicht allein darin, daß das Eine widerruflich, das Andere unwiderruflich ist.

2) Vgl. im Allgemeinen Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 11.

det<sup>3)</sup>; über die Art und den Umfang dieser Einwirkung gehen jedoch die Ansichten auseinander. Einige nämlich folgen der Analogie der lieblosen Schenkung, und legen der Verletzung des Notherbenrechts durch den Erbeinsetzungsvertrag nur die Wirkung bei, daß eine Klage auf den Pflichttheil oder beziehungsweise dessen Ergänzung dadurch begründet wird<sup>4)</sup>; andere dagegen halten die für das Testament geltenden Rechtsgrundsätze in ihrer ganzen Strenge auch in Beziehung auf den Erbeinsetzungsvertrag für anwendbar.<sup>5)</sup> Die letztere Ansicht hat die Consequenz des Institutes für sich, und muß zur Geltung gelangen, insofern nicht particularrechtliche Abweichungen begründet sind. Eine feste gemeinrechtliche Praxis hat sich weder nach der Einen noch nach der andern Richtung hin gebildet.<sup>6)</sup>

Eine Enterbung kann in dem Erbvertrage in gültiger Weise nicht vorgenommen werden, selbst wenn die Form des Testaments für denselben angewandt worden ist; denn gerade

3) J. H. Mayer, diss. an et quatenus principia juris romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint. Gotting. 1805.

4) Freiburger Stadtr. v. 1520. Tract. III. Tit. 2. — „Der Kinder Pflichttheil unvergriffen“ — Baier. Landr. Th. III. Cap. 11. §. 1. Nr. 7. 13. — v. Kreittmayr, Anmerkungen a. a. D. Nr. 6. — C. F. Hommel, rhaps. quaestion. I. Nr. 203. in f. — Eichhorn, Einleitung §. 383. Nr. II. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 454. Nr. X. — Dieck a. a. D. §. 421.

5) B. Carpzov, jurispr. for. P. III. const. 1. def. 8. — S. Strykius, tractatus de success. ab intestato. Diss. VIII. cap. 5. §. 42. — Pufendorf, observatt. jur. II. obs. 173. §. 2. III. obs. 23. §. 3. — Strube, rechtliche Bedenken V. Nr. 125. — G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle I. Nr. 88. — Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XXXV. §. 83. 84. — XXXVIII. §. 59. ff. Auch die neueren Gesetzbücher behandeln in der Lehre vom Notherbenrechte die Testamente und Erbeinsetzungsverträge gleich, s. Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 481—82. vgl. Tit. 1. §. 444. — Destr. Gesetzbuch §. 1254.

6) Die Rechtsprüche in Seu ffert's Archiv IV. Nr. 138. 243. entscheiden sich für das bloße Pflichttheilsrecht; ein abweichendes Erkenntniß findet sich ebendas. I. Nr. 89. Vgl. besonders Archiv für das oldenburg. Recht III. Nr. 4.

die Widerruflichkeit des letzteren Geschäftes enthält eine wesentliche Milderung der Lehre von der Enterbung, welche eine ganz neue, unserem Rechtssysteme fremde Bedeutung bekommen würde, wenn sie auch vertragsmäßig mit einem Dritten festgestellt werden könnte.<sup>7)</sup>

II. Von der größten practischen Bedeutung ist die Frage, ob das Recht des Vertragserben auf die Nachfolge erlischt, wenn er vor dem Erblasser stirbt, oder ob er dasselbe auf seine Erben weiter überträgt. Der wechselseitige Erbeinsetzungsvertrag, nach welchem der Längstlebende von den Contrahenten zur Succession gelangt, kommt hierbei nicht in Betracht, und auch der Fall, wenn die Erben des Vertragserben ihm substituirt sind, erregt weiter keine Schwierigkeit; aber die principielle Erledigung der Frage im Allgemeinen ist sehr bestritten. Manche Juristen können sich nämlich von der Vorstellung nicht trennen, daß der vertragsmäßige Anspruch auf die Erbfolge als ein gegenwärtiges Vermögensrecht zu betrachten sei, und so wie sie dadurch zu der Annahme verleitet werden, daß es für den Vertragserben keiner Antretung der angefallenen Erbschaft bedürfe, so behaupten sie auch, daß derselbe, wenn er vor dem Erblasser stirbt, sein Recht auf seine Erben überträgt.<sup>8)</sup> Es müssen aber nach dem Wesen des Institutes, mit welchem die Absicht der Contrahenten in der Regel durchaus übereinstimmt, die allgemeinen Regeln über die Transmissio der Erbschaft auch hier zur Anwendung gebracht werden, so daß durch den früheren Tod des Vertragserben die Erbeinsetzung wirkungslos wird.<sup>9)</sup> Mit dieser Auffassung, welche auch die weitere Verfügung des

7) Dieß gegen Dieck a. a. D. S. 421.

8) J. H. Boehmer, exercitt. ad pand. II. ex. 31. cap. 2. §. 11. nr. 7. 10. — Mittermaier, Grundsätze II. §. 454. Nr. XVII. — Dieck a. a. D. S. 417. ff. Eine unhaltbare Mittelmeinung (Sichhorn, Einleitung §. 344.) stellt Alles auf die Absicht der Contrahenten.

9) C. G. Biener, opuscula academica, edd. F. A. Biener, II. Nr. 37. (quaest. cap. XLI.) — v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen IV. Nr. 71. — Gerber, System §. 206.

Vertragserben über das ihm bestellte Erbrecht ausschließt, stimmen die neueren Gesetzbücher überein.<sup>10)</sup>

III. Nach einer früher sehr verbreiteten Ansicht sollten nachgeborene Kinder den Erbeinsetzungsvertrag von Rechtswegen aufheben. Allein die Herbeiziehung einer singulären Bestimmung aus der Schenkungslehre, auf welche man sich deswegen berief, ist durchaus ungerechtfertigt.<sup>11)</sup> Auch für die Erbeinsetzung in Ehestiftungen hat die Geburt von Kindern nur insofern eine rechtliche Wirkung, als es sich um die Verletzung eines Nothervenrechts handelt; in diesem Sinne ist das Sprichwort: Kinderzeugen bricht Ehestiftung, zu erklären.<sup>12)</sup> — Ebenso wenig ist der Widerruf eines Erbeinsetzungsvertrags wegen Undankbarkeit zulässig; doch ließe sich vielleicht unter besonders erschwerenden Umständen die Aufhebung des Vertrags durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen.<sup>13)</sup>

## §. 161.

### II. Der Erbverzicht.

Im salischen Volksrechte kommt ein Geschäft vor, durch welches jemand sich von seiner Familie in allen ihren Beziehungen und also auch von dem Erbrechte lossagt<sup>1)</sup>; aber der eigentliche Erbverzicht, welcher nur eine Entäußerung des Erbrechts enthält, findet sich erst in den Rechtsquellen der zweiten Periode erwähnt. Als namentlich das Beispruchsrecht der

10) Pr. A. L. N. Th. I. Tit. 9. §. 367. — Oesterr. Gesetzbuch §. 1252. — Code civ. Art. 1089.

11) Man berief sich auf c. 8. C. de revocandis donationibus. Die richtige Ansicht haben Eichhorn, Einleitung §. 345. — Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar XXXVIII. S. 60. Note 38.

12) Lehre von den Erbverträgen II. 2. S. 143. ff. — Lebr. Dresves, das Recht der Erbgüter S. 127. Note \*.

13) Vgl. Burchar di, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 7.

1) L. Sal. tit. XLIII. De eo qui se de parentilla tollere vult. Vgl. C. A. Feuerbach, de universali fidejussione (Onoldi, 1826.) p. 76—79.

nächsten Erben aufkam, stellte sich die Zustimmung derselben zu Veräußerungen im Wesentlichen als ein Erbverzicht dar; außerdem wurde das Geschäft besonders gebräuchlich bei der Absonderung der Kinder aus der Here, und vornämlich in den adelichen Familien benutzt, um das Vermögen durch die Ausschließung weiblicher Erbrechte bei dem Mannsstamme zu erhalten. Als ein allgemein wirksames Institut ist der Erbverzicht in dem einheimischen Rechte nicht ausgebildet worden; in seiner späteren Entwicklung nahm er aber Theil an den Schicksalen, welche die Lehre von den Erbverträgen in der Doctrin erfuhr. Anfangs den Grundsätzen des römischen Rechts gemäß für ungültig erklärt, wurde er allmählich unter gewissen Voraussetzungen als rechtsbeständig anerkannt, und seit der Mitte des siebenzehnten Jahrhunderts gleich dem Erbeinsetzungsvertrage zu den allgemein gültigen Rechtsgeschäften gezählt.<sup>2)</sup>

I. Die ältere Theorie bezog den Erbverzicht nicht auf die Beerbung, sondern auf den Nachlaß, und nahm die stillschweigende Bedingung in das Geschäft auf: *Si hereditas fuerit delata*. Sie legte demselben daher nur eine obligatorische Wirkung bei. Diese Auffassung entsprach aber nicht dem Zweck des Institutes, wie es sich besonders im Familienrechte des Adels ausgebildet hatte, und widerspreche auch der systematischen Entwicklung, welche für die Lehre von den Erbverträgen in unserem Rechte durchgeführt worden ist. Der Erbverzicht ist vielmehr wie der Erbeinsetzungsvertrag unmittelbar auf die Beerbung gerichtet, indem er das Erbrecht, um welches es sich handelt, aufhebt, also vertragsmäßig eine Enterbung des Re-

---

2) Ueber die Geschichte des Erbverzichts s. überhaupt Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 5. 6. — II. 2. §. 24. 26. Schon D. Mevius (*Decision. III. dec. 270.*) gab auch für den unbeschworenen Erbverzicht *fundatam intentionem*. *Sic in Germania hodie per mores vulgatum est, ut non attenda amplius juris civilis veteris constitutione pacta successoria valeant, nec juxta hanc amplius jus dicatur, nisi ubi receptum reperitur. Non probata reliqua juris civilis observantia mores sequimur.*



nuncianten begründet.<sup>3)</sup> In diesem Sinne hat auch die neuere Gesetzgebung das Geschäft aufgefaßt.<sup>4)</sup>

II. Eine bestimmte Form des Erbverzichtes wird nach heutigem gemeinen Rechte nicht gefordert. Das ältere deutsche Recht hatte auch hier die Gerichtlichkeit<sup>5)</sup> und das kanonische Recht schrieb, um das Geschäft gegen das römische Verbot aufrecht zu erhalten, die eidliche Bestärkung vor<sup>6)</sup>; aber mit der allgemeinen Anerkennung desselben verlor diese Bestimmung ihre Bedeutung und wurde nicht weiter beachtet.<sup>7)</sup> Auch die Particularrechte haben über die Form des Erbverzichtes nur selten durchgreifende Vorschriften.<sup>8)</sup>

III. Das Geschäft wird zwischen dem künftigen Erben

3) Daher hat Haffe, rhein. Museum II. S. 151. für das Geschäft die Bezeichnung Enterbungsvertrag gewählt. — Die älteren Abhandlungen über den Erbverzicht hat J. Schilter gesammelt unter dem Titel: tractatus praecipui de renunciationibus. Argentor. 1701. 4. Es sind unter denselben besonders die Arbeiten von S. Siphanius (de renunciationibus tractatus) und Barth. Kellenbenz (de renunciatione successionum — quaestiones aliquot) auszuzeichnen. Bei ihnen findet sich auch schon in Annäherung an die richtige Theorie das pactum de non petendo in rem conceptum. Ueber das geltende Recht s. überhaupt Lehre von den Erbverträgen II. 2. §. 25.

4) Das Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 649., welches dem Erbverzicht nur eine beschränkte Geltung einräumt, bezieht denselben freilich noch auf die Erbschaft; aber das Oesterr. Gesetzbuch §. 537. bestimmt: „Hat der Erbe den Erblasser überlebt, so geht das Erbrecht auch vor Uebernahme der Erbschaft — — auf seine Erben über, wenn es /anders durch Entfagung oder auf eine andere Art noch nicht erloschen war.“ Ebenso das Bai. Landr. Th. III. Cap. 11. §. 2—9. Der Code civ. Art. 791. verbietet das Geschäft unbedingt.

5) Sächf. Landr. B. I. Art. 13. §. 2.

6) cap. 2. de pactis in VI.

7) Der letzte Jurist, der meines Wissens den Eid für nothwendig hielt, und zwar aus einem, der päpstlichen Decretale irrthümlich untergelegten Grunde, war Leyser, meditt. ad pand. Sp. 45. Vgl. Eichhorn, Einleitung §. 349. Note c. — Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen II. S. 266—67.

8) Dieck, allgemeine Encyclopädie von Ersch und Gruber, XL. S. 426. ff.

und demjenigen, auf dessen Beerbung verzichtet wird, abgeschlossen; theilhaftig sich der letztere nicht als Hauptcontrahent dabei, so liegt ein Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten vor. Wenn der Renunciant noch minderjährig, so bedarf es der Zustimmung des Vormundes zur Rechtsbeständigkeit des Verzichtes; ein obrigkeitliches Veräußerungsdecret ist nur für die Entfagung auf ein Notherbenrecht erforderlich.

IV. Der Verzicht kann sich auf jede Art des Erbrechts erstrecken, auch auf ein testamentarisches, was unter Umständen von Bedeutung ist, wenn z. B. der Erblasser die Aenderung seines Testaments vermeiden will. Aus der Aufhebung des Erbrechts folgt aber,

a. daß der Erblasser hinsichtlich der freien Verfügung über seine Beerbung durch das Recht des Renuncianten nicht mehr beschränkt ist, indem in dem Verzichte auf das gesetzliche Erbrecht auch der auf den Pflichttheil liegt;

b. daß der Renunciant aus der Reihe der Erben entfernt wird, so daß, wenn keine Verfügung von Todes wegen vorliegt, der nächste gesetzliche Erbe an seine Stelle tritt.<sup>9)</sup>

V. Bei der Berechnung des Pflichttheils für Andere wird der Renunciant nicht mehr mitgezählt.<sup>10)</sup>

VI. Was der Renunciant sich als Gegenleistung bei dem Verzichte ausbedungen hat, erwirbt er *titulo speciali* und nicht als Erbtheil, — eine Regel, die namentlich auch dann eintritt, wenn Kinder bei der Absonderung aus der Mese der Beerbung ihrer Eltern entsagt haben.<sup>11)</sup>

VII. Der Erbverzicht kann nur das Erbrecht des Renun-

9) Diese wichtigste Folge des Erbverzichts läßt Gerber, System §. 264. Note 1. bei seiner im Sinne der älteren Theorie gefaßten Begriffsbestimmung ganz verloren gehen.

10) Oesterr. Gesetzb. §. 767. — Franke, das Recht der Noth- erben S. 216. ff. — Mühlenthal, Fortsetzung von Glück's Com- mentar XXXV. S. 265. ff.

11) Heise und Croy, jurist. Abhandlungen II. Nr. 8. §. 8.

cianten erfassen, nicht aber das seiner Erben, insofern es selbständig begründet ist, — selbst wenn das Geschäft ausdrücklich auf die letzteren ist ausgedehnt worden. Hat daher ein Kind den Eltern gegenüber sich seines Erbrechts begeben, und stirbt vor denselben, so bleibt der Anspruch der nachgelassenen Enkel unverfehrt. Diese sind nur verpflichtet, dasjenige, was etwa der Verstorbene als Abfindung für den Verzicht erhalten hat, bei der Beerbung der Großeltern einzuwerfen<sup>12)</sup>; von diesem Grundsatz ist allein in dem Falle, wenn die Absonderung der Kinder aus der Here particularrechtlich als eine definitive behandelt und auch auf die Nachkommen bezogen wird, eine Ausnahme zu machen.<sup>13)</sup>

VIII. Eine eigenthümliche Stellung nimmt der Erbverzicht unter dem Adel ein; das Geschäft hängt aber in dieser Anwendung so genau mit den allgemeinen Lehren des Adelsrechts zusammen, daß es erst später in Verbindung mit denselben passend erörtert wird.<sup>14)</sup>

---

## Drittes Kapitel.

### Die Testamente.

#### §. 162.

##### Im Allgemeinen.

Neben den Vergabungen von Todes wegen, welche dem Bedachten ein sofort wirksames unwiderrufliches Vermögensrecht einräumten, kamen bei den Deutschen schon früh einseitige letzt-

---

12) Hartm. Pistoris, quaest. jur. IV. qu. 7. — S. Strykius, tractatus de successione ab intest. Diss. VIII. cap. 10. §. 78..

13) D. Mevius, comm. ad jus Lub. p. II. tit. 2. art. 33. nr. 151. sqq. — Lehre von den Erbverträgen II. 2. §. 249. ff. 324—25.

14) Wgl. a. a. D. §. 26. 27.

willige Verfügungen unter dem Namen der Testamente vor. Sie sind dem römischen Rechte nachgebildet, indem dieses entweder unmittelbar auf einzelne Volksrechte einwirkte, oder später unter Vermittlung der Geistlichkeit seinen Einfluß geltend machte. Anfangs vorzugsweise bei Zuwendungen zu frommen Zwecken gebraucht<sup>1)</sup>, erlangten diese Testamente nach und nach einen weiteren Wirkungskreis, und wurden seit dem dreizehnten Jahrhundert in manchen Städten die gewöhnliche Geschäftsform für Verfügungen von Todes wegen. Von den deutschen Vergabungen unterschieden sie sich stets durch die Einseitigkeit und Widerruflichkeit; die feineren Bestimmungen der römischen Testamentlehre, insbesondere über die Nothwendigkeit der Erbesetzung und über die Anwendung eines eigenthümlichen Formalismus, wurden jedoch nicht beachtet. Die älteren Testamente pflegten vielmehr eine Anzahl einzelner Vermächtnisse zu enthalten, deren Vollstreckung durch die Einsetzung besonderer Executores gesichert ward.<sup>2)</sup>

Seit der Aufnahme des römischen Rechts ist dasselbe nun auch im Allgemeinen für die Testamente geltend geworden; doch kommen noch Abweichungen von demselben vor, welche, insofern sie zu selbstständigen Instituten geführt haben, in den folgenden §§. zu erörtern sind. Hier nur folgende Bemerkungen.

I. Was zunächst die Form der Testamente betrifft, so hat sich die im kanonischen Recht gestattete Abfassung vor dem Pfarrer und zwei Zeugen nur noch in einzelnen Particularrechten erhalten<sup>3)</sup>; von überwiegender Wichtigkeit ist dagegen das

1) Pro anima, zum Heil der Seele, daher Seelgiften, Seelgeräthe genannt.

2) Vgl. überhaupt Lehre von den Erbverträgen I. §. 14. — Pauli, Abhandlungen aus dem Sächsischen Rechte III. S. 156—464. Abweichende Ansichten über den Ursprung der deutschen Testamente bei Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 455. — Albrecht, die Gewere S. 209. ff.

3) c. 10. X. de testamentis. — J. H. Boehmer, J. E. P. III. 26. §. 4. — Glück, Commentar XXXIV. S. 185—86.

gerichtliche Testament geworden, und zwar in den beiden Arten der Errichtung vor dem Gerichte (*testamentum in jure conditum*) und der Uebergabe an das Gericht (*testamentum judici oblatum*).<sup>4)</sup> Von besonderen particularrechtlichen Formen ist namentlich die Errichtung des Testaments vor Rathmännern oder, nach neueren Gesetzen, vor deputirten Gerichtsmitgliedern zu erwähnen.<sup>5)</sup>

II. Damit ein Testament als solches gelte, ist die Erbesetzung wesentlich; Ausnahmen von diesem Grundsatz im Sinne des älteren Rechts kommen nur noch in wenigen Statutarrechten vor.<sup>6)</sup>

III. Die Natur des Testaments als einer letztwilligen Verfügung bedingt die Widerruflichkeit desselben. *Ultima voluntas ambulatoria est*. Dadurch wird jede Einwirkung des Vertrages auf das Testament fern gehalten, und weder das Versprechen, jemanden in einem Testament zum Erben einzusetzen, noch die Verabredung, daß das Testament unwiderruflich sein soll (*pactum de non mutando testamento*), ist von rechtlicher Wirkung.<sup>7)</sup> Anders verhält es sich natürlich, wenn entweder die Absicht der Betheiligten gar nicht darauf gerichtet war, ein Testament zu

4) Ausführlich handelt über diese Formen Mittermaier, Grundsätze II. §. 461.

5) Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 1. Art. 2. — Frankfurt. Reform. Th. IV. Tit. 1. §. 2. — Pr. A. R. R. Th. I. Tit. 12. §. 66—71.

6) Nürnberger Reformation v. 1565. Tit. 29. Gef. 9. — Hamburg. Stadtr. Th. III. Tit. 1. Art. 22.

7) Für diese strenge Auffassung spricht die Natur des Institutes, welche auch von der deutschen Jurisprudenz im Ganzen consequent durchgeführt worden ist. Auffallender Weise ist Mühlbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XXXVIII. S. 209. ff. in dieser Frage von der gemeinen Meinung abgewichen, aber aus sehr unzureichenden Gründen; vgl. Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 12. Auch das englische Recht hält an demselben Princip fest, s. W. Blackstone, comment. on the laws of England B. II. chapt. 32. Though I make a last will and testament irrevocable in the strongest words, yet I am at liberty to revoke it: because my own act or words cannot alter the disposition of law, so as to make that irrevocable, which is in it's own nature revocable.

begründen, oder in Folge einer späteren Willensänderung das einseitige Geschäft in einen Erbeinsetzungsvertrag umgesetzt worden ist. <sup>8)</sup>

## §. 163.

## Das wechselseitige Testament.

Wollen mehrere Personen sich gegenseitig zu Erben einsetzen, so können sie dieß in verschiedenen, von einander unabhängigen Testamenten thun; es ist ihnen aber auch gestattet, ihre Verfügungen in Einen Act zusammen zu fassen, und dann liegt ein wechselseitiges Testament (*testamentum mutuum s. reciprocum*) vor. Ein solches Testament wird ein *correspondentes* genannt, wenn die Testatoren ihre Anordnungen so getroffen haben, daß sie nur mit und neben einander gelten können, indem die Willensbestimmung des Einen mit Rücksicht auf die entsprechende Willensbestimmung des Andern gefaßt ist. <sup>1)</sup>

Verfügungen dieser Art kommen fast nur unter Ehegatten vor, und neuere Gesetzgebungen lassen sie auch nur in dieser Anwendung zu. <sup>2)</sup> Wechselseitige Zuwendungen unter Ehegatten waren nämlich von jeher bei den Deutschen gebräuchlich und wurden ursprünglich in der Form der Vergabung von Todes wegen beschafft. Später bot sich der Erbeinsetzungsvertrag als

8) Zu weit gehen v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen VI. Nr. 79. u. a., wenn sie annehmen, das Versprechen, ein bereits errichtetes Testament nicht ändern zu wollen, enthalte einen Erbvertrag; vgl. Buchka, Zeitschrift für deutsches Recht XII. S. 216. Note 6.

1) Das Baier. Landr. Th. III. Cap. 4. §. 10. 11. unterscheidet noch das *testamentum simultaneum*, wenn Mehrere in derselben Urkunde testiren, ohne sich gegenseitig zu Erben einzusetzen, — eine Geschäftsform, welche auch den Römern bekannt war, s. Const. Nov. Valentiniani III. de testam. (*jus civ. antejust. Berol. II. p. 1320.*)

2) Pr. A. L. R. Th. II. Tit. 1. §. 482. — Oesterr. Gesetzbuch §. 1248. Nach gemeinem Rechte ist diese Beschränkung nicht anzunehmen; vgl. Baier. Landr. a. a. D. §. 10. — Strippelmann, neue Sammlung VI. S. 500.

das für solche Verfügungen angemessene Geschäft dar, und er wird auch zu diesem Zwecke gebraucht, sowohl in Ehe Stiftungen als auch in selbständiger Anwendung. Ganz ungeeignet, um den beabsichtigten Erfolg zu erreichen, erscheinen dagegen in der Regel die römischen letztwilligen Verfügungen und namentlich die Testamente; denn das Princip der Widerruflichkeit schließt, wenn Mehrere zusammen testiren, eine wahre Zweiseitigkeit der Willensbestimmungen und die Sicherheit ihrer Dauer aus. Bei den Römern, welche eine Einwirkung des Vertrags auf die Beerbung in keiner Weise zuließen, konnte es nicht wohl vorkommen, daß man durch wechselseitige Erbeseinzetzungen in Testamenten zu einem Ziele zu gelangen suchte, welches unmittelbar durch den Erbvertrag nicht angestrebt werden durfte; die neuere deutsche Jurisprudenz aber, welcher dieses Hinderniß nicht entgegenstand, brauchte überhaupt nicht zu einem Geschäft zu greifen, dessen Natur der ihm angesonnenen Aufgabe widerspreche, da in dem Erbvertrage ein angemessener Ersatz für die Vergabung geboten war.<sup>3)</sup> Allein unsere Jurisprudenz hat sich durch diese nahe liegenden Bedenken nicht bestimmen lassen, die Testamente von dem oben bezeichneten Gebiete fern zu halten; sie hat vielmehr die wechselseitigen Testamente, insbesondere unter Ehegatten in die Praxis eingeführt und über dieselben eine ausführliche Theorie entwickelt, deren Schwäche und Schwankungen sich aus der Beschaffenheit des Institutes selbst leicht erklären.<sup>4)</sup>

3) Auch fehlt es nicht an Gesetzen, welche das wechselseitige Testament ganz verbieten, s. Rev. Lüb. Recht B. II. Tit. 1. Art. 10. — Code civ. Art. 968.

4) Das Hauptinteresse der Lehre liegt in der Frage, ob die wechselseitigen Testamente widerruflich oder unwiderruflich sind, und auf diesen Punkt bezieht sich auch hauptsächlich die Litteratur. Unter den neueren Bearbeitungen sind zu nennen: v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen IV. Nr. 29. — C. G. Biener, opusc. acad. edd. F. A. Biener II. Nr. 37. (quaest. cap. XL.) — Haffe im rhein. Museum III. S. 239. ff. — Mühlbruch, Fortsetzung von Glüß's Commentar XXXVIII.

I. Das wechselseitige Testament wird äußerlich als Ein Geschäft angesehen, so daß es zur Errichtung desselben nur der einfachen Form des Privattestaments bedarf.

II. Wenn nicht eine particularrechtliche Norm oder die ausdrückliche Willensbestimmung der Testatoren entgegensteht, so tritt der Zeitpunkt der Eröffnung ein, wenn Einer der Letzteren gestorben ist.<sup>5)</sup>

III. Das allgemeine Princip der Lehre kommt auch für das wechselseitige Testament zur Anwendung. Dasselbe ist widerruflich, und zwar kann der Eine Testator seine Verfügung aufheben oder abändern, ohne daß die des Andern davon berührt wird. Diese Auffassung wurde von der älteren Theorie consequent durchgeführt<sup>6)</sup>; allein der Umstand, daß das bloß äußerliche Zusammenfassen mehrerer neben einander stehenden Willensbestimmungen selten in der Absicht der testirenden Ehegatten liegt, führte zu Abweichungen von dem streng römischen Princip. Gewöhnlich nämlich verhält sich die Sache so, daß entweder Eheleute, welche mit einander in Gütergemeinschaft leben, sich des wechselseitigen Testamentes bedienen, um über das Ehevermögen zum Besten ihrer beiderseitigen Verwandten oder anderer Personen eine gemeinsame Anordnung zu treffen<sup>7)</sup>, — oder daß sie, wenn keine Gütergemeinschaft unter ihnen statt

§. 214. ff. — Lehre von den Erbverträgen II. 1. §. 13. — Strippelmann, neue Sammlung VI. Nr. 37.

5) Strippelmann a. a. O. V. 1. Nr. 14.

6) Eine principielle Begründung derselben findet sich zuerst bei Oldradus Pontanus Laudensis, consilia Nr. 174.

7) Nach dem Princip der ehelichen Gütergemeinschaft ließe sich die Ansicht rechtfertigen, daß eine solche gemeinsame Verfügung der Ehegatten über das Ehevermögen als von Einer Person ausgegangen zu betrachten sei und daher, wenn nach Auflösung der Ehe durch den Tod des Einen Ehegatten der ursprüngliche Testator nicht mehr widerrufen kann, als unumstößlich gelten müsse. Allein in dieser Consequenz findet sich der Begriff des Gesamteigenthums bei der Formulirung der wechselseitigen Testamente nicht durchgeführt; vielmehr pflegen die gemeinsamen Anordnungen durch die wechselseitige Erbeseinsetzung eingeleitet und vermittelt zu werden.



findet, durch wechselseitige Erbeinsetzung dem Ueberlebenden den Nachlaß des zuerst Verstorbenen zuwenden, und dann über die vereinigte Gütermasse weiter verfügen. In beiden Fällen widerstrebt es nun der Natur des Rechtsverhältnisses, den einseitigen Rücktritt des Einen Testators von der gemeinsamen testamentarischen Anordnung zuzulassen. Das durchgreifendste Mittel gegen diesen Uebelstand wäre freilich, das wechselseitige Testament einfach für einen Erbeinsetzungsvertrag zu erklären, und in der That hat diese Auffassung auch ihre Vertreter gefunden.<sup>8)</sup> Allein sie steht, wenn es nicht im einzelnen Fall festgestellt werden kann, daß wirklich ein solches Geschäft beabsichtigt worden ist, mit den allgemeinen Regeln über Auslegung der Rechtsgeschäfte doch in einem zu schroffen Widerspruch, um zur Geltung gelangen zu können.<sup>9)</sup> Schon früher hatte man indessen auf andere Wendungen gefonnen, um der strengen Consequenz der Testamentslehre aus dem Wege zu gehen. Man gelangte nämlich zu der Ansicht, daß bei dem correspondirenden Testamenten der Widerruf des Einen Testators auch die gegenüberstehende Verfügung unwirksam mache<sup>10)</sup>, und ging dann noch einen Schritt weiter, indem man annahm, daß der Ueberlebende durch die Antretung der Erbschaft aus dem Testamente auch seine eigene Verfügung bindend und das Ganze unwiderruflich mache. Vom Standpunkte des römischen Rechts läßt sich gegen diese letztere Auffassung Erhebliches einwenden; allein sie wird durch die Geschichte des wechselseitigen Testaments in

8) v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen a. a. D. §. 7. 8.

9) C. G. Biener, opusc. acad. l. c. — Haffe a. a. D. III. S. 259. So viel läßt sich indessen zugeben, daß die Bezeichnung der Verfügung als eines Testaments für die Auslegung nicht schon allein entscheidend ist; s. Pütter, auserlesene Rechtsfälle I. Nr. 42. — Eichhorn, Einleitung §. 343. Note g.

10) D. Mevius, comm. ad jus Lub. p. II. tit. 1. art. 10. nr. 39—43. — J. S. Stryke, de testamentis conjugum reciprocis (S. Stryk. opp. XI. diss. 26.) §. 79.

der deutschen Jurisprudenz und durch die Natur der Rechtsverhältnisse, auf welche es bezogen wird, gerechtfertigt und kann daher jedenfalls als ein Ergebnis des neueren Gewohnheitsrechts aufrecht erhalten werden.<sup>11)</sup>

## §. 164.

## Die Testamentsvollstreckung.

Da die älteren Testamente, welche bereits vor der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland vorkamen, nur aus einzelnen Vermächtnissen bestanden, welche auf den Nachlaß gelegt wurden, so mußte es von besonderer Wichtigkeit erscheinen, ihre Vollstreckung unabhängig von dem guten Willen der gesetzlichen Erben zu machen. Zu diesem Behuf bediente man sich gewisser Mittelspersonen, der Testamentarien, Treuhänder, Executores, Provisoren und wie sie sonst noch genannt wurden, welche von dem Testator im Testament ernannt wurden, um in seinem Namen den Nachlaß zu reguliren, denselben zu vertheilen und insbesondere die Ausrichtung der Vermächtnisse zu beschaffen. Man übertrug zu diesem Zweck das Institut der

---

11) Daß die Erbschaftsantrittung das correspondirende Testament unwider-  
rücklich mache, hat zuerst C. F. Hommel, rhapsodia quaest. I. obs. 166.  
behauptet. Die Ansicht fand bald entschiedenen Beifall, s. Pr. A. L. R.  
Th. II. Tit. 1. §. 492., ward aber von Gasse, rhein. Museum III. S.  
500-49. bekämpft, dem ich mich früher angeschlossen habe, s. Lehre von  
den Erbvertr. II. 1. §. 13., während Mühlenbruch, Commentar XXXVIII.  
S. 240. ff. die ältere Theorie vertheidigte. Allein vom Standpunkte der  
römischen Testamentlehre halte ich das für vergeblich, und kann auch nicht  
finden, daß Buchka, Zeitschrift für deutsches Recht XII. Nr. 6. der Streit-  
frage die rechte Seite abgewonnen hat. Denn wenn er Alles auf den Satz  
stellt, daß jetzt der Testirfreiheit gültig entsagt werden könne, so überflieht  
er die Bedeutung der Vorfrage, ob dieß auch bei Geschäften, die ihrer  
Natur nach letztwillig sind, geschehen kann. Das pactum de non mutando  
testamento, dessen Zulässigkeit nur eine Consequenz jenes Satzes sein würde,  
will er selbst doch auch nicht gelten lassen. Indessen glaube ich jetzt nach  
wiederholter Prüfung, daß sich die im Text aufgestellte Ansicht rechtfertigen  
läßt, s. besonders Strippelmann, neue Sammlung VI. Nr. 37. Vgl.  
ebendas. II. Nr. 25. und Seuffert, Archiv II. Nr. 72. — IV. Nr. 204.

Salmannen, durch deren Vermittlung die Vergabung von Lohes wegen häufig zu geschehen pflegte, auf das letztwillige Geschäft<sup>1)</sup>, benutzte aber auch die Vormundschaft, welche für Verstorbene bestellt werden konnte, zur weiteren Ausbildung der Testamentsvollstreckung, indem man insbesondere in manchen Stadtrechten die Vertretung des Erblassers durch die Testamentarien so weit ausdehnte, daß ihnen auch die Vogtei über dessen Wittve und Kinder übertragen wurde.<sup>2)</sup> Das kanonische Recht schloß sich dieser Rechtsentwicklung an, indem es gleichfalls die Vollstreckung der Testamente den vom Testator ernannten Executoren unter Aufsicht der Bischöfe überließ.<sup>3)</sup>

Als später die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland statt fand, und die Testamentslehre in ihrem ganzen Umfange zur Geltung gelangte, konnte man, da nun eine Erbesetzung im Testamente vorgenommen werden mußte, der Einrichtung besonderer Testamentsvollzieher entbehren. Auch stand dieselbe mit dem römischen Rechte nicht in Einklang, da dieses dem Testator nicht die Machtvollkommenheit beilegt, die Vollstreckung des letzten Willens von der Person des Erben zu trennen. Allein man hatte sich einmal an das Institut gewöhnt und behielt es für das, im Uebrigen nach dem Vorbilde des römischen Rechts eingerichtete Testament bei, indem man einen Werth darauf legte, daß der Testator die Ausrichtung seines Willens und namentlich auch die Regulirung des Nachlasses geschäftskundigen, besonders betrauten Personen übertragen könne. Die Jurisprudenz des sechzehnten und siebenzehnten Jahrhun-

1) Albrecht, die Gewere §. 23. — Lehre von den Erbverträgen I. §. 15. 16. — Pauli, Abhandlungen III. S. 308—16.

2) Kraut, die Vormundschaft I. S. 11. 31. ff. 263. ff. — Pauli a. a. O. S. 316. ff.

3) cap. 3. 6. 17. 19. X. de testamentis. — Guiel. Durandus, speculum juris lib. II. p. 2. De instrumentorum editione §. 13. Vgl. überhaupt meine Abhandlung von den Testamentsvollziehern in der Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 144—228. 522—23.

berts bediente sich bei der Entwicklung dieser Lehre der Analogie der Vormundschaft, auf welche sie theils durch den Vorgang der älteren Stadtrechte, theils aber durch den Umstand hingewiesen ward, daß eine von dem Willen der Erben unabhängige Vertretung des Erblassers statt fand, welche regelmäßig auch eine gewisse Güterverwaltung in sich schloß.<sup>4)</sup> Die ältere Gesetzgebung folgte dieser Auffassung<sup>5)</sup>; allein im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts machte sich eine andere Ansicht von dem Wesen des Institutes geltend. Indem man nämlich die Punkte, in welchen die Anwendung der Vormundschaftslehre bedenklich erschien, mit besonderem Nachdruck hervorhob, ließ man diese Analogie fallen und nahm an deren Statt ein Mandatsverhältniß an, welches durch die Bestellung des Executors von Seiten des Testators begründet werden sollte.<sup>6)</sup> Dieser Ansicht sind wieder die neueren Gesetzgebungen gefolgt<sup>7)</sup>; allein sie ist juristisch unhaltbar und trifft nicht das Wesen der Sache. Denn an

4) *Executores ultimorum voluntatum tutoribus equiparantur.* C. J. Mynsinger, *responsa jur. dec. IV. resp. 35. nr. 24.* — A. Faber, *errores pragmat. dec. LXVI. err. 6—10.* — B. Carpzov. *jurispr. Rom. Saxon. p. III. const. 13. def. 37. 38.* — *Opus dec. p. II. dec. 159.* — D. Mevius, *comm. ad jus Lub. p. II. tit. 1. art. 15.* — *Consilia Tubing. vol. II. cons. 52. nr. 4—8.* — W. A. Lauterbach, *de executoribus volunt. ultt. Tubing. 1668.* — S. Stryke, *de officio executoris ultt. volunt. in opp. vol. X. disp. 10.*

5) *Nürnberg. Reform. v. 1565. Tit. 22.* — *Frankf. Reform. Th. IV. Tit. 11.* — *Württemberg. Landrecht Tit. 27.* Ueber die Stellung der Lehre im neueren Sächsischen Rechte s. Pauli a. a. D. §. 17.

6) H. de Cocceji, *exercit. curios. vol. II. disp. 47.* — F. G. Zoller, *de executoribus ultt. volunt. Lips. 1763.* — Klapproth, *Abhandlung von Testamenten (Göttingen, 1782.) §. 110.* und die neueren Romanisten, besonders Mühlenthal, *Fortsetzung von Glück's Commentar XLIII. S. 390—448.* Einige wollen jedoch die Lehre nach dem Recht des arbiters construiren, s. Leysen, *medit. ad pand. spec. 374. med. 8.* — Hellfeld, *jurisprud. for. §. 1503.* — Rosshirt, *Zeitschrift für Civilrecht und Criminalrecht Heft II. S. 217—33.*

7) *Pr. A. L. R. Th. I. Tit. 12. §. 557—62.* — *Oesterr. Gesetzbuch §. 816.*

ein Mandat der Erben welches diese nicht ertheilt haben und nicht verändern oder zurücknehmen können, ist natürlich nicht zu denken; ein Mandat des Erblassers, welches erst nach dessen Tode wirksam werden soll, ist überhaupt unzulässig und kann hier so wenig wie bei dem Fideicommiss untergelegt werden. Der Auftrag, den der Testator den Executoren ertheilt, ist vielmehr eine letztwillige Anordnung, dazu bestimmt, die Erben ganz oder theilweise von der Vollziehung seines Testaments auszuschließen. Diese dem römischen Recht fremde Einrichtung ist gewohnheitsrechtlich ausgebildet worden; sie enthält eine Erweiterung der Testirfreiheit und begründet eine Repräsentation des Erblassers durch den Executor, welche im Gegensatz zu der materiellen Vermögensvertretung durch den Erben als eine formelle sich darstellt.<sup>8)</sup>

I. Die Testamentsvollstrecker werden durch den Testator bestellt. Auch die Erben können allerdings in Erbschaftsangelegenheiten Bevollmächtigte ernennen, aber diese stehen unter den gewöhnlichen Grundsätzen des Mandats und hängen mit dem hier behandelten Institut nicht zusammen.<sup>9)</sup> — Eine Verpflich-

---

8) Eine selbständige Entwicklung der Lehre hat der Code civ. Art. 1025—34., während das Baier. Landrecht Th. III. Cap. 2. §. 15—20. auf Grund der älteren Theorie die Analogie der Vormundschaft maaßgebend sein läßt, was sich auch wohl in der Praxis einzelner Länder wiederholen wird. Unter den neueren Rechtslehrern erkennen manche die selbständige Bedeutung des Institutes an, und halten insbesondere die Annahme eines Mandatsverhältnisses nicht für ausreichend zur rechtlichen Beurtheilung desselben, ohne jedoch ein leitendes Princip aufzustellen; s. v. Kreittmayr zum Baier. Landr. a. a. D. §. 15. — F. A. Dürr, de manusdelibus, Mogunt. 1762. und in A. Schmidt, thesaurus jur. eccl. tom. VI. nr. 8. p. 328—81. — Hofacker, principia jur. civ. tom. II. lib. 5. tit. 3. — Günther, principia jur. rom. priv. noviss. II. §. 803. — Scholz III., über Testaments-Vollzieher, Altenburg, 1841. — Wolff, Lehrbuch I. §. 194. Der im Text aufgestellten, in der angef. Abhandlung von mir näher begründeten Ansicht folgen Mittermaier, Grundsätze (7. Aufl.) §. 464. — Phillips, Grundsätze II. §. 176. — Strippelmann, neue Sammlung V. Nr. 25. Vgl. auch Pauli a. a. D. §. 15—17.

9) Die Ansicht von Leyser, meditt. ad pand. spec. 374. med. 4.,

tung zur Uebernahme des ihnen anvertrauten Geschäftes besteht für die Executoren nicht; haben sie es aber einmal übernommen, so dürfen sie es nicht willkürlich wieder aufgeben.

II. Ueber die rechtliche Stellung der Testamentsvollstrecker und den Umfang ihrer Obliegenheiten und Befugnisse entscheidet zunächst der Wille des Testators, welcher nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung der Testamente festzustellen ist.

III. Nach diesem Princip muß auch, wenn das Particularrecht keinen weiteren Anhalt gewährt, im Zweifel die Frage entschieden werden, ob dem Executor nur die Verpflichtung obliegt, für die Aufrechthaltung und Vollziehung des Testaments Sorge zu tragen, oder ob er auch die Regulirung des Nachlasses und die damit verbundene Verwaltung zu übernehmen hat. Gewöhnlich wird es freilich die Absicht des Testators sein, ihm auch das letztere Geschäft zu übertragen; doch läßt sich nicht unbedingt eine Vermuthung dafür aufstellen.<sup>10)</sup>

IV. Im Allgemeinen hat der Executor auf die Erklärung der Erben wegen der Antretung der Erbschaft zu dringen; wird das Testament angefochten, so kann er unter Zuziehung der Betheiligten die Vertheidigung übernehmen, oder, falls die Erben belangt sind, ein Interventionsrecht geltend machen. Er muß ferner über die genaue Erfüllung der letztwilligen Verfügung wachen, und kann zu diesem Behuf die erforderliche Auskunft von den Betheiligten verlangen.

V. Ist dem Executor auch die Regulirung des Nachlasses übertragen worden, so stehen ihm wie überhaupt bei der Güterpflege Verwaltungsbefugnisse zu, für welche die Vormundschaftslehre im Allgemeinen die geeignete Analogie darbietet. Er hat ein Inventar zu errichten, den Besitz der Erbschaftsachen zu ergreifen, die ausstehenden Forderungen einzutreiben, die Schul-

---

daß auch die Erben s. g. *executores pactitii* bestellen können, ist ohne Einfluß auf die Praxis geblieben.

10) Strippelmann a. a. D. S. 288—89.

den zu bezahlen, und überhaupt die Erbmasse in ihrem Activbestande rein herzustellen, damit sie an die Erben und Vermächtnißnehmer vertheilt werden kann. Zu Veräußerungen ist er dagegen nur ausnahmsweise befugt, wenn nämlich die Anordnung des Testators ihn dazu ermächtigt, oder eine rechtliche Verpflichtung vorliegt, oder die Veräußerung sich in den Grenzen der gewöhnlichen Wirthschaftsführung hält. — Bei Ausrichtung dieser Geschäfte muß der Executor die möglichste Beschleunigung eintreten lassen, ohne daß ihm jedoch gemeinrechtlich eine bestimmte Frist dazu vorgeschrieben ist.<sup>11)</sup>

VL Mehrere Testamentvollstrecker haben, insoweit die Geschäfte nicht vom Testator unter ihnen vertheilt sind, dieselben so viel möglich gemeinsam zu führen, wenn auch in dringenden Fällen Einer allein handeln kann.<sup>12)</sup> Haben sie unter sich nach Uebereinkunft die Geschäftsführung getheilt, so sind sie doch solidarisch aus derselben verhaftet.<sup>13)</sup>

VII. Der Executor muß alle Sorgfalt aufwenden<sup>14)</sup>; Kosten und Auslagen, die als Erbschaftsschuld zu behandeln sind, kann er ersetzt verlangen, dagegen hat er keinen Anspruch auf ein Honorar, wenn der Testator ihm ein solches nicht ausgesetzt hat.<sup>15)</sup>

11) Particularrechte haben über diesen Punkt besondere Bestimmungen, s. Nürnberg. Reform. Tit. 22. Gef. 2. — Frankf. Reform. Th. IV. Tit. 11. §. 7. — Württemb. Landr. Tit. 27 §. 4. Die ältere gemeinrechtliche Theorie war auch geneigt, eine solche Frist anzunehmen, kam aber zu keinem Einverständnis über deren Dauer.

12) cap. 2. de testamentis in VI. — Frankf. Reform. a. a. D. §. 6. — Württemb. Landr. a. a. D. §. 3. — Baiet. Landr. Th. III. Cap. 2. §. 19.

13) Code civ. Art. 1033. Eine solidarische Verhaftung bloß für gemeinschaftliches Handeln gelten zu lassen, (s. Zeitschrift für deutsches Recht IX. S. 202.) halte ich nicht mehr für richtig.

14) Die Analogie der Vormundschaft, die ich früher für den nicht salarirten Executor angenommen habe (a. a. D. S. 523.), paßt hier nicht, weil der Vormund zur Uebernahme seines Amtes verpflichtet ist.

15) Den mit einem Vermächtniß bedachten Testamentvollstrecker pflegt

VIII. Den Erben gegenüber ist der Executor selbständig gestellt; denn wenn er auch in ihrem Interesse handelt, so hat er doch gleichfalls das Recht der Vermächtnisnehmer wahr zu nehmen, und überhaupt ist ihm sein Auftrag unmittelbar von dem Testator übertragen, dessen Willen er kraft dieses Auftrags nach bestem Ermessen zu erfüllen hat. Er muß aber den Beteiligten, namentlich den Erben von seiner Geschäftsführung, und zwar in der Regel nach deren Beendigung, Rechnung ablegen, und überhaupt auf jedes besondere Interesse billige Rücksicht nehmen. — Eine Gerichtsbarkeit steht dem Executor natürlich nicht zu, wenn ihm auch vom Testator eine schiedsrichterliche Stellung, welche sich jedoch nicht auf die Pflichttheilsberechtigung erstrecken darf, eingeräumt werden kann.

IX. Die Testamentvollstreckung ist an und für sich eine reine Privatangelegenheit, und eine obrigkeitliche Cognition von Amts wegen nur insoweit begründet, als sie überhaupt in Erbschaftsangelegenheiten statt findet. Freilich hat die Analogie der Vormundschaftslehre in Betreff der Bestellung der Executoren, ihrer Beaufsichtigung u. s. w. die ältere Theorie beherrscht; sie hat aber für das gemeine Recht keine positive Geltung mehr, so einflußreich sie auch in einzelnen Particularrechten geworden ist.<sup>16)</sup>

X. Zuweilen geschieht es, daß der Testator die Ausrichtung einer einzelnen Anordnung seines Testamentes, z. B. die Begründung und Leitung einer frommen Stiftung, einem Executor überträgt, der in allen übrigen Beziehungen dem Testamente und dessen Vollstreckung fremd bleibt. Ein solcher Specialexecutor hat seinen bestimmt abgegrenzten Geschäftskreis; er muß

---

man wohl als executor mixtus zu bezeichnen; doch wird von Einigen derjenige so genannt, welchem die Regulirung des Nachlasses übertragen worden ist.

16) Strippelmann a. a. D. S. 289. ff. Das particulare Gewohnheitsrecht kann natürlich auch in dieser Beziehung eine dem Gesetze gleiche Wirkung äußern.



sich die ihm überwiesenen Sachen und Geldmittel von dem Erben oder dem Universalerecutor überantworten lassen, und hat dann nach Maafgabe der testamentarischen Verfügung den ihm gewordenen Auftrag zu erfüllen. In Betreff frommer Stiftungen ist er dabei der obrigkeitlichen Aufsicht unterworfen.<sup>17)</sup>

XI. Aehnlich wie die Vollstreckung der Testamente kann auch die eines Erbeinsetzungsvertrags besonderen Executoren übertragen werden. Die Bestellung geschieht dann in dem Vertrage, sei es zwischen dem Erblasser und dem Vertragserben, oder zwischen ihnen und dem Executor. Die getroffene Uebereinkunft und der Inhalt des Erbvertrags sind in einem solchen Falle anstatt der letztwilligen Verfügung für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses maafgebend.

---

17) Der frommen Stiftung steht in dieser Hinsicht jede andere gleich, welche zu öffentlichen Zwecken errichtet wird, s. Durandus, speculum jur. lib. II. p. 2. De instrumentorum editione §. 13. nr. 63. — J. H. Boehmer, J. E. P. tom. II. lib. 3. tit. 26. §. 12. Vgl. oben Band I. §. 72.

---

### Druckfehler.

- §. 75. Note 19. Zeile 1. statt Sachse lies Sachsse
- §. 235. Note 6. §. 3. v. u. ft. II. F. §. 3. I. II. F. 9. §. 3.
- §. 263. Note 22. §. 1. ft. 172. I. §. 172.
- §. 438. Note 28. §. 1. v. u. ft. 135. I. 136.
- §. 464. Note 10. §. 2. v. u. ft. obs. §. 125. I. obs. 125.