Systematisches Handbuch

der

Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung

der Professoren **Dr. H. Brunner** in Berlin, **Dr. E. Brunnenmeister** in Halle, **Dr. O. Bülow** in Leipzig, **Dr. H. Degenkolb** in Tübingen, **Dr. V. Ehrenberg** in Rostock, **Dr. A. Franken** in Jena, des General-Procurators **Dr. J. Glaser** in Wien, der Professoren **Dr. A. Grawein** in Czernowitz, **Dr. A. Haenel** in Kiel, **Dr. R. Heinze** in Heidelberg, **Dr. A. Heusler** in Basel, **Dr. R. v. Jhering** in Göttingen, **Dr. P. Krüger** in Königsberg, **Dr. P. Laband** in Strassburg, **Dr. F. v. Martitz** in Tübingen, **Dr. E. Meier** in Halle, **Dr. Th. Mommsen** in Berlin, **Dr. F. Regelsberger** in Göttingen, **Dr. W. v. Rohland** in Dorpat, **Dr. A. Schmidt** in Leipzig, **Dr. R. Sohm** in Strassburg, **Dr. A. Wach** in Leipzig, **Dr. R. Wagner** in Leipzig, **Dr. B. Windscheid** in Leipzig

herausgegeben von

Dr. Karl Binding,
Professor in Leipzig.

Zweite Abtheilung, zweiter Theil, zweiter Band:

Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts. Band II.

Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1886.

Inv. A. 13447
33206

Institutionen

des

Deutschen Privatrechts.

Von

Dr. Andreas Heusler.

Zweiter Band.

365 2i

FUNDATIUNEA UNIVERSITARA CAROLI
Donațiunea
N. MANDREA

Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1886.

CONTROL 1953

1956

BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ
COTA 33206

1961

L

Das Recht der Uebersetzung bleibt vorbehalten.

B.C.U. Bucuresti
C36521

RC 17107

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Inhaltsverzeichnis.

Viertes Buch.

Das Sachenrecht.

Seite

§ 79. Scheidung von Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht 3

Erster Abschnitt.

Das Immobiliarsachenrecht.

§ 80. Bau und Gliederung desselben 13

Erstes Kapitel. Die Gewere.

§ 81. I. Begriff derselben 20
§ 82. II. Unmöglichkeit mehrfacher Gewere an einer Sache 25
§ 83. III. Erwerb der Gewere 33
§ 84. IV. Wirkungen der Gewere 42
§ 85. V. Schutz der Gewere 44

Zweites Kapitel. Das Eigenthum.

§ 86. I. Begriff des Eigenthums 47
§ 87. II. Sog. getheiltes Eigenthum 48
III. Beschränkungen in Ausübung der Eigenthumsbefugnisse.
§ 88. A. Nachbarliche und genossenschaftliche Rechte 51
§ 89. B. Erbenlaub 54
§ 90. C. Das Retractrecht 60
IV. Erwerb des Eigenthums.
§ 91. A. Erwerbsarten 65
B. Eigenthumsübertragung.
1. Rechtsgeschäftliche Elemente derselben.
§ 92. a. In fränkischer Zeit 66
§ 93. b. In der Periode der Rechtsbücher 73

Seite

2. Elemente der Befestigung nach aussen.
§ 94. a. Aufbietung gegen Einsprecher 81
§ 95. b. Genehmigung des Gerichtsherrn 88
§ 96. c. Bedeutung der gerichtlichen Fertigung für den Eigenthumserwerb 99
§ 97. d. Sog. rechte Gewere 103
§ 98. 3. Spätere Entwicklung 112
§ 99. 4. Veräusserungen auf den Todesfall 117

Drittes Kapitel. **Das Leibzuchtsrecht.**

§ 100. 125

Viertes Kapitel. **Satzungsrecht.**

§ 101. I. Begriff und Arten 128
II. Satzung mit Gewere des Gläubigers.
§ 102. A. Satzung und Verkauf auf Wiederkauf 134
§ 103. B. Inhalt des Satzungsrechtes 141
§ 104. III. Satzung ohne Gewere des Gläubigers 143
§ 105. IV. Verbindung der Satzung mit dem Rentenkaufe 150

Fünftes Kapitel. **Die Leihe.**

I. Das Lehn.
§ 106. A. Die Lehnserrichtung 153
§ 107. B. Lehn mit Gedinge 158
§ 108. C. Das Lehnsverhältnis 161
§ 109. D. Beendigung des Lehnsverhältnisses 166
II. Die bäuerliche Leihe.
§ 110. A. Arten derselben 167
§ 111. B. Rechtliche Natur der Leihe 177
§ 112. C. Insbesondere Tragerei und Einzinserei 186

Zweiter Abschnitt.

Das Mobiliarsachenrecht.

§ 113. I. Gewere an Fahrnis 189
II. Eigenthumserwerb.
§ 114. A. Originäre Erwerbsarten 193
§ 115. B. Eigenthumsübertragung 197
III. Pfandrecht.
§ 116. A. Gesetztes Pfand 201
§ 117. B. Genommenes Pfand 205
IV. Die Fahrnisklage.
§ 118. A. Zuständigkeit 209
§ 119. B. Form der Klage 215

§ 120. Schlussbemerkung. Ergebnis für das heutige Recht 219

Fünftes Buch.
Das Obligationenrecht.

Seite
§ 121. 1. Einleitende Betrachtung 225
§ 122. 2. Das gerichtliche Bussegelöbnis 230
§ 123. 3. Die aussergerichtliche Wadiation 237
§ 124. 4. Ausbildung des mittelalterlichen Contractssystems 242
§ 125. 5. Der Wettvertrag (Gelöbnis) 247
§ 126. 6. Die Bürgschaft 250
§ 127. 7. Die Arrhalverträge 253
§ 128. 8. Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten 258
§ 129. 9. Haftpflicht für Schaden 262

Sechstes Buch.
Das Familienrecht.

§ 130. Familie und Sippe 271

Erster Abschnitt.
Das Eherecht.

Erstes Kapitel. **Eheschliessung und Ehescheidung.**

I. Eheschliessung.
§ 131. A. Raubehe und Brautkauf 277
§ 132. B. Das Eheschliessungsrecht des Mittelalters 286
§ 133. II. Ehescheidung 291

Zweites Kapitel. **Eheliches Güterrecht.**

I. Die historischen Grundlagen.
§ 134. A. Die Ausgangspunkte der germanischen Zeit 292
§ 135. B. Das salische Recht 306
§ 136. C. Das ribuarische Recht 313
§ 137. D. Das alamannische Recht 326
§ 138. E. Das bairische Recht 342
§ 139. F. Das westfälische Recht 345
§ 140. G. Das ostfälische Recht 356
II. Die Principien des ehelichen Güterrechtes.
§ 141. A. Plan der Darstellung 364

Seite

B. Einzelne Bestandtheile der ehelichen Güter.
§ 142. 1. Stammvermögen und Errungenschaft 367
§ 143. 2. Die Widerlegung 370
§ 144. 3. Das Witthum (Widem) 372
§ 145. 4. Die Morgengabe 374
C. Die in den ehelichen Güterrechten wirksamen Elemente.
§ 146. 1. Mundialrechte des Ehemanns 379
2. Das Princip der Güterverbindung.
§ 147. a. Aeusserung im ostfälischen Rechte 387
§ 148. b. Reine Güterverbindung 396
3. Gesammte Hand.
§ 149. a. Das Grundprincip 400
§ 150. b. Die einzelnen Wirkungen der Gesammthand 402
§ 151. 4. Verbindung gemeinderschaftlicher und erbrechtlicher Elemente 408
§ 152. 5. Gegenseitige Leibgedingsrechte der Ehegatten 413
§ 153. 6. Ausschliessliches Verfügungsrecht des Ehemanns über das Ehevermögen 417
§ 154. 7. Erbrecht der Ehegatten (portio statutaria) 421
§ 155. D. Eheabreden 426

Zweiter Abschnitt.

Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

Erstes Kapitel. **Die väterliche Gewalt.**

§ 156. I. Gewalt über die Person des Kindes 431
§ 157. II. Entstehung und Aufhebung der väterlichen Gewalt 434
§ 158. III. Vermögensverhältnisse 442

Zweites Kapitel. **Gemeinderschaftsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern.**

§ 159. I. Beisitz der Witwe mit den Kindern 450
II. Rechtsverhältnisse gemeinderschaftlichen Ursprungs zwischen dem überlebenden Elterntheil und den Kindern.
§ 160. A. Das Verfangenschaftsrecht 457
§ 161. B. Das Grundtheilrecht 467
§ 162. C. Die reine Gemeinderschaft (Gütergemeinschaft) 470
§ 163. D. Die schwäbische Verfangenschaft 473
§ 164. E. Die Einkindschaft 476

Dritter Abschnitt.

Die Vormundschaft.

§ 165. I. Motiv und Princip der Vormundschaft 480
II. Die Altersvormundschaft.
A. Das ältere Recht.
§ 166. 1. Die Mündel 489

Seite

§ 167. 2. Der Vormund 492
§ 168. 3. Die Verwaltung 495
B. Das neuere Recht.
§ 169. 1. Der Vormund 498
§ 170. 2. Vertretung und Verwaltung 501
III. Die Geschlechtsvormundschaft.
§ 171. A. Ursprüngliche Gestaltung 508
§ 172. B. Spätere Modificationen 512
§ 173. IV. Die Lehnsvormundschaft 514

Siebentes Buch.

Das Erbrecht.

§ 174. Historische Grundlagen und Ausgangspunkte 521

Erster Abschnitt.

Die Erbfolge.

Erstes Kapitel. **Wesen und Inhalt des Erbrechtes.**

I. Der Successionsmodus.
§ 175. A. Universalsuccession 532
B. Gegenstand der Succession.
§ 176. 1. Umfang des Nachlasses 540
§ 177. 2. Die Erbmassen 555
II. Der Erbschaftserwerb.
§ 178. A. Der Erbanfall 559
§ 179. B. Gerichtliche Besitzeinweisung 562
§ 180. C. Der Dreissigste 567
§ 181. III. Erbtheilung und Einwerfungspflicht 569
§ 182. IV. Verzicht auf Erbschaftsantritt 570

Zweites Kapitel. **Die Erbberechtigung.**

I. Bei der Nachfolge in das Erbe.
A. Anfall innerhalb des Hauses.
§ 183. 1. Die Kinder 573
§ 184. 2. Die weitere Descendenz 579
§ 185. 3. Eltern und Geschwister 584
B. Anfall an die Sippe.
§ 186. 1. Gliederung und Berechnung der Verwandtschaft 586
§ 187. 2. Die Erbfolgeordnung 595
§ 188. 3. Verschiedenheiten innerhalb der Parentelenerbfolge . . . 603

Seite

§ 189. C. Spätere Veränderungen in der Erbfolgeordnung 607

II. Bei der Nachfolge in Lehn- und Hofgüter.

§ 190. A. Lehnserbfolge 612

§ 191. B. Erbfolge in Hofgüter 615

III. Bei der Nachfolge in Heergewäte und Gerade.

§ 192. A. Erbfolge in Heergewäte 617

§ 193. B. Erbfolge in die Gerade 618

Zweiter Abschnitt.

Verfügungen auf den Todesfall.

Erstes Kapitel. **Künstliche Erbenschaffung.**

§ 194. I. Affatomie und Thinx 621

§ 195. II. Uebergang zur Vergabung von Todes wegen 625

Zweites Kapitel. **Vermögensvergabungen von Todes wegen.**

§ 196. I. Allgemeines 630

§ 197. II. Das Recht des Magdeburger Schöffenstuhls 632

§ 198. III. Gemächde oder Geschäfte in Süddeutschland 635

§ 199. IV. Rechtliche Natur der Vergabungen 638

Drittes Kapitel. **Einseitige letztwillige Verfügungen.**

§ 200. I. Seelgeräte 642

§ 201. II. Testamente 645

§ 202. III. Testamentsexecutoren 652

§ 203. Schlusswort 654

Sachregister 657

Erläuterung der Abkürzungen.

Ausser dem Verzeichnisse in Band I S IX kommt für den zweiten Band noch in Betracht:

Areg. = Ed. Aregis regis in Mon. Germ. hist. Legum tomus IV.

Augsburger Stadtbuch = Das Stadtbuch von Augsburg, insbes. das Stadtrecht vom Jahre 1276 . . . herausg. von Dr. Chr. Meyer. Augsburg 1872.

Bamberger Recht = Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina, herausg. von Zöpfl. Heidelberg 1839.

Berner Handveste: in Fontes rerum Bernensium I; in Gaupp, Deutsche Stadtrechte des MA. II; in Schreibers UB. der Stadt Freiburg im Breisgau, u. sonst.

Cod. dipl. Quedlinb. = Codex diplomaticus Quedlinburgensis, . . . curante A. U. ab Erath. Francof. 1764. fol.

Colmar, Stadtrecht von 1293 bei Gaupp, Deutsche Stadtrechte des MA. I 112 f.

Dortmunder Statuten und Urtheile von F. Frensdorff (Hansische Geschichtsquellen Bd. III). Halle 1882.

Freiberger Stat. = Das echte Freiberger Stadtrecht, in Sammlungen zu den deutschen Land- und Stadtrechten, herausg. von A. F. Schott. Theil III. Leipzig 1775. 4.

Freiburger Stiftungsbrief, Freiburger Stadtrodel } bei Gaupp, Deutsche Stadtrechte des MA. II 19 ff.

Lex Angl. et Wer. = lex Angliorum et Werinorum, in Bd. I als lex Thuringorum aufgeführt.

Lex Burgundionum, ed. Binding, in Fontes rerum Bernensium I.

Lex Francorum Chamavorum, ed. Sohm, in Mon. Germ. histor. Legum tomus V.

Luzern, Stadtrecht (um 1480), in Z f. schweiz. R. V Abth. 2 S 21 ff.

Magdeb. Bresl. R. von 1261, z. B. in Magdeburger Rechtsquellen, herausg. von Laband, S 14; in Gaupp, Das alte Magdeburgische und Hallische Recht S 229 ff.; in Urkundensammlung u. s. w. von Tzschoppe und Stenzel.

Magd. R. von 1304 = Das von den Magdeburger Schöffen an Görlitz mitgetheilte Recht, bei Gaupp, Das alte Magdeburgische und Hallische Recht S 269 ff.

Miroir de Souabe, d'après le manuscrit Français de la bibliothèque de la ville de Berne, publié par G. A. Matile. Neuchâtel 1843. 4.

Münchner Stadtr. = Das Stadtrecht von München, herausg. von Auer. München 1840.

Niesert, Beiträge zu einem Münsterischen Urkundenbuche, 2 Bde. Münster 1823. 4.

Trad. Ranshof. = Codex traditionum monasterii Ranshofensis, in UB. des Landes ob der Enns I 203 ff.

Stendaler Urth.-B. = Das Stendaler Urtheilsbuch aus dem 14. Jahrh., herausg. von J. F. Behrend. Berlin 1868.

UB. Braunschweig = Urkundenbuch der Stadt Braunschweig, Bd. I: Statute und Rechtebriefe, herausgegeben von Hänselmann. Braunschweig 1873. 4.

UB. des Hochstifts Halberstadt, in Publicationen aus den preussischen Staatsarchiven Bd. XVII.

UB. der Stadt Halberstadt, bearb. von Schmidt, in Geschichtsquellen der Provinz Sachsen Bd. VII.

UB. Ilseburg = UB. des Klosters Ilseburg, bearb. von Jacobs, in Geschichtsquellen der Provinz Sachsen Bd. VI Abth. 1.

Verm. Ssp = Vermehrter Sachsenspiegel, in Bd. I als Rechtsbuch nach Distinctionen citiert.

Weichbild (Mühler) = Das Magdeburger Weichbild, in Deutsche Rechtshandschriften des Stadtarchivs zu Naumburg, herausg. von Mühler. Berlin 1838.

Weichbildrecht (Daniels) = Das sächsische Weichbildrecht, herausg. von A. v. Daniels und F. v. Gruben. Berlin 1858. (Rechtsdenkmäler des deutschen Mittelalters Bd. I.)

Winterthurer Stadtrecht, bei Bluntschli, Rechtsgeschichte von Zürich, Anhang zu Bd. I, und bei Gaupp, Deutsche Stadtrechte des MA. I 141 f.

Berichtigungen zu Band I und II.

Band I.

S 15 Z. 20 v. o. lies: als solcher (statt als solches).
S 15 Z. 6 v. u. lies: der Enkel (statt der Urenkel).
S 21 Z. 1 v. u. lies: wären (statt waren).

Band II.

S 45 Z. 21 f. v. o. lies: muss der Besitzstand zur Lösung der Zweifel über die Parteirolle.
S 48 Anm 4 lies: Niesert, Beitr. zu e. münster. UB.
S 127 Anm 9 lies: S 76 (statt S 77).
S 331 Z. 14 v. u. lies: bilden (statt bildet).
S 389 Z. 15 v. o. lies: der Frau (statt des Frauenguts).

Viertes Buch.

Das Sachenrecht.

§ 79. Scheidung von Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht.

Das deutsche Sachenrecht erhält seinen eigenthümlichen Charakter vor allem dadurch, dass es den gesammten Rechtsverkehr an Sachen verschieden gestaltet, je nachdem es sich um liegendes oder um fahrendes Gut handelt. Das folgt nicht mit absolut zwingender Nothwendigkeit aus der unbeweglichen oder beweglichen Natur der Sachen an sich, wie das römische Recht beweist, welches in seinem Systeme diesem Unterschiede keine grundsätzliche Bedeutung zugestanden hat. Und auch in dem deutschen Rechte beruhen die Abweichungen von Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht nicht auf einer Gegensätzlichkeit des innern Wesens der Rechte an Liegenschaften und an Fahrnis, etwa so wie Sachen- und Obligationenrecht sich in dem Gegensatze dinglicher und persönlicher Rechte von einander scheiden; ein solcher durch die Natur des Rechtsobjects gebotener principieller Unterschied besteht für liegendes und fahrendes Gut nicht, weil sie beide doch Sachen und als solche gleichartiger Beherrschung, daher auch gleichartiger Rechte fähig und in der That, bei den Deutschen so gut wie bei den Römern, der gleichen Rechte (Eigenthum, Pfandrecht) theilhaftig geworden sind.

Es besteht allerdings eine in der neueren Doctrin die Oberhand behauptende gegentheilige Meinung, wonach das Recht an Fahrnis seinem juristischen Wesen und Gehalte nach doch etwas von dem Rechte an Liegenschaften specifisch Verschiedenes gewesen sei, daher man gar nicht mehr von Identität des Eigenthums-, des Pfandrechtsbegriffes bei Immobilien und bei Mobilien reden könne, ja streng genommen gar kein Eigenthum, kein Pfandrecht als dingliches Recht an Fahrnis im Bewusstsein gelegen habe; und zwar sei es hier, bei Fahrnis, der Besitz, die Gewere, oder, noch vager, eine blosse Detention, ein „in Geweren haben“ gewesen, was einzig vom Rechte be-

rücksichtigt und geschützt, alles dingliche Recht absorbiert und ersetzt habe; die Deutschen hätten sich „das Recht an Mobilien nur in einer gewissen Verkörperung vorgestellt und so mit der thatsächlichen Herrschaft an fahrender Habe auch die rechtliche erlöschen lassen“ [1], oder, noch schärfer, „Pfandrecht und Eigenthum seien juristisch beide nichts als Gewere, dominium und Detention vor dem Rechte identisch gewesen, das »Eigenthum« der ältesten germanischen Juristen (!) sei das äussere Verhältnis des nackten physischen Habens der Mobilie, Detentionseigenthum gewesen“ [2]. Nach dieser, wohl allzu rasch aus einer Einzelerscheinung des Mobiliarrechtes, der beschränkten Zulassung der Fahrnisvindication, abstrahierten Meinung wäre in der That von Identität der Sachenrechte bei liegendem und bei fahrendem Gute nicht wohl mehr zu reden. Indessen man geht damit zu weit. Denn ein absolut nothwendiger Bestandtheil dieser Meinung, den auch Franken unbedingt annimmt, wäre der, dass das Verhältnis zwischen dem Inhaber der Sache, also dem „Detentionseigenthümer“, und demjenigen, der sie ihm verpfändet, geliehen, hinterlegt hat, „sich, modern gesprochen, nur obligatorisch äussert“ [3]. Aber gerade an diesem Punkte scheitert die Richtigkeit der ganzen Theorie. Abgesehen von ihrer inneren Unnatürlichkeit wird dieselbe direct dadurch ausgeschlossen, dass wer eine Fahrnissache einem Andern zu bestimmtem Gebrauche anvertraut hat, trotz dieser Weggabe der Sache aus seiner Gewere sein Recht behält und zwar als ein dingliches, das er mit dinglicher Klage (malo ordine possides) geltend macht, sodass der Beklagte nicht leugnen und schwören darf, sondern ein eigenes Recht an der Sache behaupten und darthun muss (vergl. Bd. I § 78). So wenig also ersetzt die Gewere des Beklagten diesem selbst das Recht und hat sie dem Kläger sein Recht an der Sache entzogen, dass vielmehr der letztere trotz mangelnder Gewere dinglich berechtigt geblieben ist und zu dem Fundament seiner Klage die Behauptung mitgehört: diese Sache ist mein [4].

Wie wäre das zu verstehen, dass Eigenthum und Pfandrecht beide nichts anderes als Gewere gewesen seien? Der Empfänger einer Fahrnissache wusste sicherlich so genau wie der Erwerber eines Grundstücks, ob sie ihm zu Eigenthum oder zu Pfandrecht oder zu

---

[1] Goldschmidt, Der Erwerb dinglicher Rechte, in seiner Z f. HR VIII 246.

[2] Franken, Das französische Pfandrecht S 267 f. 292. 333 u. öfter.

[3] Franken a. a. O. S 267.

[4] Womit keineswegs blos gemeint ist, die Sache sei in seinem Besitze gewesen, sondern sie gehöre auf Grund eines Rechtes, das der Kläger nöthigenfalls beschwören muss, in seinen Besitz.

Leihe tradiert werde, er wusste, dass er nicht kraft seiner Gewere berechtigt sei, eine ihm geliehene Sache zu veräussern, dass er vielmehr eine Schurkerei begehe, wenn er es thue[5]. Der herrschenden Meinung bleibt keine andere Wahl als entweder zu erklären: es gab keine Verpfändung, keine Leihe, keine Hinterlegung mit der Pflicht zu Restitution der Sache, sondern nur Eigenthumsübertragung mit der in das Belieben des Empfängers gestellten Alternative zwischen dereinstiger Rückgabe und Werthersatz; oder aber dergleichen Geschäfte als wirkliche Verpfändungsgeschäfte u. s. f. mit der Pflicht der Restitution der Sache in natura anzuerkennen und dennoch eine im Widerspruch mit dieser Pflicht vorgenommene Veräusserung der Sache als in der Befugnis des Pfandgläubigers liegend anzunehmen. Das erstere ist dadurch ausgeschlossen, dass die Klage dinglich ist, das zweite ist ein Widerspruch in sich selbst, um nicht zu sagen ein unsittliches Princip.

Die dinglichen Rechte sind ihrem Begriff und Wesen nach nichts Heterogenes bei liegendem und bei fahrendem Gute. Es wird daher auch kaum jemals gelingen, den Gegensatz zwischen Immobiliar- und Mobiliarrecht kurz und bündig in einem knappen Rechtsprincip, gleichsam einem juristischen Schlagworte, zu formulieren, welches aus einer für Liegenschaften und Fahrnis bestehenden Verschiedenheit des Organismus und der organischen Functionen der Sachenrechte abstrahiert wäre. So wird beispielsweise die im Vergleich mit dem Liegenschaftsverkehre freiere Behandlung der Fahrnis bezüglich der Form der Uebertragung und des Verfügungsrechtes des Veräusserers einerseits und die beschränktere Zulassung der Mobiliarklage andererseits nicht auf ein einheitliches rein juristisches Princip zurückzuführen sein[6], vielmehr sind verschiedenartige Momente theils rechtlicher, theils

---

[5] Blos die vormundschaftliche Gewere dürfte in dieser Hinsicht auszunehmen sein: der Ehemann, der Vater verfügt über die in seine Gewere gelangte Fahrnis der Frau, des Hauskindes kraft eines in der Munt liegenden Rechtes, vgl. § 80 a. E.

[6] Ja es liegt selbst schon darin eine Gefahr, eine solche Einzelerscheinung für sich allein schlechthin durch eine dogmatisch-dialektische Argumentation aus dem Rechtssystem der classischen Zeit deducieren zu wollen, so z. B. den Ausschluss der Mobiliarklage gegen den vom Vertrauensmanne Erwerbenden. Mir scheint, es lasse sich kein juristisches, d. h. aus einer Verschiedenheit des Rechtes an der Sache sich ergebendes Motiv finden, warum der Dritte, der eine Fahrnissache von dem Pfandgläubiger gekauft hat, dem Eigenthümer nicht ebenso gut hätte Rede stehen und seinen Gewährsmann herbeischaffen sollen wie der Erwerber einer verpfändeten Liegenschaft. Wenigstens die bisherigen rein juristischen Erklärungsversuche können nicht befriedigen. So z. B. sagt Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I 394 u. öfter: das Klagrecht cessiere bei Fahrnis

wirthschaftlich-socialer Natur thätig gewesen, um das Immobiliar- und das Mobiliarrecht in gesonderte Bahnen zu lenken. Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung des Sachenrechts dürfte besseren Aufschluss geben.

Das Mobiliarsachenrecht ist in der Gestalt, in welcher wir es das ganze Mittelalter hindurch finden, schon zu einer Zeit vorhanden, da der Grund und Boden noch nicht dem Privateigenthum und damit dem sachenrechtlichen Verkehre anheim gegeben war. In dieser ältesten Zeit nun rechnet die Rechtsordnung noch nicht mit dinglichen und persönlichen Rechten und bemisst sie die Hilfe und den Schutz, die sie gegen Rechtsverletzungen gewährt, nicht nach der Existenz und der Beschaffenheit eines abstracten Rechtes; vielmehr steht alle Rechtsverletzung unter dem Delictsbegriffe und wird nur verfolgt, soweit sie Delictsnatur hat, und mit dem Ziele auf Bestrafung des Verbrechers und Wiederherstellung des durch das Delict getrübten Zustandes.

---

darum, weil man „freiwillig die Herrschaft über die Sache und damit deren Vertretung nach aussen fremden Händen anvertraut habe". Aber auch bei Liegenschaften hat man durch Verpfändung u. dgl. die volle Vertretung nach aussen weggegeben, und doch behält man das Klagrecht gegen Dritte. Denn was heisst Vertretung? Es bedeutet, dass der Inhaber der Gewere die Sache gegen Dritte vertheidigen und seinen Besitz gegen alle fremden Ansprüche wahren kann, bis ihm die Sache gerichtlich abgesprochen worden, dass er also der richtige Beklagte ist, ferner dass er für Schaden haftet, den die Sache (z. B. ein Thier) anrichtet, endlich dass er bei unfreiwilligem Verlust (Dejection, Diebstahl u. s. w.) auf Wiederherstellung seines Besitzes klagen darf. In allen diesen Beziehungen besteht kein Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien. Um in dem obigen Satze Plancks die Begründung der Vindicationsbeschränkung bei Fahrnis zu finden, müsste man schon annehmen, dass in der Vertretung nach aussen auch das Veräusserungsrecht enthalten sei, der Eigenthümer einer Fahrnissache durch Anvertrauen derselben den Empfänger ermächtige, sie auch zu verkaufen. Aber Vertretungsrecht ist nicht Veräusserungsrecht, und das wäre eine sonderbare Rechtsordnung, welche aus dem Vertretungsrechte, das ja freilich dem Vertrauensmanne durch Uebergabe der Sache vollständig eingeräumt ist, auch ein Veräusserungsrecht deducieren wollte. — Ebenso unhaltbar ist ein anderer Erklärungsversuch Plancks a. a. O. S 696: „wer selber einräumt, die Sache fortgegeben zu haben, widerspricht sich, wenn er nunmehr einem dritten Besitzer gegenüber behaupten will, falls alles den Rechten gemäss sich entwickelt hätte, würde die Sache in seinen, des Klägers Händen sich befinden". Der Widerspruch ist nicht ersichtlich. Der Kläger sagt: ich habe dem N. N. mein Pferd auf zwei Wochen geliehen, diese Frist ist jetzt verstrichen; hätte sich alles den Rechten gemäss entwickelt, so wäre mir nach Ablauf der zwei Wochen das Pferd von N. N. zurückgegeben worden und würde es sich jetzt in meinen Geweren befinden; da das nicht geschehen ist, so besitzt der Beklagte unrechtmässig. So spricht man bei Immobilien, ohne einen Widerspruch darin zu finden. Wo soll bei Fahrnis der Widerspruch stecken? Etwa in der petitio principii, dass der Kläger gegen Dritte kein Klagrecht hat?

Demgemäss gewährt das Recht auf dem Gebiete, das uns hier angeht, eine Hilfe nur in zweierlei Richtung: 1. gegen Eingriffe in einen thatsächlich vorhandenen Herrschaftsbestand, der Art, dass bei Diebstahl oder Raub der seines Besitzes verlustig Gewordene die Delictsklage (Diebstahlsklage) erhält, und 2. gegen unredliches Vorenthalten der Sache seitens dessen, der sie zu bestimmtem Gebrauche empfangen hat. Ueberreste dieser Grundanschauung ragen noch in die späteren Rechtszustände herein, bei den Römern, deren actio depositi ursprünglich Delictsnatur hatte, so gut wie bei den Deutschen, deren Anevangsklage die Herkunft von der Diebstahlsklage das ganze Mittelalter hindurch nicht vollständig verleugnet hat, wie andererseits die Klage auf Rückgabe einer res praestita noch lange manches von der Natur einer Delictsklage an sich trägt (vgl. z. B. lex Rib. 52).

Aber im Fortschritte der Entwicklung consolidiert sich der abstracte Begriff des Rechtes an der Sache, und neben der Verfolgung des Verbrechens wird der Schutz des dinglichen Rechtes um seiner selbst willen Rechtsprincip. Die Folge davon ist eine Schmälerung des Gebietes der Delictsklagen, welche in mancherlei Richtung durch „bürgerliche" Klagen ersetzt werden. So tritt nun auch im deutschen Rechte die dingliche Klage in den zwei angegebenen Anwendungsfällen neben die Delictsklage oder an Stelle derselben. Das ist der Standpunkt der lex Salica, nach welcher die Klage aus res praestita gegen den Entlehner und die Klage auf Herausgabe gestohlener Sachen die einzigen (dinglichen) Klagen sind, die das Gesetz kennt. Weiter ist man nicht gekommen; zumal eine Klage des Ausleihers gegen den vom Vertrauensmann (gleichviel ob bona oder mala fide) Erwerbenden liegt nicht in dem Gesichtskreise der Rechtsanschauung und des rechtlichen Bedürfnisses, und diese Stufe der Rechtsbildung wird auch in der Folge nicht verlassen, als sich für das Immobiliarvermögen eine ganz neue Entwicklung des rechtlichen Schaffens erschliesst.

Es sind vorzugsweise zwei Momente, welche dem in das Rechtsleben eintretenden Sondereigen an Grund und Boden neue Wege weisen: ein social-wirthschaftliches und ein man möchte fast sagen formal-juristisches, beide freilich wurzelnd in der Verwerthung des natürlichen Gegensatzes, der in der Unbeweglichkeit und der Beweglichkeit der Sachen liegt.

In social-wirthschaftlicher Beziehung fiel dem Grund und Boden, sobald er der Sonderherrschaft der Einzelnen anheim gegeben wurde, eine neue Aufgabe zu, welche dem fahrenden Gute nicht zugekommen war und auch fernerhin fremd blieb. Stand das letztere in der ausschliesslichen Gewalt des Hausherrn, in dessen Herrschaftsbereiche es

sich befand, so war das Sondereigen an Grund und Boden von Anfang an als Hausvermögen geschaffen, das der einseitigen Verfügungsgewalt des Hausherrn entzogen ist. Man darf nicht, wie das leicht geschieht, das ausschliessliche Gewicht hierbei auf den rein ökonomisch abschätzbaren höheren Werth des Grundes und Bodens legen, was dann etwa in die sinnlose Uebertreibung ausartet, dass man (Renaud u. A.) von Werthlosigkeit der Fahrnis redet. Für den alten Deutschen hatten sein Viehstand, seine Waffen, seine Truhen mit Goldschmuck und Gewändern so viel Werth wie für den heutigen. Und selbst mit dem relativ grösseren oder kleineren Werthe des liegenden oder fahrenden Gutes ist nicht weit zu kommen, wenn man sieht, dass in fränkischen Urkunden grosse Güter um überraschend geringe Preise verkauft werden. Das Gewicht fällt vielmehr darauf, dass die Betheiligung an der Markgemeinschaft und damit die Angehörigkeit an die Markgenossenschaft und überhaupt ein fester Halt in der socialen Ordnung für die Familie von dem Besitze von Sondereigen abhing. Mochte der Hausherr in noch so unverantwortlicher Weise sein Fahrnisvermögen zum Schaden seiner Familie verschleudern, ihr blieb doch der Grund und Boden, der ihr die Genossenrechte an der Mark sicherte, ihr das Angesessensein in der Volksgemeinschaft garantierte, sie nicht heimatlos in die Fremde hinausstiess.

Es konnte sich nicht darum handeln, die Fahrnis diesem Zwecke ebenfalls dienstbar zu machen; ganz abgesehen davon, dass sie ihrer Natur nach nicht dazu geeignet war, und dass kein Verkehr die Hemmungen und Weitläuftigkeiten ertrüge, welche die Nothwendigkeit der Einwilligung der Familienglieder zu Fahrnisveräusserungen hervorrufen würde, so bestand eben überhaupt kein Bedürfnis dafür, weil von dem Fahrnisvermögen die sociale Stellung nicht abhängig war.

Damit hängt nun das specifisch juristische Moment eng zusammen, welches wesentlich neue Impulse für die rechtliche Ausbildung der Immobiliar- und der Mobiliarverhältnisse gab. Es existierten in den Grundlagen und den Bedingungen des factischen Herrschaftsbestandes über Liegenschaften und über Fahrnis Verschiedenheiten, welche direct juristisch für den Aufbau des Sachenrechtes verwerthbar waren. Wir nehmen hier das Ergebnis der §§ 20 und 67 als Ausgangspunkt weiterer Deduction wieder auf: mit dem Sondereigen war der manus vestita, der Hausgewalt, ein räumliches Herrschaftsgebiet geschaffen, eine vestitura; dadurch stellte sich die thatsächliche Herrschaft, die Gewere, bei liegendem und bei fahrendem Gute ungleich dar, Liegenschaften trugen den Charakter eines selbständigen Herrschaftsbestandes in sich, während eine Fahrnissache ein solches besonderes Herrschafts-

gebiet nicht bildete, blos in dem Herrschaftsbereiche des Inhabers lag; wer also seine Liegenschaft oder einen Theil derselben veräusserte, gab damit seine Gewere oder ein Stück derselben weg; wer dagegen eine Fahrnissache aus seinem Herrschaftsbereiche entliess, bewirkte in dem rechtlichen Bestande seiner eigenen Gewere so wenig eine Veränderung als er auf Seiten des Empfängers ein neues Herrschaftsgebiet (vestitura) begründete. Dadurch wurde die Gewere an liegendem Gute in einer Weise bildsam, wie es bei Mobilien nicht denkbar war: weil nämlich bei Veräusserung einer Liegenschaft die daran bestehende Gewere selber Gegenstand der Uebertragung war, so konnte sie in ihrer Stärke und in ihrem Umfange beliebig abgestuft werden nach der Stärke und dem Umfange des an der Sache übertragenen Rechtes, welches ja in der Gewere seine thatsächliche Verwirklichung fand. So erlangte der Erwerber des Eigenthums einer Liegenschaft die eigenliche Gewere, der Lehnsmann die Lehnsgewere, der Satzungsgläubiger die Satzungsgewere, der Leibzüchter die Leibzuchtsgewere. Solche Abstufungen waren bei fahrendem Gute nicht möglich, weil man nicht eine Gewere an ihm übertrug, sondern es schlechtweg in die Gewere des Empfängers gab, gleichviel ob dieser es zu Eigenthum oder zu Pfandrecht oder zu Leihe erwarb.

Die heutige Doctrin liebt es, dieses „in Geweren haben" von Fahrnis als Detention zu bezeichnen. Soll damit das gemeint sein, was das gemeinrechtliche System unter Detention versteht, so ist es nicht richtig. Denn wer eine Sache in Geweren hat, geniesst in Bezug auf sie aller Befugnisse des juristischen Besitzes in gleicher Weise wie bei Liegenschaften. Wir dürfen im Gegentheil sagen: was wir Detention nennen, ist nach deutschem Rechte an Fahrnis nicht denkbar, während es bei Immobilien möglich ist und wirklich vorkommt: der Amtmann (Verwalter) eines Gutes, oder der Vergabende, der ausdrücklich durch Zinsbestellung die Gewere auf den Bedachten überträgt, aber bis zu seinem Tode auf dem Gute zu bleiben sich vorbehält (s. unten § 82), der Miether eines Hauses nach späteren Stadtrechten, sie alle sind, modern gesprochen, nur Detentoren, nicht juristische Besitzer; sie haben das Immobile inne, ohne eine Gewere daran zu haben, üben daher auch nicht die Vertretung des Gutes, sind nicht die richtigen Beklagten bei Prozessen über dasselbe u. s. w. Dagegen wer eine Fahrnissache in Geweren hat, übt deren Vertretung in jeder Richtung, auch so, dass er bei Verlust derselben auf Grund seines dinglichen Rechtes daran Klage gegen jeden erhebt, bei welchem er sie findet. Gerade weil dieses „in Geweren haben" nicht blosse Detention ist, muss auch das Recht, kraft dessen man die Sache in seine

Gewere gebracht hat, ein dingliches sein, wie denn in der That nach deutschrechtlicher Auffassung der Miether, der Commodatar, der Depositar einer Fahrnissache so gut ein dingliches Recht an der Sache hat wie der Pfandgläubiger und der Eigenthümer.

Aber wie bei den Mobilien der Gewerebegriff ein viel farbloserer, allgemeinerer geblieben ist als bei den Immobilien, so sind auch auf dem Boden dieses Begriffes die einzelnen dinglichen Rechte weniger zu individuellem Ausdrucke gelangt als bei dem liegenden Gute. In der Praxis wurden sie freilich ganz genau unterschieden, sonst würden die Quellen überhaupt nicht das Setzen, das Leihen, das Zubehaltenthun bei Fahrnis aus einander halten, und wenn der Eigenthümer oder der Pfandgläubiger oder der Commodatar bei Vindication einer bei ihnen gestohlenen Sache zum Eide über ihr Recht gelangten, so beschworen sie nicht ein identisches Recht, obschon in der Eidformel, dass die Sache sein (des Klägers) sei, das Recht an der Sache nicht ausdrücklich specificiert war. Sie beschworen, dass die Sache in ihren Besitz gehöre auf Grund rechtmässigen Erwerbs und darauf beruhenden Rechts, welches näher anzugeben nach der Structur des Prozessrechts nicht erforderlich war, welches aber doch in den einzelnen Fällen seinen bestimmten Inhalt als Eigenthum, Pfandrecht, Leiherecht u. s. w. hatte.

Man kann nun, wenn man die Quellen, zumal die vorzüglicheren unter den sächsischen Rechtsbüchern, auf diesen Punkt prüft, nicht verkennen, dass jene Bieg- und Schmiegsamkeit der Gewere an Liegenschaften ganz wesentlich die wirklich feine Ausbildung des Immobiliarsachenrechts befördert hat. Die Möglichkeit einer Gliederung der Gewere nach der Beschaffenheit des Rechtes, ich möchte sagen die Darstellbarkeit des Rechtes in der Gewere hilft dann wiederum ersichtlich mit zu präciserer Ausprägung und Individualisierung der dinglichen Rechte selbst. So erzeigt sich das Immobiliarsachenrecht des Mittelalters als das Product einer höheren Stufe der Rechtsbildung, an welcher das Mobiliarrecht nicht participierte, nicht nur weil ihm wesentliche formelle Bedingungen hiefür fehlten, sondern auch weil es einen Stand erreicht hatte, der den Ansprüchen des Lebens auf längere Zeit genügen konnte und auch wirklich die rechtlichen Bedürfnisse des Verkehres befriedigte.

Denn das ist doch schliesslich das Maassgebende gewesen, dass das praktische Leben für den Fahrnisverkehr mit dem Vorhandenen ausreichte. Namentlich findet nur hierin der Umstand, dass die Mobiliarklage nicht auch gegen solche gewährt wurde, welche die Sache vom Vertrauensmanne erworben hatten, seine Erklärung. Denn ein

juristisches, im Rechtssysteme liegendes Hindernis für eine bezügliche Erweiterung lag, wie wir schon gesehen, nicht vor: weder das Civil- noch das Prozessrecht hätten verwehrt, dass der dritte Erwerber einer Fahrnissache wäre angehalten worden, auf die mit malo ordine possides gegen ihn gerichtete Klage des Eigenthümers sich auf seinen Gewährsmann zu ziehen und diesen den Prozess für sich führen zu lassen, mit der Wirkung, dass er im Falle des Unterliegens seines Autors die Sache hätte herausgeben müssen. Was bei Immobilien in dieser Hinsicht geschah, war auch bei Mobilien möglich. Dass es hier unterblieb, erklärt sich nur aus dem Mangel eines praktischen Bedürfnisses, und die Einheit der Rechtsordnung nöthigte auch die gleichheitliche Behandlung von Immobiliar- und Mobiliarrecht in dieser Richtung nicht auf, weil die Rechtsentwicklung beider ohnedies verschiedene Bahnen eingeschlagen hatte.

Unser Resultat ist also folgendes: die Gegensätze des Immobiliar- und des Mobiliarsachenrechtes beruhen nicht auf einer specifischen Verschiedenheit der Rechte an liegendem und an fahrendem Gute, denn Eigenthum, Pfandrecht, Leiherecht haben denselben inneren Gehalt hier wie dort, ja im deutschen Rechte noch durchgreifender als im römischen und heutigen Rechte, weil auch bei Fahrnis der Commodatar (entsprechend dem Beliehenen bei Liegenschaften) ein dingliches Recht an der geliehenen Sache und die dingliche Klage zu dessen Verfolgung erhält. Auch im heutigen Rechtssysteme ist Eigenthum und Pfandrecht an Fahrnis das gleiche Recht wie Eigenthum und Pfandrecht an Liegenschaften, trotz der Verschiedenartigkeit in Begründung der dinglichen Rechte und der Beschränkung der Mobiliarklage gegen gutgläubige dritte Erwerber. Nicht anders verhält es sich im deutschen Rechte des Mittelalters. Die Verschiedenheit des Immobiliar- und des Mobiliarrechtes ist eine doppelte: einerseits eine mehr formelle in Folge der höheren Bildsamkeit der Gewere bei Liegenschaften, andererseits eine materielle wesentlich in den zwei Richtungen einer, gegenüber starker Gebundenheit des Liegenschaftsverkehres leichteren Manipulation und grösseren Verfügungsfreiheit des Eigenthümers bei Fahrnis und des Ausschlusses der Mobiliarklage gegen Dritte in Bezug auf freiwillig weggegebene Fahrnis. Die Gründe hiefür liegen nicht im Rechtsorganismus, sondern in äusseren Umständen, und alle diese Verschiedenheiten hätten wegfallen können, ohne das innere Wesen der Sachenrechte zu afficieren.

Im ganzen kann man sagen, dass das Mobiliarrecht auf einer sehr frühen Stufe der Rechtsbildung stationär blieb, weil die Einfachheit der Verhältnisse eine Weiterentwicklung nicht erheischte und die

im Begriffe der Gewere liegenden formellen Bedingungen cessierten, während im Immobiliarrechte die grosse Bedeutung, welche das Grundeigenthum für die sociale Stellung der Besitzenden erlangte, die reiche Entfaltung der Leiheverhältnisse und überhaupt die auf Grund und Boden als den Schwerpunkt des Rechtslebens sich concentrierende Bewegung die rechtsbildende Thätigkeit energisch anregte und zu Anspannung aller Kräfte anfeuerte. Die grossen Interessen der Nation, die Bedingungen unabhängiger Existenz und politischer Freiheit bewegen sich um die Achse der Besitzverhältnisse an Grund und Boden, auf diesem Gebiete wirkt auch die Rechtsbildung mit schöpferischer Kraft, wie auf keinem andern des Vermögensrechtes. Darum ist auch das Immobiliarsachenrecht eine der glänzendsten Schöpfungen deutschen Rechtes und innerhalb desselben wieder die Gewere als der plastische Ausdruck des thatsächlich realisierten und dargestellten Rechtes eine Leistung ersten Ranges hinsichtlich harmonischer und bis ins kleinste consequenter Rechtsbildung. Was wir juristische Technik nennen, finden wir hier in so vollendetem Maasse wie bei irgend einem Institute des classischen römischen Rechtes.

Erster Abschnitt.

Das Immobiliarsachenrecht.

§ 80. Bau und Gliederung desselben.

Man kann die Sachenrechte als die rechtliche Abstraction der thatsächlichen Gewaltverhältnisse an Sachen wie umgekehrt die thatsächliche Gewalt als den realen Bestand der Sachenrechte bezeichnen. Denn alle Rechte an Sachen müssen sich in eine factische Herrschaft umsetzen lassen und in einer solchen, durch directe Ausübung der Gewalt an dem beherrschten Gegenstande, zur Wirksamkeit gelangen können. Von maassgebendem Einflusse auf die Gestaltung und den Aufbau des Sachenrechtes wird daher immer die Art und Weise sein, wie der Begriff der factischen Herrschaft über Sachen gedacht und für das Recht verwerthet ist. In dieser Hinsicht sind römisches und deutsches Recht von verschiedenen Grundsätzen geleitet.

Das römische Sachenrecht beruht auf dem höchst principiell durchgeführten Gegensatze von Eigenthum und jus in re[1], und zwar so, dass der Eigenthumsbegriff der eigentliche Träger des Sachenrechtssystemes ist, die jura in re dagegen, so mannigfach verschiedene wirthschaftliche Functionen sie auch erfüllen, doch schlechtweg als Eigenthumsbeschränkungen aufgefasst werden. Im älteren römischen Rechte tritt das fast noch bestimmter als in dem späteren hervor, indem es die wenigen dinglichen Rechte, die es kennt, unter dem einen Gattungsnamen der servitus zusammenfasst, mit welchem Worte schon an sich die Dienstbarmachung, die Belastung des Eigenthums, also der feindselige Gegensatz zum Eigenthum ausgedrückt ist. Und unter diesem allgemeinen Gattungsbegriff sind Rechte zusammengebracht und auch später, als sich noch weitere jura in re bildeten, zusammengestellt

[1] Dass dieser hier der Kürze wegen gebrauchte Ausdruck bei den classischen Juristen nur spärlich vorkommt, ändert an der Sache selbst nichts.

geblieben, die unter sich selber so zu sagen keine Berührungspunkte haben, wie Ususfructus und Prädialservituten. Suchen wir nach dem Grunde für diese Gegensätzlichkeit, die gerade für Eigenthum und Niessbrauch gar nicht selbstverständlich ist, so dürfte er in der juristischen Verwerthung des Begriffs der factischen Herrschaft über Sachen gefunden werden. Die possessio, d. h. die vom Rechte anerkannte und geschützte, zum Rechtsverhältnisse gewordene thatsächliche Herrschaft über eine Sache, ist so sehr als der absolute Begriff voller und unbeschränkter Gewalt gedacht, dass nur das Eigenthum in einer possessio an dem Eigenthumsobjecte zur Erscheinung kommt[2], die possessio „die thatsächliche Existenz des Eigenthums, der dem Eigenthum correspondierende factische Bestand“[3] ist, daher der Servitutberechtigte, sogar der Usufructuar, welcher doch die fremde Sache in weitgreifende Gewalt und Nutzung erhält, nicht die Sache selbst besitzt, und seine Herrschaft über die Sache nur durch eine juris quasi possessio, einen Besitz des Rechtes, Ausdruck findet. Dass die Römer dem Usufructuar keine possessio an dem Niessbrauchsgute selbst eingeräumt haben, begreifen wir nur, wenn wir im Auge behalten, wie streng in der possessio nur die allseitig durchgreifende Herrschaft ausgedrückt wird, der Usufructuar aber selbst in der Art der Benutzung des Gutes und vollends in der Verfügung darüber stark eingeengt ist. Wurde auch vermittelst der juris quasi possessio für den Usufructuar im praktischen Leben das gleiche Ziel erreicht, welches eine possessio an der Sache selbst für ihn hätte haben können, so zeigt diese Verschiedenheit doch, wie tief begrifflich die Kluft zwischen Eigenthum und dinglichen Rechten war, so tief, dass man das Eigenthum überhaupt gar nicht als dingliches Recht, jus in re, bezeichnete und unter den jura in re von vorneherein nur die Rechte an fremder Sache verstand.

Der vom deutschen Rechte verwendete und zum Rechtsverhältnisse, sagen wir zum juristischen Besitze erhobene Begriff der factischen Herrschaft, die Gewere ist inhaltlich von der römischen possessio verschieden; es ist nicht der absolute Begriff der vollen, nur mit dem Eigenthum correspondierenden Gewalt. Die Gewere an einem Gute steht demjenigen zu, der die Nutzung desselben hat, dem also der wirthschaftliche Ertrag des Gutes zufällt; das ist um so mehr das Maassgebende für den Inhalt des juristischen Besitzes, als der Bezug

[2] Der Besitz des Pfandgläubigers, des Emphyteuta an der Sache selbst ist von den Römern selber als Anomalie aufgefasst. Bruns, Recht des Besitzes S 15.

[3] Jhering, Beiträge zur Lehre vom Besitze S 195. 173.

der Nutzung auch den nächsten Anspruch darauf giebt, die Vertretung des Gutes gegen Jedermann zu üben; solang einer den Nutzen zieht, hat er das erste Interesse vor allen Anderen, den gegenwärtigen Stand zu vertheidigen, er ist der natürliche Vertreter des Gutes gegen alle Angriffe. In dieser Weise aufgefasst kann die factische Herrschaft auch Andern als dem Eigenthümer zugeschrieben werden, und das geschieht in der That: die Gewere dient zum thatsächlichen Ausdruck aller möglichen Rechte, die eben dadurch dingliche Rechte werden, dass sie durch eine Nutzung des Gutes zur Aeusserung gelangen. Daraus folgt aber, dass alle diese Rechte gleichartige sind und blos als Modalitäten eines und desselben Grundbegriffes, der rechtlichen Herrschaft über die Sache, erscheinen, eben darum weil sie alle sich in derselben factischen Herrschaft zu manifestieren bestimmt sind. In diesem Systeme sind daher Eigenthum und Niessbrauch keine principiellen Gegensätze, sondern nur Species des einen Begriffes des dinglichen Rechtes; Leibzuchts-, Satzungs-, Leiherecht sind juristisch dem Eigenthum homogene, nur ihrem Umfange nach verschiedene Herrschaftsrechte über die Sache, aus demselben Stoffe gebildet wie das Eigenthum, aber weniger voll ausgestattet. Daher entspricht ihnen allen auch eine Gewere am Gute selbst, und wir haben nicht wie die Römer (um es kurz auszudrücken) blos eine possessio mit animus domini, sondern eine eigenliche, eine Leibzuchts-, eine Satzungs-, eine Vormundschafts-, eine Lehns- und eine Zinsleihegewere. Ja es ist für alle diese Rechte die Möglichkeit ihrer Ausübung durch eine Gewere an dem Gute, an welchem sie bestehen, geradezu Voraussetzung ihrer dinglichen Natur. Insofern ist der Satz Plancks[4] richtig, dass alle dinglichen Rechte an Liegenschaften dazu bestimmt sind, in Form der Gewere aufzutreten, oder wie wir zur Vermeidung der unzulässigen Folgerung Plancks sagen wollen: alle dinglichen Rechte finden ihre volle Bethätigung, ihre allseitige und unbeschränkte und ihrem Inhalte völlig entsprechende Ausübung nur durch die Gewere am Gute. Ein Recht, welches keiner Gewere am Gute selbst bedarf, um alle seinem Inhalte entsprechenden Functionen erfüllen zu können, ist kein dingliches Recht in altdeutschem Sinne.

Denn in der That erscheint mit diesen Rechtsformen von Eigenthum, Leibzucht, Satzung, Leihe in ihren verschiedenen Gestaltungen, kurz mit den durch eine Gewere am Gute sich realisierenden Herrschaftsrechten alles dingliche Recht erschöpft und das System des mittelalterlichen Immobiliarsachenrechtes abgeschlossen. Was wir nach

[4] Das deutsche Gerichtsverfahren im MA I 681 f.

unsrer modernen (römischen) Anschauung auch in das Sachenrecht stellen müssten, die Reallasten und die Prädialservituten, die uns als wirkliche jura in re erscheinen (s. unten § 120), sie sind doch im altdeutschen Rechte nicht als solche behandelt worden. Wir haben schon im § 68 gesehen, dass die Reallasten und die Prädialservituten, so sehr sie wirthschaftlich betrachtet als „Beladenschaften" der Grundstücke erscheinen, juristisch doch nicht als dingliche Rechte construiert, sondern selbst zu Sachen erhoben, als dinglich fundierte Rechtsame zu Rechtsobjecten und zwar zu Immobilien gemacht sind.

Müssen wir also im Sinne der mittelalterlichen Rechtsauffassung sämmtliche dingliche Rechte, somit den ganzen Bestand des Sachenrechtes auf diejenigen Rechte beschränken, welche in einer Gewere an der Sache selbst zur Erscheinung zu kommen bestimmt sind, so können wir in der That die Gewere die Grundlage des deutschen Sachenrechtes nennen, nicht in der Meinung Albrechts, dass die Gewere und nur sie das dingliche Klagrecht erzeuge, wohl aber in dem Sinne, dass sich alles Sachenrecht historisch und dogmatisch auf dem Begriffe der Gewere aufgebaut hat; inwiefern historisch, darüber möge noch ein Wort gestattet sein.

Je höher wir gegen die Anfänge der Rechtsbildung hinaufsteigen, desto bestimmter tritt uns die Wahrnehmung entgegen, dass die einzelnen Sachenrechte nur als verschiedene Grade eines Grundbegriffes gedacht sind, den wir als den des Herrschaftsrechtes über eine Sache bezeichnen können. Dieses Recht, die Sache in seiner Gewalt zu haben, ist entweder ein unbedingtes und vererbliches, in perpetuum sibi et heredibus et proheredibus suis zuständiges, oder ein nur auf Lebenszeit, ad tempus vitae, quamdiu vixero, eingeräumtes, oder ein unter Wiederlösung gestelltes u. s. f., und in diesen Modalitäten des einen und einheitlichen Herrschaftsrechtes gelangen die Verschiedenheiten, die später in besonderen Rechten (Eigenthums-, Leibzuchts-, Satzungsrecht u. s. w.) ausgebildet werden, zu genügendem Ausdrucke. Das Eigenthum ist das jus rem in perpetuum in dominio (Herrschaft) et potestate habendi, die Leibzucht das jus rem quamdiu vixero in potestate et dominatione habendi. So lautet in fränkischer Zeit eine sehr häufige Formel bei Gutsübertragungen mit Niessbrauchsvorbehalt: haec a die praesente de jure meo in jus et dominium sancti illius trado, ea ratione ut quamdiu vixero habeam res in mea potestate, post obitum meum res ad monasterium recipiantur et in ejus potestate et dominio permaneant[5]. Allerdings wird oft genauer gesprochen, und

[5] So Cod. Lauresh. Nr 27. 33. 40 u. a.; Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 102 Nr 10.

werden der potestas des Eigenthümers die Epitheta in proprietatem, in proprium, libera et firmissima facultas quicquid exinde elegeritis faciendi u. dgl. beigefügt, wie umgekehrt die potestas des auf den Todesfall Vergabenden als usufructuario jure, absque deminutione monasterii u. s. w. auszuüben bezeichnet wird. Das beweist, dass man sich der rechtlichen Verschiedenheiten klar bewusst war, aber man unterschied dieselben nur als Grade eines und desselben Herrschaftsrechtes. Dieses letztere hinwiederum ist aber nur die rechtliche Begründung der thatsächlichen Herrschaft, das hinter den factischen Bestand der vestitura gestellte Recht, die Gewere ist ja nichts andres als die potestas und das dominium jener eben angeführten Urkundenformulare, und sie ist ihrem innern Wesen, ihrem Begriffe nach dieselbe bei Eigenthum und bei Niessbrauch, nur dort vererblich, hier auf Lebenszeit. Daran schliesst sich auch das Sachenrecht an, das jus rem in potestate habendi; d. h. das in der Gewere sich realisierende Recht, das dingliche Recht, wird auch nur als frei vererbliches oder als zeitlich beschränktes oder als durch Lösungsvorbehalt gebundenes, im übrigen aber seinem innern Wesen nach als einheitliches betrachtet. Es ist auch sehr bemerkenswerth, dass das alte Wort „Eigen" ursprünglich die Beziehung auf unsern Sinn von Eigenthum nicht hatte, sondern, wie es schlechtweg „das Gehabte", „was man hat" bedeutet[6], so eben das in der Gewere Befindliche bezeichnete, mochte man es zu Eigenthum, als freies lediges Eigen, oder zu Niessbrauch besitzen. Drückt doch selbst die Uebersetzung proprium, proprietas, quidquid proprietatis habeo bisweilen den streng juristischen Eigenthumsbegriff nicht aus, z. B. wenn königliche Beneficien zu lebenslänglichem Eigenthum, in proprietatem diebus vitae suae vergeben werden[7].

C 36521

[6] Grimm, Deutsches Wörterbuch s. v. Eigen.

[7] Z. B. Cod. dipl. Fuld. Nr 658, NR. UB. I Nr 85, UB. St. Gallen Nr 663. 666. Vgl. auch Stobbe, Handb. 2. Aufl. II 52 Anm 7; Roth, Beneficialwesen S 419; Roth, Feudalität S 49. 176. 183. 199. — Man darf doch kaum dieses in proprietatem donare diebus vitae suae mit Stobbe a. a. O. S 54 schlechthin als „wenig präcise Fassung des Eigenthumsbegriffes und Haltlosigkeit des Sprachgebrauchs" bei Seite legen. Schon wegen des äusserlichen Umstandes nicht, dass Königsurkunden den Ausdruck aufgebracht haben, und die königliche Kanzlei nicht weniger präcis geurkundet hat als die vielen Privatschreiber, welche den Unterschied von Eigenthum und Niessbrauch und beneficium correct auszudrücken verstanden. Aber auffallend und seltsam genug bleibt der Ausdruck, auch wenn wir annehmen, dass ein singuläres Verhältnis damit sollte bezeichnet werden (wie Roth annimmt, eine bestimmte Rechtsform für Verleihung königlicher Beneficien, und zwar im Gegensatze zu den einfachen beneficia solche Verleihungen, welche bei Thronwechsel nicht dem Heimfalle unterlagen), und dass aus diesem Grunde eine

BIBLIOTECA CENTRAL UNIVERSITARIA

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich das Resultat, dass der Gegensatz von dominium und jus in re, Eigenthum und dinglichem Rechte, der dem römischen Sachenrechtssysteme zu Grunde liegt und ihm seinen Charakter giebt, für das deutsche Recht unverwendbar ist, d. h. dass es eben nur eine Classe von Sachenrechten giebt, in welcher das Eigenthum neben den andern dinglichen Rechten steht. Das Wesen dieser Sachenrechte liegt aber darin, dass es diejenigen Rechte sind, welche durch eine Gewere an der Sache, an der sie bestehen, ihre Bethätigung finden. Ihrer Natur nach gleichartig, unterscheiden sie sich von einander durch den Zweck, welchem sie dienen und welcher den Umfang und die Wirksamkeit eines jeden genauer bestimmt. Darnach können wir als dingliche Rechte an Liegenschaften im deutschen Rechtssysteme folgende fünf aufstellen:

1. das Recht zu freiem Eigen,
2. das Recht zu Leibzucht,
3. das Recht zu Satzung[8],
4. das Recht zu Vormundschaft,
5. das Recht zu Leihe, in den zwei Hauptarten des Rechts zu Lehn und des Rechts zu bäuerlicher Leihe[9].

Diesen fünf dinglichen Rechten entspricht die Gewere in ihren fünf Erscheinungsformen als eigenliche, Leibzuchts-, Satzungs-, Vormundschafts- und Leihe- (Lehns- oder Erbzins-) Gewere.

Den unter 1—3 und 5 aufgezählten Rechten steht kein Bedenken bezüglich ihrer sachenrechtlichen Natur entgegen, sie entsprechen den

---

sonst ungewöhnliche Umschreibung gewählt wurde. Denn man sieht doch nicht recht, warum dieses Verhältnis etwas so Eigenthümliches gewesen sein sollte, dass wirklich ein Bedürfnis bestanden hätte, um jeden Preis einen selbst incorrecten Ausdruck dafür zu erfinden, und nicht die sonst üblichen Formeln genügt haben sollten. Ich bin geneigt, diesen Ausdruck als eine residuäre Formel zu betrachten, die sich in den Formularbüchern der königlichen Kanzlei aus einer alten Zeit her noch vorfand, aus einer Zeit, da man noch weniger Anstand nahm, Eigen, d. h. das was man in Geweren hat, mit proprietas zu übersetzen, und diese letztere, als das Herrschaftsrecht, selbst wieder in libera et firmissima und ad tempus vitae concessa zu unterscheiden.

[8] Satzung hier als der Zustand des Verpfändetseins genommen, wie es Ssp III 5 § 5 heisst: Stirft en perd binnen sattunge, d. h. während der Pfandhaft, im Zustand des Verpfändetseins.

[9] Wohl zum Ueberfluss bemerke ich, dass Recht zu Eigen, ... Recht zu Leihe nicht in dem Sinne von Recht auf Eigen, ... auf Leihe gemeint ist, sondern in dem Sinne von Recht unter dem Titel von Eigen, Leibzucht, Satzung, Vormundschaft, Leihe, in gleicher Art wie die Quellen von Gewere zu Vormundschaft u. s. f. reden.

römischen und heutigen Sachenrechten Eigenthum, Niessbrauch, Hypothek und (theilweise) Emphyteusis. Eher könnte Widerspruch finden, dass das Recht des Vormundes an den in seine Gewere gelangten Liegenschaften des Mündels als dingliches Recht zugelassen wird. Aber es ist doch ganz unbedenklich, ja geradezu nothwendig, denn jede Gewere muss als der factische Ausdruck eines dinglichen Rechts gedacht werden. Das dingliche Recht des Vormunds an den Liegenschaften des Mündels besteht daher nur, insofern dem Vormunde wirklich die Gewere, d. h. die Nutzung an denselben zukommt. Der Ehemann ist kraft Vormundschaft dinglich berechtigt am Gute der Ehefrau nur in dem sog. Mundialsystem, welches ihm die Gewere zu rechter Vormundschaft zuweist, nicht in einem Gesammthandsysteme, weil er da geradezu Gemeinder, also Miteigenthümer wird, somit mehr als blosses Vormundschaftsrecht erlangt. Der Vater und der Vormund sind kraft Vormundschaft am Kinder- und Mündelgute dinglich berechtigt, solang als die Vormundschaft eine sog. tutela fructuaria bleibt, d. h. der Vormund nutzungsberechtigt ist und also das Kinder- oder Mündelgut in Gewere, nicht blos als Verwalter in Detention hat. Sobald die Gewere des Vormunds am Mündelgut aufhört, etwa das Vermögen der Frau als Sondergut der Nutzung des Mannes entzogen wird, der Vater oder Vormund das Vermögen der Kinder und der Mündel nur verwaltet und die Zinsen zum Capital schlagen muss, sie nicht mehr für sich beziehen darf, hört auch sein Recht auf, ein dingliches zu sein, weil es sich nicht mehr in einer Gewere realisiert. Aber solang er die Gewere hat, verfügt er in eigenem Namen, wenn auch mit Consens der Ehefrau, bezw. unter der Gefahr der Revocation seitens des Mündels, über das Gut in gleicher Weise wie ein Pfandgläubiger mit Zustimmung des Pfandschuldners, ein Lehnsmann mit Einwilligung des Lehnsherrn das Satzungs- bezw. Lehnsgut veräussert.

Es genügt, an dieser Stelle den dinglichen Charakter des Rechtes zu Vormundschaft in angegebener Weise festgestellt zu haben, ohne dasselbe in der folgenden Darstellung der Sachenrechte noch zu behandeln. Es gehört in den Zusammenhang des Familienrechts. Bevor wir aber die dinglichen Rechte im einzelnen betrachten, schicken wir eine Darstellung der Gewere voraus. Es ist dies um so zweckmässiger, als das Wesen des dinglichen Rechtes von der Möglichkeit der Verwirklichung desselben in einer Gewere abhängig ist.

Erstes Kapitel.

Die Gewere.

§ 81. I. Begriff derselben.

Wir werden uns nicht mehr wundern, in den Rechtsquellen, zumal in den sächsischen Rechtsbüchern, der Gewere auf Schritt und Tritt zu begegnen, wenn wir berücksichtigen, welch ein maassgebendes Moment die Gewere für die Existenz der dinglichen Rechte in eben erörterter Weise ist. Weil die juristische Technik in der Rechtssprache keine Ausdrücke für die abstracten Rechte vorfand, in der Gewere aber die factische Realisierung der Sachenrechte vor sich sah, konnte sie diese thatsächlichen Wirkungen und Aeusserungen der Rechte anzugeben sich begnügen, im Vertrauen darauf, dass der Leser den Rückschluss auf das Recht von selbst machen werde. Wir drücken uns oft auch nicht anders aus; wie der Ssp I 31 § 2 sagt: wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er in seine Gewere all ihr Gut zu rechter Vormundschaft, so sagen auch wir etwa: durch den Eheschluss gelangt alles Vermögen der Frau unter die Verwaltung und Nutzung des Mannes, hier wie dort in dem Sinne, dass der Ehemann das Recht der Nutzung des Frauenguts durch den Eheschluss gewinnt, etwa wie das Civilgesetzbuch des Cantons Glarus § 153 formuliert: „Der Ehemann hat das Recht der ehelichen Nutzniessung am Vermögen und Verdienste seiner Frau."

Denn die Gewere ist nicht selber ein Recht und nirgends in den Quellen als solches hingestellt, sondern immer und überall nur das factische Gewaltverhältnis, nur der thatsächliche Ausdruck der Herrschaft und des in Anspruch genommenen dahinter stehenden Rechtes. Auch als dieser rein thatsächliche Bestand der Herrschaft hat sie aber doch eine bestimmte und feste Stellung im Rechtssysteme, so gut wie die possessio im römischen Rechte. Denn eine factisch vorhandene Herrschaft, mag auch ihre Berechtigung mit starken Gründen angezweifelt sein, ist immerhin eine Macht, ein Factor, den jede Rechtsordnung anerkennen und mit dem sie rechnen muss. Was besteht, hat naturgemäss einen Vortheil vor demjenigen, was sich erst geltend machen muss, und wird bewahrt und aufrecht erhalten, bis das Neue, welches für sich die Anerkennung beansprucht, die bisher dem Bestehenden zu Theil wurde, seine eigene Existenzberechtigung und die Verwerf-

lichkeit des Bestehenden erwiesen hat. So schützt auch genau genommen die Rechtsordnung die thatsächliche Herrschaft nicht sowohl um ihrer selbst willen, als darum, weil noch kein ebenbürtiger Gegner vorhanden ist, und weil man nichts Bestehendes zerstört, bevor ein rechtmässiger Ersatz vorliegt. Der Besitz erzeugt daher auch nur Rechtsfolgen in der Voraussetzung seiner Rechtmässigkeit, auf Grund präsumtiven Rechtes. Denn streng genommen kann nur ein Recht Rechtsfolgen producieren, ein thatsächlicher Bestand solche nur ermöglichen. Deshalb ist der Besitz, auch wenn er Rechtsfolgen hat, doch in Bezug auf dieselben nicht der eigentlich productive Factor, sondern er erzeugt sie nur kraft einer vom Rechte entlehnten Befugnis während Stillstellung des Rechtes[1].

Indem dergestalt der Besitz in jeder Rechtsordnung eines gewissen Schutzes theilhaftig wird, erhebt er sich aus einem dem Rechte gleichgiltigen factischen Zustande zwar nicht zu einem Rechte, wohl aber zu einem Rechtsverhältnisse und wird als solches auch Rechtsgrundsätzen unterworfen. Freilich wird eine feinfühlige Rechtsordnung nicht ohne weiteres jeden factischen Bestand als Rechtsverhältnis anerkennen und schützen, sie ist empfindlich genug, dies einem Besitze zu versagen, der die Gewaltthat oder die Hinterlist sichtbar an der Stirne trägt. Wir wissen, wie ablehnend das römische Recht sich gegen den vitiosen Besitz verhält. Dieselben Erscheinungen wiederholen sich im deutschen Rechte.

Denn auch die Gewere ist das Rechtsverhältnis, das als die thatsächliche Ausübung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechtes an einer Sache mit den Wirkungen dieses durch sie dargestellten Rechtes geschützt wird, solange nicht ein Anderer ein besseres Recht erwiesen hat, der „juristische Besitz", und auch sie schliesst von sich den auf nackte Gewaltthat gestellten Besitz aus. Wohl sprechen die Quellen etwa von unrechter und betrüglicher Gewere an Liegenschaften[2], gewähren ihr sogar Schutz gegen Eigenmacht[3], aber sie haben dabei keinen auf reinem Gewaltakt beruhenden Besitz im Auge, denn ein solcher ist noch nicht Gewere, sondern wird es erst, wenn er Jahr und Tag unangefochten bestanden hat und so durch Zeitablauf der

[1] Das trifft selbst bei der Ersitzung zu, denn nicht der Besitz an sich ist rechtserzeugend, sondern das Schweigen des Gegners während längerer Zeit.

[2] Ssp Lehnr. 60 § 1: svie in unrechter gewere sit; Schwsp (L.) 191 b, 76 II. Wasserschleben S 231 c. 75: betriegliche gewere.

[3] Ssp II 24 § 1: man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, al si he dar mit unrechte an komen, man ne breke sie eme mit rechter klage. In gleichem Sinne Schwsp (L.) 191 b; Verm. Ssp I 32 d 1.

Fehler geheilt ist (s. § 83 Ziffer 3). Blos bei Fahrnis wird die raubliche oder diebliche Gewere gleich einer andern behandelt, entsprechend der einfacheren Construction des Mobiliarsachenrechts.

Die Gewere eines Gutes ist in der Person desjenigen vorhanden, der die Nutzung desselben hat und die Früchte daraus (in natura oder in Gestalt eines Zinses) bezieht, nach dem Ausdrucke der Quellen das Gut in nut und gelde hat oder upbort. Wie aus den Hauptstellen[4] hervorgeht, ist die Nutzung nicht Wirkung, sondern Kennzeichen der Gewere: wer das Gut in Nut und Gelde hat und den Zins daraus nimmt, so heisst es dort, der hat die Gewere. Also nicht weil man die Gewere hat, ist man zur Nutzung berechtigt, denn der blos thatsächliche Bestand erzeugt kein Recht, sondern weil man die Früchte, bezw. den Zins bezieht, hat man die Gewere, gleichviel ob man zur Nutzung berechtigt ist oder nicht. Es ist das ein sehr realistisches, praktisches Kennzeichen, dessen Werth in volles Licht tritt, wenn wir damit in Verbindung setzen, dass die Gewere die Vertretung des Gutes in sich schliesst. Wer den Nutzen aus einer Sache zieht, wird von einem Angriffe auf dieselbe am unmittelbarsten betroffen, ist daher auch in erster Linie berufen sie zu vertheidigen. Die daraus gezogenen Consequenzen werden besser in anderem Zusammenhange besprochen (§ 84), und ebenso behalte ich die Frage, warum und in welchem Sinne der Zinsnehmer und nicht der direct das Gut Bebauende als Inhaber der Gewere genannt ist, specieller Erörterung in § 82 vor.

Die Gewere in diesem einfachen Sinne, rein als das aus der Nutzung erkannte Factum der reellen Herrschaft verstanden, wird gemene oder blote gewere oder, namentlich im Sprachgebrauche des Richtsteiges, hebbende gewere genannt[5]. Diese nähere Bezeichnung wäre überflüssig gewesen und wohl gar nicht aufgekommen, wenn nicht ein Gegensatz dazu vorhanden gewesen wäre. Das ist der von eigenlicher, Lehns-, Zins-, Satzungs-, Leibzuchtsgewere, d. h. der

[4] Ssp Lehnr. 14 § 1; Richtst. Landr. 26 § 6; Richtst. Lehnr. 29 § 2: so vrag we an deme gude tu rechte were hebbe; so vintme, de it in nut unde in gelde hebbe, oder: de den tins dar ut boret.

[5] Ssp Lehnr. 38 § 3, 74 § 2; Richtst. Lehnr. 29 § 7: eine hebbende were, dat is dat du de nud dar ut borest. Damit nicht zu verwechseln ist die ledichlike gewere (Ssp I 34 § 2, II 57; Schwsp (L.) 216; Magd. Fr. I 2, 26), d. h. der durch directe Nutzung des Guts, nicht durch blossen Zinsbezug geübte Besitz. Die ledigliche Gewere hat also, wer ein Gut selbst bebaut oder durch einen Verwalter bewirthschaften lässt, der ihm über die Wirthschaft und deren Ertrag Rechnung ablegt; dagegen hat nicht ledigliche Gewere, wer das Gut durch einen Pächter bewirthschaften lässt, der ihm einen bestimmten Zins zahlt, nicht die Erträgnisse abliefert wie der Amtmann.

Gewere, die sich als Ausübung des Eigenthums, des Lehnrechtes u. s. w. darstellt, gleichviel im übrigen, ob dieses Recht in der Person des Gewere-Inhabers wirklich besteht: der Gewere also, die sich auf Eigenthumsübertragung, Belehnung u. s. f. gründet, mag in Wirklichkeit dieses Recht erworben worden sein oder nicht. Hebbende (gemeine) Gewere und eigenliche u. s. f. Gewere ist somit der Gegensatz von tituliertem und untituliertem Besitze[6], aber eben immer so, dass jedes Recht aus dem Spiele bleibt; denn man kann die eigenliche, die Lehnsgewere haben, ohne Eigenthümer, Lehnsmann zu sein, dann nämlich, wenn man von einem Nichteigenthümer erworben hat, von einem Nichtberechtigten belehnt ist. Dieser Punkt ist bestritten und erfordert eine nähere Auseinandersetzung.

Im allgemeinen herrscht die Ansicht vor, dass mit der Bezeichnung der Gewere als eigenlicher u. s. w. der rein thatsächliche Boden verlassen und ein förmliches Recht damit ausgedrückt sei. Wie? das wurde verschieden formuliert: Stobbe[7] fasste die eigenliche, die Lehnsgewere als das durch den Eigenthumserwerb, die Belehnung entstandene Recht zu besitzen auf, oder geradezu[8] als die Gewere des Eigenthümers, des Vasallen; Planck[9] geht noch weiter und bezeichnet die eigenliche, die Lehnsgewere als die Form, in welcher die fraglichen Rechte auftreten, ähnlich wie schon Agricola[10] die Gewere des Mannes am Frauengute als die juristische Form für das Recht des Mannes zur Vertretung der Frau in allen ihren Vermögensrechten aufgefasst hatte. Man könnte gegen letzteres gar nichts einwenden, wenn damit nur gesagt sein wollte, dass das Eigenthum, das Lehnrecht u. s. w. erst durch die Gewere zu voller Verwirklichung und Ausübung gelange (s. oben § 80), aber Plancks Meinung ist das nicht, er geht weiter und sieht in der eigenlichen, der Lehnsgewere u. s. f. den auf Grund eines wirklich vorhandenen Eigenthums, Lehnsrechts u. s. w. ausgeübten Besitz, welcher somit, da ein solcher Besitzer kraft seines Rechts das Gut gerichtlich zu vertheidigen befugt sei, geradezu Besitzrecht bedeute[11]. Erneute Prüfung führt mich, entgegen meiner früheren An-

---

[6] Homeyer, Sachsenspiegel II 2 S 606.

[7] Gewere, in Ersch und Grubers Encyclopädie S 465.

[8] Handbuch 2. Aufl. II 14 f.

[9] Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I 681 f.

[10] Die Gewere zu rechter Vormundschaft als Princip des sächsischen ehelichen Güterrechts S 12.

[11] Es ist mir nicht leicht, der Ansicht Plancks in einem kurzen Satze klaren Ausdruck zu geben, ja ich will nur gleich gestehen, dass ich mir unter seiner Theorie etwas Natürliches und praktisch Brauchbares nicht denken kann,

sicht[12], doch zu dem Resultate, dass alle diese Meinungen unhaltbar sind: eigenliche, Lehnsgewere u. s. f. bezeichnen in der That nicht den Besitz auf Grund eines wirklich vorhandenen Eigenthums, Lehnsrechts u. s. w., sondern nur den Besitz, der durch eine bezügliche Erwerbsart erlangt ist, gleichviel ob damit das Recht wirklich ist erworben worden.

Es geht das hervor aus der Function, welche die titulierte Gewere in dem einzigen Anwendungsfalle, wo sie juristische Bedeutung hat, ausübt: der Besitzer eines Gutes, auf Herausgabe desselben verklagt, muss auf Begehren des Klägers angeben, wie er in die Gewere desselben gelangt sei[13]; beruft er sich nun darauf, dass er von N. N. gekauft und zu Eigen tradiert erhalten habe, oder dass er belehnt worden sei u. s. w., so kann der Kläger die Befugnis des N. N. zur Veräusserung, zur Belehnung angreifen und durch den Nachweis von dessen Nichtberechtigung dem Beklagten das Gut abgewinnen. Lässt sich aber der Kläger auf die Bestreitung des Rechtes des beklagtischen Autors nicht ein, sondern beschränkt er sich darauf, den vom Beklagten geltend gemachten Erwerbstitel zu negieren, so erhält der Beklagte das Recht, seine eigenliche, seine Lehnsgewere u. s. w. mit sechs Zeugen zu beschwören, welche bei der Tradition oder bei der

---

wie ich überhaupt nicht sehe, was Planck unter Gewere eigentlich versteht. Auf S 513. 518. 520 und sonst versteht er darunter den rechtlich gegen Gewalt geschützten Besitz, auf S 519 den Anspruch auf rechtlichen Schutz des Besitzes, auf S 527 den rechtmässigen Besitz, auf S 528. 685 und sonst sogar das Recht auf gerichtlichen Schutz im Besitze dessen, was man zwar nicht thatsächlich, aber den Rechten nach hat. Daher kommt Planck sogar zu dem Schlusse, dass ein Kläger, wenn seine dingliche Klage Erfolg haben soll, selber schon die Gewere haben muss, freilich nicht „in vollem Sinne, denn den thatsächlichen Besitz, die Nutzung des Guts hat er entschieden nicht, er darbt vielmehr der Gewere". Das ist ein wahres Labyrinth. Für principiell unrichtig halte ich vorab das von Planck aufgestellte Fundament seiner Theorie und den Ausgangspunkt seiner Argumentation, dass nämlich der Begriff der Gewere im Prozessrechte sei ausgebildet worden, die Gewere ein Prozessrechtsinstitut sei. Ich halte es für absolut unmöglich, dass das Prozessrecht Civilrechtsinstitute (und ein solches ist die Gewere) erzeugen kann. Dieser Irrthum, so beliebt er in unserer Zeit zu werden scheint, wird nirgends Stand halten. Das materielle Recht muss immer schon vorhanden sein, bevor es im Prozesse verwendbar wird. Das Klagensystem z. B. bildet sich nach dem vorhandenen Rechtssystem, ist nicht das prius, das erst etwa den Gegensatz dinglicher und persönlicher Rechte hervorbringt. Etwas anderes ist es, dass das Prozessrecht der wissenschaftlichen Untersuchung treffliche Dienste leisten kann für die Erkenntnis von Civilrechtsinstituten, wie wir das im § 78 gesehen haben.

[12] Gewere S 149: „die Gewere, die sich wirklich auf Eigenthum, Belehnung, Satzung u. s. w. gründet".

[13] Richtst. Landr. 26 § 4.

Belehnung anwesend waren. Das ist der einzige Fall, wo die Quellen von egenliker Gewere, Lehnsgewere u. s. w. sprechen, und aus demselben geht hervor, dass sie weder Besitzrecht, noch Besitz auf Grund eines wirklichen Rechtes bedeutet, sondern blos Besitz auf Grund eines möglicherweise rechtlich hinfälligen Titels. Der Beklagte beschwört blos, dass ihm tradiert, dass er belehnt worden, nicht aber, dass sein Autor berechtigt gewesen sei, ihm das Gut zu geben, und er braucht das nicht zu beweisen, weil der Kläger nichts gegen das Recht des Autors vorgebracht hat. Das sagt deutlich Richtst. Lehnr. 29 § 7: enes lenes gewere, dat is dat en gud di vorlegen si; und im Gegensatze dazu eine hebbende were, dat is dat du de nud dar ut borest. Ebenso das Livländ. Ritterrecht 7: dat he dat gud entfangen hebbe.

§ 82. II. Unmöglichkeit mehrfacher Gewere an einer Sache.

Im Wesen der Gewere als einer durch die Nutzung des Gutes sich charakterisierenden factischen Beherrschung desselben liegt es zunächst, dass ein dinglich Berechtigter, solange ein Andrer allen Nutzen des Guts bezieht, keine Gewere daran hat. Das ist unzweifelhaft bei Leibzucht und bei Satzung. Der Eigenthümer, dessen Gut ein Leibzüchter oder ein Satzungsgläubiger inne hat, darbt der Gewere. Eigenliche Gewere und Leibzuchts- oder Satzungsgewere sind gleichzeitig an demselben Gute undenkbar. Der Eigenthümer hat darum auch während der Dauer der Leibzucht oder der Satzung keine Vertretung des Gutes nach aussen, sein Eigenthum besteht, aber es ist in dieser Zeit stille gestellt und kann nur als Anwartschaft auf künftigen Rückfall des Gutes in die Gewere des Eigenthümers angesehen werden, als „Anfall", wie der Verm. Ssp I 30 d. 1 sagt:

Wer sin gud eyme vorkouft zcu sime liebe, seczt adder lesset also bescheydelich, wen des nicht en wer, daz es widder uf on fiele, unde sterbet he, er is om ledigk wert, den anefal erbet her uf den nesten. Stirbet aber derselbe neste, den anval erbet er vort uff den nesten.

Als „Anfall" also wird das gewerelose Recht vererbt, es kann auch als solcher veräussert werden, nur bleibt die Veräusserung noch vielfach unvollkommen, weil das Gut selber von dem der Gewere darbenden Eigenthümer nicht kann tradiert werden, wie es MR. UB. I Nr 367 (v. J. 1068) heisst:

Predecessor noster tradidit curtem cum omni ejusdem ville integritate excepta tantum ecclesia que tunc temporis usu beneficiario obligata tradi non poterat. Hec cum nostro tempore absoluta nostro vacaret arbitrio, eam tradidimus.

Auch die Gewere, die der Vormund kraft Vormundschaftsrechtes an dem Gute des Muntangehörigen hat, schliesst eine Gewere des Bevormundeten aus, obschon derselbe Eigenthümer ist. Der scheinbar eine Ausnahme bildende Satz des Ssp I 45 § 2 (durch dat he mit ir — der Mann mit der Frau — in den geweren sit) wird im ehelichen Güterrechte zur Sprache kommen[1].

Dem Satze, dass der Nutzniesser ausschliesslich die Gewere hat, und dem Eigenthümer blos ein Anwartschaftsrecht auf den Todesfall des ersteren zusteht, scheint auf den ersten Blick ein Verhältnis zu widersprechen, das nach den massenhaften Erwähnungen in den Quellen zu schliessen ungemein häufig vorgekommen ist. Es besteht darin, dass Jemand, der einem Andern ein Gut auf den Todesfall vergabt, aber für seine Lebenszeit Besitz und Nutzung desselben behält, dem Bedachten dennoch einen (oft kleinen, dem Ertrage des Gutes in keiner Weise entsprechenden) Zins constituiert und dadurch ausdrücklich schon bei seinen Lebzeiten die Gewere einräumt. Die berühmte Hauptstelle darüber ist Schwsp (W. u. L.) 22:

Wil er (der Schenker) imz (dem Bedachten) gar staete machen, so seze im einen zins dar uz. da mit hat er die gewer unde mac daz guot niht verliesen mit rehte. Diu gabe ist diu aller staetest, diu mit der gewer geschiet.

Urkundlich kommt vor, dass der Vergabende dem Bedachten einen census pro vestitura, in vestituram zu zahlen verspricht[2]. Hiebei ist

---

[1] Vormundschaftliche, nicht eigenliche Gewere des Ehemanns, welche letztere Agricola S 494 annimmt, besteht auch während der Ehe an dem Gute, das der Ehemann seiner Ehefrau zur Leibzucht gegeben hat. Denn die Gewere ist nicht Bethätigung seines Eigenthums — als Eigenthümer dürfte er das Gut nicht mehr nutzen —, sondern seiner Vormundschaftsrechte am Frauengute. Praktisch wichtig wird die Frage bei Tod des Mannes: hätte er eigenliche Gewere gehabt, so würden seine Erben ipso jure auch die Gewere haben, und die Witwe müsste sich das Gut jetzt von ihnen tradieren lassen; das ist nicht der Fall, die Leibzuchtsbestellung durch den Mann war schon die rechtlich maassgebende Tradition des Gutes und die Witwe tritt unmittelbar durch den Tod des Mannes und durch den Wegfall der vormundschaftlichen Gewere in die Gewere des Gutes ein.

[2] Ausser den von mir, Gewere S 52, angeführten Stellen sind noch besonders bemerkenswerth Bouquet IX 530. 596; Martene et Durand, Coll. I 256; Hist. de Metz IV 89; Vaissete II Nr 60; MR. UB. I Nr 169. 206. 382. 383. 463. Letztere Urkunde sagt: cartam ad innotescendum supradictum momentum (Zinspflicht) quod vulgo guuere dicitur renovari placuit. Dazu NR. UB. I Nr 186: abbas ei predium permisit in beneficium, postquam ipse illud in suum redegerat dominium, cui statim curtem Caneda et familiam V libras solventem, quod fuit Ellonis beneficium, ad gewere tradidit. Sehr häufig (zum Theil auch in den hier citierten Stellen, durchweg die Regel im Cartulaire de l'abbaye de Savigny) ist

nun auffallend, dass in diesen Urkunden doch vielfach dem Vergabenden ein niessbräuchliches Innehaben zugeschrieben wird, z. B. Bouquet VIII 621: L. propter vestituram decimam ex terra persolvens ipsam jure beneficiario et usufructuario teneat; Hist. de Metz IV 70: Usu possideat fructuario ac annis singulis pro vestitura argenti libram persolvat. Man scheint dadurch zu dem Schlusse genöthigt, dass in solchen Fällen eine mehrfache Gewere an dem Gute bestand, eine Leibzuchtsgewere des Vergabenden, der usu possidet fructuario, und eine kraft des Zinsbezugs bestehende Gewere des Bedachten, die dann nur eine eigenliche sein könnte. Macht man sich aber klar, was für eine Verwirrung in der Rechtsordnung durch eine solche doppelte Gewere, beispielsweise durch doppelte Vertretung des

---

auch, dass statt des Zinses pro vestitura ein kleinerer Theil des vergabten Gutes, je nach Verhältnis ein ganzer Hof, wie dort im NR. UB., oder blos ein Acker oder eine Wiese oder dgl., dem Bedachten sofort pro vestitura übergeben wird. Der Zweck und die Bedeutung des Rechtsgeschäftes sind dieselben: der Bedachte soll sofort etwas erhalten, das als Nutzung des Gutes gelten kann. — Aus der Zeit der Rechtsbücher mögen zwei besonders bemerkenswerthe Beispiele citiert werden, ein sächsisches und ein süddeutsches: C. d. Anhalt. I Nr 413 (v. J. 1155): Tradidit Niuta ad altare tres mansos eo pacto, ut ecclesia predictum predium possideat, sed Niuta in beneficium ab ecclesia obtineat post eumque filii ejus etc. quicumque eorum predium in beneficium obtineat, singulis annis statutum censum, id est solidum unum, ecclesie persolvat, per quem ei possessionem suam recognoscat. Possedit itaque ecclesia predium plus quam per octoginta annos quieta possessione et jam omnibus illis defunctis qui ad beneficium designati erant, omnino vacat ecclesie. — Hist. Frising. II Nr 50 (1262): Confirmamus, ut magister Henricus (der an einer vergabten Kirche das Rectorat verwaltet) nomine monasterii Scheirn ecclesiam possidere debeat, ut sic idem monasterium eandem ecclesiam per eum possideat, cum is possideat, cujus nomine possidetur. In signum quoque possessionis hujus Henricus promisit solvere monasterio triginta denarios pro annua pensione, ut solutio pensionis sit signum traditae possessionis. — Auch die Augsburger Urkunden, welche den Schwsp am besten commentieren, sind zu bemerken, so UB. Augsburg I Nr 210. 323, bes. Nr 196: Ez sol der maister von dem spitale nemen alliu jar von dem selben hof ain hûne unde ein gâns ze urchkunde, daz der maister unde der convente nutze unde gewere habin an dem hof, daz er si an hore nach unser beider thot immer mere. — Nebenbei sei bemerkt, dass der Ausdruck censum pro vestitura solvere, so viel ich sehe, nicht über die zweite Hälfte des 9. Jahrhunderts hinaufgeht; das älteste der obigen Beispiele ist vom Jahre 869 (Bouquet VIII 621). In den Urkunden und Formeln der früheren fränkischen Zeit findet er sich noch nicht. Wenn es in den Precarien früherer Zeit etwa heisst: pro ipso usu censivi vobis solidos tantos, oder: annuatim carratam vini pro ipso usu procurare studeam (MR. UB. I Nr 110) u. dgl., so hat das wohl einen andern Sinn, nämlich: für die überlassene Nutzung der Sache zahle ich; wie auch vorkommt: pro ipsis rebus censum solvere faciam. Doch ist nicht ausgeschlossen, dass dasselbe gemeint sein könnte wie mit dem Ausdrucke pro vestitura.

Gutes in Rechtsstreitigkeiten u. dgl. entstanden wäre, so muss man sofort davon als von etwas ganz Unmöglichem absehen. Das einzig Annehmbare bleibt das, dass der Vergabende durch eine solche Zinsconstituierung pro vestitura seinerseits formell juristisch die Gewere aufgab, also nach aussen aufhörte als Leibzüchter zu gelten, nur als Verwalter des Guts Namens des Bedachten Dritten gegenüber erschien. Daher heisst es auch in den beiden (Anm 2 abgedruckten) Urkunden von 1155 u. 1262, dass der Inhaber des Gutes nur Namens des Begabten, nicht in eigenem Namen besitze. Die materielle Bedeutung dieser Uebertragung der Gewere durch Zinsbestellung lag darin, dass die Vergabung eine feste Consistenz gewann (ne traditio infirma esse videretur MR. UB I Nr 206), die Gabe ganz stät wurde (Schwsp 22)[3]. Denn nun war die Tradition perfect und der Bedachte schon bei Lebzeiten des Schenkers der rechtliche Vertreter des Gutes, der einzig berechtigte Kläger gegen Dritte, die irgendwie in den Besitz des Gutes gelangten, der einzig berechtigte Vertheidiger gegen Angriffe; bei Tod des Schenkers bedurfte es keiner Besitzeinweisung seitens der Erben mehr und war somit auch nach dieser Richtung eine häufige Quelle von Chicanen verstopft.

Zweifelhafter könnte nun aber die Unmöglichkeit mehrfacher Gewere bei den Leiheverhältnissen erscheinen. Wir trennen hier die beiden Hauptarten von ritterlicher und bäuerlicher Leihe, d. h. von Lehn und Zinsleihe.

Für das Lehnsverhältnis spricht Ssp Lehnr. 14 § 1 das absolute Princip aus: En gut mach maniges herren sin, also dat it en von deme anderen hebbe, doch mut enes die gewere sin. Svie so it in nut unde in gelde hevet unde den tins dar ut nimt, die hevet die gewere dar an. Hier ist also die (Lehns-) Gewere nur dem letzten Lehnsmann zugesprochen, der von dem Zinsmann, welcher das Gut bebaut, den Zins nimmt, die Unter- und Oberlehnsherren darben der Gewere. Man hat nun etwa angenommen, und ich habe diese Ansicht früher auch getheilt, es beziehe sich das nur auf das Verhältnis zwischen Lehnsherrn und Lehnsmann, so dass in dem gesammten lehnrechtlichen Verkehre innerhalb einer Lehnsherrschaft und eines Lehnshofes nur der Mann die Gewere habe, es sei aber dadurch nicht ausge-

[3] Das drücken auch Redensarten aus wie: ad confirmandum donum X solidos pro censu reddam (Wirtemberg. UB. II Nr 316); in recognitionem possessionis (NR. UB. I Nr 328); in signum proprietatis (Trad. Ranshof. Nr 177); pro indicio (Mon. Bo. VIII 28 Nr 19); pro commemoratione (Trad. Wizenb. Nr 49. 172); ne videamur res ex proprio, sed jure beneficiario possidere (C. d. Fuld. Nr 534. 535).

schlossen eine Gewere des Herrn in dem darüber stehenden Lehnskreise und vollends in dem Landrechtskreise, dergestalt dass ein Eigenthümer, der sein Allod zu Lehn gegeben hat, im Landrechte als Inhaber der Gewere und zwar der eigenlichen Gewere anerkannt wäre, was dann freilich die Folge haben müsste, dass er auch der einzig mögliche Vertreter des Gutes vor Landgericht wäre. Als die zur Gewere erforderliche Nutzung müsste dann der Bezug der Lehnsdienste gelten. Aber diese Ansicht ist als irrig zu betrachten. Abgesehen davon, dass die Erhebung des Lehnsdienstes nicht als ein upboren, in nut und gelde haben, den tins nemen gelten kann, sowie dass die meisten Lehen in letzter Linie auf den König zurückführen und die Rechtsbücher daher gar nicht mit dem Falle rechnen, wo etwa ein Lehnsherr als Eigenthümer über das Lehnsgut im Landgerichte thätig wird, leidet es keinen Zweifel, dass gerade im Landrechte und vor Landgericht der letztbelehnte Mann auch einzig als Inhaber der Gewere anerkannt ist. Alle Personen nämlich, welche den Heerschild, also Lehnsfähigkeit haben, geniessen des Landrechts, das Lehn kann nicht zu einer Standesclasse herabsteigen, die des Landrechts nicht mehr theilhaftig ist; somit ist jeder, auch der unterste Lehnsmann, befähigt, das Lehnsgut im Landgerichte zu vertreten, und es gilt für sein Verhältnis zum Lehnsherrn dasselbe wie für das des Leibzüchters oder des Satzungsgläubigers zum Eigenthümer: der Lehnsherr darbt der Gewere, der Lehnsmann ist der einzige Vertreter des Gutes, wird von dritten Personen als Beklagter mit dinglicher Klage belangt[4], klagt gegen den Dejicienten auf Rückgabe des Guts vor Landgericht[5], kann das Lehn, mit Consens des Herrn immerhin, verpfänden, seiner Ehefrau zu Leibzucht bestellen u. s. w. Es ist fast unnöthig, Beispiele hiefür anzuführen, weil sie in den Urkundenwerken überaus zahlreich sind[6]. Noch weniger bedarf es eines Beweises, dass im

---

[4] Wobei er freilich, gleich dem Satzungsgläubiger und dem Leibzüchter in gleichem Falle, den Herrn als Gewährsmann stellen kann.

[5] Guden, Cod. dipl. III 727 Nr 466. Dazu Homeyer, Sachsenspiegel II 2 S 414.

[6] Vgl. etwa: Veräusserung von Lehn durch den Lehnsmann an einen Dritten direct im Landgerichte mit Consens und hinzutretender resignatio des Lehnsherrn, Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1203. 1251, C. d. Anhalt. II Nr 89. 90; Verpfändung eines Lehnsguts durch den Lehnsmann mit Consens des Lehnsherrn, Westf. UB. (Wilmans) III Nr 323. 337. 356; Veräusserung an den Lehnsherrn selbst vor Landgericht, das. III Nr 268. 848; Veräusserung durch den Lehnsmann mit Garantie für resignatio des abwesenden Lehnsherrn, UB. Augsburg I Nr 294, Mon. Bo. X Nr 86. Will der Lehnsherr selber veräussern, so muss er sich zuerst das Gut vom Lehnsmanne resignieren lassen, Westf. UB. (Wilmans) III Nr 226. 254.

Verkehre innerhalb eines Lehnrechtskreises und Lehnsgerichtshofes der Lehnsmann sowohl dem Herrn als den Lehnsgenossen gegenüber in der Gewere des Gutes sich befindet[7].

Es giebt aber doch einen Fall, wo der Lehnsherr das Gut principaliter, nicht blos als Autor des Lehnsmannes, vertreten, mithin als Inhaber der Gewere gedacht werden muss. Dies tritt dann ein, wenn das Lehnsverhältnis zwischen ihm und dem Oberherrn streitig geworden ist und der Herr ihm das Lehn abgesprochen und entzogen wissen will. So etwa, wenn der Oberherr seinem Vasallen und Unterherrn wegen Felonie oder wegen unterlassener Lehnsmuthung u. dgl. das Lehn will aberkennen lassen, erhebt er die Klage nicht gegen den vom Unterherrn belehnten Vasallen auf Herausgabe des Gutes, sondern er klagt gegen den Unterherrn selbst auf Lehnsvertheilung, und von dem nun erfolgenden Urtheilsspruche ist es ohne weiteres abhängig, ob der Untervasall sein Lehn behalten kann oder nicht. Die Quellen drücken das so aus: dem Unterherrn sei die Gewere des Gutes nicht entfernt gegenüber seinem Herrn darum, weil sein Mann das Gut von seinethalben in Geweren habe.

Ssp Lehnr. 7 § 3: Svelk herre en gut liet sinen manne, dar mede n'is ime de gewere nicht gevernet jegen sinen herren, of ime sin herre des gudes nicht bekant, so doch sin man von sinenthalven dat gut in geweren hadde.

In diesen Fällen handelt es sich nun aber im Grunde nicht um ein streitiges dingliches Recht am Gute, sondern um das persönliche Lehnsverhältnis zwischen Oberherrn und Unterherrn, um die Frage, ob der Unterherr überhaupt noch Anspruch darauf habe, Lehnsmann des Oberherrn zu sein; das Schicksal des Lehnsgutes ist die juristisch entschieden secundäre, wenn auch ökonomisch vielleicht sehr wesentliche Folge davon. Solche Prozesse müssen ihrer Natur nach zwischen Ober- und Unterherrn selbst und direct verhandelt und erledigt werden, eine bezügliche Klage gegen den in der Gewere des Guts befindlichen Untervasallen hätte keinen Sinn und keinen Erfolg, weil ihm nicht das Lehn könnte abgesprochen werden. Der vom Oberherrn gegen den Unterherrn erhobene Angriff ist auf dessen Be-

809; C. d. Anhalt. II Nr 23. 29. 86. 94; UB. Augsburg I Nr 134; Baur, Hess. Urk. I Nr 106.

[7] Deutlich sagt das Ssp Lehnr. 39 § 3. Auch der Fall das. 38, Richtst. Lehnr. 15 § 6 gehört hieher, wo der Unterherr seinen Vasallen, der (aus Irrthum oder Untreue) das Lehn direct von dem Oberherrn gemuthet und empfangen hat, vor dem Lehnsgerichte seines Oberherrn belangt. In allen Streitigkeiten zwischen Herrn und Mann selbst hat letzterer naturgemäss die Gewere.

rechtigung, fernerhin Lehnsmann zu sein, gerichtet, und dieses sein Recht, welches auch seine Lehnsherrlichkeit nach unten einschliesst, muss der beklagte Unterherr direct vertheidigen; insofern kann allerdings sein Untervasall als blosser Stellvertreter im Besitz des Lehns betrachtet werden, aber jedenfalls nur in dieser Einzelanwendung gegenüber dem Oberherrn, nicht gegen einen sonstigen Dritten, der das Gut als ihm gehörig vindicieren würde; in letzterem Falle kann der Lehnsherr, weil er der Gewere darbt, nicht direct belangt werden, sondern nur als der vom beklagten Besitzer herbeigezogene Autor am Prozesse theilnehmen. Daher darf um so weniger dieser Satz des sächsischen Lehnrechts dahin verallgemeinert werden, dass „wer die Gewere einem Andern übertragen hat, im Prozess mit einer dritten Person dieser gegenüber den Besitz in Anspruch nehmen kann“ [8]. Der Eigenthümer einer verpfändeten Sache z. B. steht gegenüber der Klage eines Dritten immer und überall unter gleicher Regel wie die soeben für den Lehnsherrn bei Klage eines Dritten auf das Lehnsgut formulierte.

Bei der bäuerlichen Leihe verhält es sich nun nicht anders, doch ist es zweckmässig, hier folgende Fälle aus einander zu halten.

1. Ein Einzelgut ist verpachtet zu Landrecht an einen freien, des Landrechts geniessenden Zinsmann. Ich zweifle nicht, dass der Zinsmann die Gewere des Gutes hat, nicht der Zinsherr [9], und jedenfalls beweisen das Gegentheil nicht Stellen wie Ssp Lehnr. 14 § 1 und Richtst. Lehnr. 29 § 2, welche das Zinsnehmen als Kennzeichen der Gewere aufstellen; denn das ist nur im Hinblick auf die regelmässigen Fälle gesprochen, wo der Zinsmann ein hofhöriger Bauer ist, der weder im Land- noch im Lehngerichte verkehrsfähig ist und auftreten kann. Wo das Pachtverhältnis durchaus landrechtlich ist, muss der Zinsmann das Gut, das er bebaut und dessen Nutzungen er zieht, auch im Landgerichte vertreten können, also die Gewere des Gutes haben, so dass dem Herrn nur eine Gewere am Zinse zukommt. Diese freien Pachtverhältnisse sind zur Zeit der Rechtsbücher nicht häufig, und so liegt mir auch ein ganz schlagender Beweis nicht zur Hand, dagegen im alten Recht galt dieser Satz sicher bei den Precarien und den ähnlichen Leihen, und ebenso finden wir ihn wieder unzweifelhaft in den Erbzinsverhältnissen der Städte, wo der Zinsmann laut den Urkunden vom Zinsherrn in Gewalt und Gewer des Gutes gesetzt wird und der gesetzliche Vertreter desselben in allen Prozessen ist.

---

[8] Stobbe, Handbuch 2. Aufl. II 16.

[9] So auch Stobbe a. a. O. S 17 Anm 25 a. E.

2. Ein Hofgut in einer Grundherrschaft ist an einen freien, des Landrechtes fähigen Mann verpachtet. Das sind die, meist erst in späterer Zeit vorkommenden Fälle, wie sie Bd. I S 35 f. erwähnt worden. Ich sehe keinen Grund dagegen, dass ein solcher Pächter in gleicher Weise die Gewere des Gutes hatte wie der Lehnsmann die des Lehens, also nicht nur im Hof-, sondern auch im Landgerichte das Gut vertrat und als Beklagter figurierte, wenn ein Dritter Ansprüche darauf aus landrechtlichem Grunde erhob, etwa behauptete, das Gut gehöre nicht in den Hof des Leiheherrn, sondern sei sein (des Klägers) Eigen, wie ja auch gewiss der Pächter dieses Gut vor Landgericht seiner Ehefrau zu Leibzucht bestellen oder einem Gläubiger verpfänden konnte (natürlich mit Consens des Leiheherrn).

3. Ein in hofrechtlichem Verbande liegendes Gut ist verpachtet an einen hofhörigen, dem Landrechte entfremdeten Zinsmann. Das ist bei der bäuerlichen Leihe zur Zeit der Rechtsbücher der weitaus häufigste, regelmässige Fall. Da die hörigen Bauern, welche unter Hofrecht stehen, nach Landrecht verkehrs- und rechtsunfähig sind und also gar nicht in die Lage kommen können, ihr Zinsgut vor Landgericht zu vertreten, so kann nach Landrecht und vor Landgericht nur der Zinsherr die Gewere haben, sei es dass er die ganze Villa oder nur das einzelne Gut gegen Ansprüche Dritter zu vertreten in Fall kommt. Hier im Landrechte (wie auch im Lehnrechte) ist eben das Maassgebende für Gewere und Vertretung in solchen Fällen der Zinsbezug, und weil die Rechtsbücher diese Rechtskreise allein berücksichtigen, so heben sie auch das Zinsnehmen als das Kennzeichen der Gewere hervor.

Wir wissen nun aber aus Früherem, dass der Grundherr, der im Landrechte als Eigenthümer seiner Besitzung auftritt, gegenüber seiner hörigen Bauersame blosse Herrschaftsrechte hat, und dass die auf das Hofrecht gegründete Hofverfassung einen Rechtskreis geschaffen hat, der eine Welt, ein Gemeinwesen für sich bildet, wo der Hofherr die Stelle der Staatsgewalt einnimmt. In dieser Rechtsordnung sind die hörigen Bauern die Genossen, die unter sich in den Schranken des Hofrechtes gleichen Rechtsverkehres über ihre Hofgüter theilhaftig sind, wie die freien Bauern über ihre Eigengüter in dem Umfange des Landrechtes. Da ist naturgemäss der Bauer, nicht der Grundherr, Inhaber der Gewere des Gutes. Und da dieser Rechtskreis des Hofrechtes und seine Rechtsordnung ausserhalb alles Landrechts steht und mit diesem nie in Conflict kommen kann, so ist auch hier nicht von mehrfacher Gewere verschiedener Personen an demselben Gute zu reden. Die Gewere des hörigen Zinsmannes im Hofrechte ist durch

die Weisthümer ausser Zweifel gestellt, die namentlich oft von der rechten Gewere, der Landsgewere als der Ersitzung der Güter reden[10]. Sie ergiebt sich aber auch schon daraus, dass unter den Genossen einer Hofherrschaft durchaus derselbe Verkehr an den Hofgütern wie unter den Freien an den Eigengütern und unter den Genossen eines Lehnshofes an ihren Lehnsgütern stattfindet, und kein Verkehr der Gewere entrathen kann.

§ 83. III. Erwerb der Gewere.

Die Gewere ist mit dem Augenblicke erworben, wo seitens keiner andern Person mehr dem Bezuge der Nutzung aus dem Gute ein Hindernis im Wege steht, mag auch wegen sonstiger Umstände die reelle Besitznahme oder der Nutzungsbezug momentan unmöglich sein. So tritt der Käufer einer Liegenschaft oder der Erbe des bisherigen Besitzers in die Gewere des Gutes, sobald ihm durch den Verzicht (die Auflassung) des Verkäufers oder den Tod des Erblassers die bisher von diesem bezogene Nutzung frei geworden ist, gleichviel ob er durch Krankheit an der thatsächlichen Besitzergreifung gehindert ist oder wegen Zahlungsunfähigkeit des Zinsmannes factisch keinen Nutzen aus dem Gute zieht. Man muss sich vor zwei Auffassungen hüten, welche beide der Anschauungsweise des mittelalterlichen Rechts Zwang anthun: die eine will in solchen Fällen unter der Gewere des Käufers, des Erben u. s. w. ein Recht auf den Besitz (nicht den juristischen Besitz selbst) verstehen[1], die andere giebt dem Käufer, dem Erben u. dgl. die Gewere noch nicht sofort mit der Auflassung oder dem Todesfall, sondern nur die Möglichkeit den Besitz zu erlangen, immerhin so, dass er im Streit über das Gut behandelt wird gleich als hätte er den Erwerb der Gewere schon vollzogen[2]. Beide Ansichten leiden daran, dass sie ein zu grosses Gewicht auf das körperliche Innehaben legen und das Wesen der Gewere als eines Rechtsverhältnisses (sog. juristischen Besitzes) zu wenig berücksichtigen. Es ist auch daran zu erinnern, dass das deutsche Recht, zumal das für die Rechtsbildung

[10] Heusler, Die Gewere S 128 f.

[1] So Albrecht und seine Nachfolger.

[2] So Planck, Deutsches Gerichtsverfahren I 531; Behrend, Anevang und Erbengewere S 34. 36 f. Aber läuft das nicht auf einen Wortstreit hinaus? Denn wer alle Vortheile der Gewere hat, der hat eben die Gewere. Gegen Cosack, Der Besitz des Erben S 33 („Gewere ist nicht die Nutzung, sondern die Möglichkeit der Nutzung eines Grundstücks") sprechen direct die Quellen (s. oben § 81 Anm 4).

maassgebende Landrecht, sowie das Lehnrecht, nicht mit dem Falle unmittelbarer Detention des Gutsherrn, sondern mit dem der Bewirthschaftung der Güter durch Zinsleute rechneten, wo der Besitz (die Gewere) sich daraus ergab, dass man das Gut „upborte", und in diese upboringe, die Nutzung des Gutes, war der Erwerber eingetreten, sobald der Zins zu seinen Gunsten lief, also mit der Auflassung, mit dem Tode des Erblassers. Im einzelnen ergiebt sich folgendes:

1. Die Uebertragung der Gewere auf Grund Rechtsgeschäftes unter Lebenden erfolgt in und mit der Fertigung des Guts. Unter Berufung auf das hierüber in § 92 ff. Auszuführende genügt es hier festzustellen, dass eine reelle Besitzeinweisung nicht erforderlich ist, dass vielmehr unmittelbar durch Fertigung des Gutes ausserhalb des Grundstücks (durch die Uebereignung, die Leibzuchts- oder Satzungsbestellung) der Veräusserer die Gewere auf den Erwerber überträgt. Indem die Quellen sich unbedenklich in diesem Sinne aussprechen[3], gehen sie von der selbstverständlichen Voraussetzung aus, dass der Veräusserer wirklich die Gewere hatte; denn das braucht nicht weiter ausgeführt zu werden, dass wer selber nicht in der Gewere ist, auch keine übertragen kann, so wenig durch gerichtliche Fertigung wie sonst. Sollte beispielsweise der Eigenthümer ein Gut, welches ein Dritter zu Leibzuchts- oder Satzungsrecht besitzt, sollte gar ein völlig Unberufener ein in fremdem Eigenthum und Besitz stehendes Gut einem Käufer sogar gerichtlich als lediges Gut zu sofortiger Besitznahme auflassen, so erwirbt dieser letztere keine Gewere.

Somit bedurfte der Erwerber zur Erlangung der Gewere keiner factischen Besitzeinweisung seitens des Veräusserers mehr. Aber man darf deshalb nicht sagen, dass diese Einweisung etwas juristisch Irrelevantes gewesen, blos zu dem Zwecke geübt worden sei, um dem Erwerber Umfang und Grenzen des Gutes nachzuweisen, ihn dem Pächter vorzustellen u. dgl. Hätte es sich blos darum gehandelt, so wären nicht besondere Urkunden darüber aufgenommen (die Investiturbreven der Lombardei z. B.) oder doch in der Traditionscarta die dazu abgesandten Zeugen oder Einweiser ausdrücklich aufgezählt worden, auf

---

[3] Ssp Lehnr. 39 § 3: Of en man enem anderen gut uplet vor sime herren, tohant so hevet he die gewere an'me gude, die des erren mannes was die't liet. Verm. Ssp I 46 d. 5: welche zcith eyn man gewer abetred vor gerichte unde uflesset unde sich or vorczuhet mit finger unde mit munde, so had her sich gelediget von der gewer des gutes. Goslar. Stat. 14, 4 f. In den Urkunden sehr oft, z. B. Lörsch, Aachener Urk. Nr 6: renuncians bonis et se exuens ipsos de dictis bonis protinus investivit. Schon in der häufigen Formel vielleicht: tradidit predium perpetuo possidendum.

die man sich später sollte berufen können. Der juristische Werth der Einweisung hatte allerdings mit dem Verhältnisse zwischen Veräusserer und Erwerber nichts zu thun, denn der letztere war kraft der in der Fertigung liegenden Uebertragung der Gewere befugt, auf das Gut aufzuziehen, ohne dass ihm der Veräusserer ein Hindernis in den Weg legen durfte[4]. Aber die Einweisung bezw. das Aufziehen constatierte die Gewere des Erwerbers gegen Dritte und verhinderte, falls dieser Akt ohne Widerspruch vor sich ging, den Erwerb der Gewere seitens eines Dritten durch jährigen Besitz (unten Ziffer 3), insofern dieses Jahr noch nicht vollendet war. Darum scheint für solche reale Einweisung bezw. Besitznahme des Gutes auch das dreitägige Sitzenbleiben, die sessio triduana, erforderlich gewesen zu sein, eben um die Unterbrechung allfälliger Occupation eines Dritten recht erkennbar zu machen, gemäss Ssp III 83 § 1: Svat man enem manne oder wive gift, dat solen sie besitten dre dage.

Einen Widerspruch gegen die juristische Irrelevanz der Einweisung für die Gewere im Verhältnis unter den Vertragsparteien hat man im Lehnrechte zu finden geglaubt, er ist aber in Wirklichkeit nicht vorhanden. Es wird einmal gesagt, dass der Lehnsmann die Gewere habe, sobald er von dem Herrn in das Gut eingewiesen sei[5]. Dort ist aber nur vom Leihen mit Gedinge die Rede, bei welchem es sich bezüglich des Erwerbes der Gewere durch den Lehnsmann folgendermaassen verhält. Wer mit einem bestimmten, dermalen noch in fremder Hand befindlichen Gute auf den Tod des jetzigen Inhabers belehnt wurde, erwarb die Gewere unmittelbar durch den Todesfall[6], allerdings unter der Voraussetzung, dass der Herr sich zu der Belehnung bekannte, denn gegentheiligen Falls musste der angeblich Belehnte auf Herausgabe des ledig gewordenen Gutes klagen und darbte inzwischen der Gewere[7]. Aber wo seitens des Herrn kein Hindernis vorlag, trat

---

[4] Z. B. Urk. bei Arnold, Zur Geschichte des Eigentums S 378: jus proprietatis in ecclesiam transtulit pleno jure, dans procuratori ecclesie potestatem liberam intrandi possessionem bonorum propria auctoritate.

[5] Ssp Lehnr. 10 § 3: Svenne en herre sinem manne gut bewisen let dat he ime liet, tohant hevet die man die gewere an deme gude, die des herren was er he't ime gelege. Das ist die maassgebende Stelle und nicht der Auctor vetus de benef. I 30, der die Beziehung auf das Gedinge in seinem Zusammenhange nicht so deutlich hervortreten lässt. Aber der Auctor vetus kann nicht der ursprüngliche Text sein.

[6] Ssp Lehnr. 57 § 1: Liet en herre wive oder manne gedinge an enes mannes gude, stirft jene dar na die't in geweren hevet, die gewere des gudes is irstorven uppe dene, deme it gedinge gelegen was.

[7] Ssp Lehnr. 5 § 2: Die it gedinge dar an hevet, die mut it getügen mit

kein Heimfall ein, so dass sich daraus die sofortige Entstehung der Gewere bei dem Gedingsmann von selbst ergab. Dagegen wo nicht ein bestimmt benanntes Gut mit Gedinge verliehen, sondern die Belehnung auf das ersteröffnete Lehn in gewissem Betrage gestellt war, trat zunächst ein Heimfall ein: freilich nicht mit der Wirkung, dass nun der Herr den Anwärter noch zu belehnen gehabt hätte, denn es war schon geliehen, daher auch hier wie bei dem benannten Gedinge und dem gewöhnlichen Lehen der Mann sich selber direct des Gutes unterwinden konnte, wenn der Herr die Einweisung weigerte[8]; aber er sollte zuerst um Einweisung nachsuchen, und jedenfalls trat in diesem Falle der Wartung der Erwerb der Gewere erst mit der wirklichen Besitznahme auf Grund Einweisung oder Unterwindung ein. Nur hierauf bezieht sich Lehnr. 10 § 3; für den regelmässigen Fall der Lehnung ist damit nichts gesagt[9].

Es konnte sich nun aber der Veräusserer einer Liegenschaft ein Recht daran vorbehalten, vermöge dessen er die Gewere der Sache behielt. Wie oft geschah es, dass man einer Kirche das Eigenthum an einem Gut unter Vorbehalt des Niessbrauchs übertrug, oder dass der Veräusserer das Gut sofort wieder zu Lehn empfing; oder der Ehemann, der seiner Frau ein Leibzuchtsrecht bestellte, blieb doch in dem vormundschaftlichen Genusse des Gutes. In allen diesen Fällen ging mit der Gewere insofern eine innere Wandlung vor sich, als ihr Titel verändert wurde: sie bestand jetzt nicht mehr als eigenliche Gewere weiter, sondern verwandelte sich bei dem Usufructuar in eine Leibzuchts-, bei dem Lehnsmann in eine Lehns-, bei dem Ehegatten in eine vormundschaftliche Gewere. Diese Aenderung hat man in alter Zeit viel entschiedener zu markieren das Bedürfnis gefühlt als später: die Gewere des Tradenten und Rückempfängers sollte durch eine bestimmte Besitzhandlung des Erwerbers und Rückverleihers unterbrochen werden, so dass sie fortan um so deutlicher als eine neubegründete und auf ein neues Recht gestellte erkennbar und nachweisbar war.

---

den die it sagen unde horden dat it ime gelegen si, durch dat he der gewere darvet.

[8] Homeyer II 2 S 338. 340. Die Gleichstellung des Gedingsmanns und des Anwärters bezüglich des Rechtes der Selbstunterwindung ist in Ssp Lehnr. 57 § 3 ausgesprochen.

[9] Einen indirecten Beweis dafür, dass zum Erwerb der Lehnsgewere Einweisung nicht erforderlich ist, giebt Richtst. Lehnr. 29 § 4 ff., wo erst nach Erschöpfung aller möglichen Mittel zur Constatierung der Gewere nach der Einweisung gefragt wird. Wäre die Gewere durch sie erst erworben worden, so hätte man in erster Linie darnach fragen müssen.

Diesem Zwecke diente die eben bei anderer Gelegenheit erwähnte sessio triduana, der neue Erwerber wurde in das Gut eingeführt und blieb drei Tage lang ununterbrochen und ungestört auf demselben sitzen, dann erfolgte die Rückverleihung[10]. Das spätere Recht hat diese Uebung der Vorsicht mehr und mehr in Abgang kommen lassen.

Das Lehnrecht stellte die Forderung noch höher; es verlangte, dass derjenige, dem ein Gut übertragen wird unter der Bedingung der Belehnung des Tradenten mit demselben, es während Jahr und Tag in lediglichen Geweren halten und erst dann zu Lehn geben solle[11]. Das ist nun freilich, so viel wir sehen, nie recht praktisch geworden, wohl wegen der damit verbundenen allzugrossen Inconvenienzen. Vielleicht eine Nachbildung des Princips unter Ziffer 3, ist der Satz nie weit über ein theoretisches Axiom hinausgekommen.

2. Dieselbe Wirkung wie die Fertigung hat die gerichtliche Adjudication eines Gutes in Folge eines Rechtsstreites oder eines Contumacialverfahrens[12]. Also auch nur so weit, dass dadurch derjenige, dem das Gut zugesprochen wird, die Gewere des Verurtheilten erhält, dem letzteren mit dem Gute auch die Gewere „vertheilt" ist, daher jetzt der Obsiegende ohne weiteres, wenn auch nöthigenfalls unter Inanspruchnahme der richterlichen Executionsgewalt, aber doch ohne neue Klagerhebung und auch ohne sessio triduana (Ssp III 83 § 1), sich des Gutes unterwinden kann. Dagegen versteht es sich auch hier, dass ihm gegenüber Dritten, die sich in der Gewere des Guts befinden, die Adjudication keine Gewere verschaffen kann. So verliert ein Lehnsmann, dem durch Urtheil des Lehnshofes sein Lehn abgesprochen wird, dadurch direct die Gewere an den Lehnsherrn, sofern er sie selber bisher hatte; war aber das Gut von ihm verpfändet und weigerte der Pfandinhaber die Herausgabe, so hatte auch der Lehnsherr durch die Adjudication die Gewere noch nicht gewonnen und musste das Gut und die Gewere des Gutes erst vom Satzungsgläubiger lösen oder erstreiten.

3. Wer durch Gewalt oder Hinterlist sich eines Gutes bemächtigt hat, erlangt die Gewere erst durch Ablauf von Jahr und Tag, wenn in dieser Zeit sein vitioser Besitz unangefochten geblieben ist[13].

---

[10] Beispiele bei Brunner, Zur Rechtsgeschichte der Urk. S 296 Anm 1.

[11] Ssp I 34 § 2. Vgl. Homeyer II 2 S 315. Ein Beispiel aus älterer Zeit MR. UB. I Nr 306: habita digna census et servitii solutione per annum et diem.

[12] Ssp II 24 § 1, III 82 § 2 i. f.; Richtst. Landr. c. 23 § 5; Ssp Lehnr. 39 § 1: sweme sin gut mit lenrechte verdelt wert, die sal der gewere darven.

[13] Auf diesen Fall und nicht auf den der heute sog. rechten Gewere bin ich geneigt Ssp II 44 § 1 zu beziehen: Svelk gut en man in geweren hevet jar unde

Mit der heutzutage sogenannten rechten Gewere hat dieser Erwerbsgrund direct wenigstens nichts zu schaffen; Entstehung, Inhalt und Wirkung sind bei beiden durchaus verschieden (§ 97). Hier handelt es sich darum, dass Jemand sich gewaltsam oder heimlich (vi aut clam) der Herrschaft über ein Grundstück bemächtigt hat; die Gewere hat er dadurch nicht erlangt, sie bleibt bei dem Dejicierten[14], muss aber von diesem innerhalb Jahresfrist gerichtlich geltend gemacht werden (§ 85 Ziffer 2). Beruhigt sich der Verletzte bei dem widerrechtlich geschaffenen Zustande und schweigt er während Jahr und Tag, so convalesciert der Besitz des Verletzers zum Rechtsverhältnis, zur Gewere; die Folge ist, dass der Dejicierte nun im Eigenthumsprozesse, der ihm immer noch offen steht, als Kläger auftreten muss, nicht vorherige Anerkennung seiner Gewere und Zuweisung der Beklagtenrolle verlangen kann. Man darf daraus nicht den Schluss ziehen, dass unter Gewere eben doch etwas anderes verstanden worden sei als juristischer Besitz, etwa ein Besitzrecht (d. h. Recht auf Besitz) oder dergl. Nein, der Dejicierte hat wirklich während der Jahresfrist den juristischen Besitz, und das thatsächliche Haben des Dejicienten ist noch nicht als Rechtsverhältnis respectiert. Im niederländischen Rechte ist der Rechtssatz deutlich ausgesprochen: wer ohne irgend welchen Titel ein Gut während Jahr und Tag inne gehabt hat, „wenn er auch mit einer Schleuder darein geworfen wäre", wird als Besitzer geschützt und muss nur der Eigenthumsklage und dem Eigenthumsbeweise weichen. Besonders schön ist das Princip in der possession annale des französischen Rechts ausgebildet, welches sein feines System der Besitzklagen (complainte de nouvelle dessaisine u. s. w.) darauf aufgebaut hat.

---

dach ane rechte wedersprake, die hevet dar an ene rechte gewere. Es bestimmt mich dazu die Fortsetzung der Stelle, welche doch entschieden nur gewaltthätigen Besitz und das jährliche Erneuern der Klage behufs Unterbrechung der Verjährung (Ssp. Lehnr. 22 § 4) im Auge hat, hauptsächlich aber Ssp Lehnr. 14 § 1: doch ne het dat nen recht gewere, dat die man mit gewalt besitt; ferner Richtst. Lehnr. 29 § 3 i. f.: eft he (der Dejicient) an dem gude ummer rechte boringe krigen moge. — Rechte Gewere heisst in den Rechtsbüchern und vorab im Ssp regelmässig die zu Recht bestehende, d. h. als Rechtsverhältnis, als juristischer Besitz anerkannte, wie Richtst. Landr. 26 § 6 in gleichem Sinne sagt: so vrag, we an deme gude tu rechte were hebbe. — Das Verkennen dieser Bedeutung hat wesentlich die Verwirrung verschuldet, welche in der Lehre der heute sog. rechten Gewere herrscht, wie wir in § 97 näher sehen werden.

[14] Ganz correct daher bair. Landr. (Freyberg) Art. 203, bei Heumann, Op. S 106: würd er des aigens entwert, von welhem gewalt das gescheche, das sol dem unschedlich sein an seiner gewer.

4. Endlich wird die Gewere erworben durch Erbgang, d. h. der Erbe tritt unmittelbar durch den Tod des Erblassers in die Gewere ein, die der letztere im Augenblicke seines Todes an dem liegenden Gute hatte[15], sofern sie Ausdruck eines vererblichen Rechts ist. Es kann also nicht nur keine Rede davon sein, dass der Erbe eine Gewere an einem Gute gewinnen könnte, welches der Erblasser etwa zu Satzung weggegeben und also nicht in Geweren hatte, sondern es erlangt auch z. B. der Erbe des Ehemanns, der seiner Frau eine Leibzucht bestellt hat, keine Gewere an dem Leibzuchtsgute, weil die Vormundschaft und die vormundschaftliche Gewere, welche der Erblasser daran hatte (s. oben S 26 Anm 1), nicht vererblich sind.

Dieser Satz von dem unmittelbaren Uebergang der Gewere auf den Erben ist in der heutigen Litteratur stark bestritten[16]. Seine Richtigkeit ergiebt sich, abgesehen von dem nicht wegzudeutenden Sprichworte le mort saisit le vif, aus der Analogie des Erwerbs der Gewere durch Auflassung. Wie hier der Veräusserer durch das se exitum dicere dem Erwerber die Nutzung frei macht, so wird bei Erbgang durch das exire des Erblassers dem Erben die Nutzung geöffnet und läuft der Zins zu seinen Gunsten. Darum darf man sicher nicht, wie Laband es thut, annehmen, dass die Witwe, welche noch dreissig Tage lang auf dem Gute des Mannes bleiben darf, dadurch die sofortige Wirksamkeit der Gewere des Sohnes und Erben ausgeschlossen habe; denn sie selber hatte das Gut nicht in Geweren[17], weil sie die Nutzung desselben nicht mehr hatte, ihr kam blos Wohnung und Genuss der Hofspeise zu, aber kein Anspruch auf Zins der Zinsleute oder auf Antheil an der Ernte nach Verhältnis der dreissig Tage zum Jahresnutzen: alle diese Nutzung des Gutes, das eigentliche upboren, stand vom Todestage des Vaters an dem Sohne und Erben zu. Und dieser, nicht die Witwe, war es, der schon

[15] Nur diesen Fall der Gewere an einzelnen Liegenschaften haben wir hier im Auge. Den weiteren, allerdings mit ihm sich eng berührenden und im Verlaufe der Rechtsentwicklung gleich behandelten der Gewere an der ganzen Erbschaft (dem Nachlass) versparen wir für das Erbrecht.

[16] Hauptsächlich von Laband, KrV XV 398 ff. Seine Gegengründe erledigen sich wohl völlig durch das im Text Bemerkte. Was Behrend, Anevang und Erbengewere, bes. S 50 ff., für die Nothwendigkeit realer Besitzergreifung (Einweisung) anführt, reicht ebenfalls nicht aus, wie sich im Erbrecht (s. unten § 179) zeigen wird.

[17] Wenn es Blume von Magdeburg I 14 (Böhlau S 32) heisst: sy (die Witwe) in darf der gewere nicht roumen, ir in werde denne ir morgingabe, so hat das jedenfalls nicht den Sinn: sie braucht den Besitz nicht an den Erben abzugeben, sondern: sie braucht nicht Haus und Hof zu verlassen.

während der dreissig Tage das Gut in Prozessen zu vertreten gehabt hätte.

Der wesentliche praktische Werth des ohne weiteres sich vollziehenden Uebergangs der Gewere des Erblassers auf den Erben lag darin, dass wenn ein Dritter nach dem Tode des Erblassers nicht etwa auf Grund von Erbansprüchen, sondern aus anderem Grunde eigenmächtig zugriff und das Gut in seine Gewalt zog, der Erbe wegen Dejection auf Wiederherstellung des früheren Besitzstandes klagen und dadurch den Usurpator in die Klägerrolle für den Hauptprozess über das Recht am Gute nöthigen konnte (§ 85), sowie darin, dass die vom Erblasser begonnene Jahresfrist der sog. rechten Gewere, ohne durch den Todesfall unterbrochen zu werden, für den Erben weiter lief[18].

Waren mehrere Erben vorhanden, und erkannten sie sich gegenseitig als solche an, so hinderte nichts, dass sie alle zusammen die Gewere hatten, selbst wenn der eine von ihnen etwa auf eigenem Hofe oder auf einem Lehn seines Lehnsherrn wohnte, und die andern, seine Geschwister, auf dem elterlichen Gute zurückgeblieben waren. Denn in solchem Falle war der Mitgenuss des ersteren an der Nutzung von den Miterben, die auf dem Erbschaftsgute sassen, nicht beanstandet. Anders aber, wenn das Erbrecht unter mehreren Erbprätendenten streitig wurde. Zwei Fälle sind hier zu unterscheiden:

a. Der eine Ansprecher hat mit dem Erblasser in der gleichen Haushaltung gelebt, der andere nicht. Der wichtigste Anwendungsfall ist der, dass von mehreren Kindern die einen aus dem elterlichen Hause abgesondert ein eigenes Hauswesen begründet haben, die andern in ungetrenntem Haushalte mit den Eltern geblieben und „in der Were bestorben“ sind. Bestreiten nun bei Eintritt des Erbfalls diese letzteren dem abgesonderten Bruder seine Erbberechtigung, weil er bei der Absonderung auf seinen Erbtheil verzichtet habe (Ssp I 13 § 2), während er gemäss Ssp I 13 § 1 seine Ausstattung conferieren und Miterbe sein will, so steht die Gewere des Erbschaftsgutes einzig den in der Were bestorbenen Kindern zu und ist ihnen für den Erbprozess die Beklagtenrolle gesichert[19]. Wenn also etwa in dem

[18] Richtst. Lehnr. 22 § 5.

[19] Dies ist zu entnehmen aus Naumburg. Weichbildr. Art. 60 u. 61 und dem Hallischen Schöffenspruch, Mühler, Deutsche Rechtshandschr. S 54 f. 78 Nr 14b. Besonders auch aus dem holländischen Erbhausrechte: die erfuiter, boedelharder, boedelhouder, d. h. die in der Were bestorbenen Erben (incl. der überlebende Ehegatte wegen der Gütergemeinschaft) gehen andern Erbprätendenten im Erbhaus-

Augenblicke, da der Vater die Augen schloss, sein unabgesonderter Sohn mit dem Kaiser in Italien zu Felde lag oder sich auf einer Handelsreise nach Venedig oder Flandern befand[20], und ein längst abgesonderter Sohn, der den sterbenden Vater noch besucht hatte, diese Gelegenheit ergriff, um sich in den Besitz des Gutes zu setzen, so half ihm das nichts, er war Usurpator, und der zurückgekehrte Bruder war vermöge seiner Erbengewere berechtigt, vor allem Rückgabe des Gutes in seine Gewere zu verlangen und damit den andern in die Klägerrolle zu weisen.

b. Keiner von den Erbprätendenten hatte mit dem Erblasser in gleichem Haushalte gelebt. Dann hat ursprünglich, wie ich vermuthe, die Priorität der thatsächlichen Besitzergreifung und Besitzübung über die Gewere entschieden, gemäss den bei zweifelhaftem Besitzstand geltenden Grundsätzen (§ 85 Ziff. 1). Später hat sich, um mannigfache Uebelstände zu vermeiden, ein gerichtliches Einweisungsverfahren ausgebildet, das wir besser im Erbrechte (unten § 179) betrachten werden.

Die Statutarrechte Frankreichs und Italiens lassen über den Satz, dass die Gewere des Erblassers unmittelbar durch dessen Tod auf den Erben übertragen wird, nicht den geringsten Zweifel[21]. Für Deutschland will man bestimmte Zeugnisse darüber vermissen. Mir scheint, man sei hierin etwas zu kritisch und skeptisch geworden, und man dürfte sich vollauf genügen lassen an dem, was die Quellen uns bieten. Schon der öfter vorkommende Ausdruck, die Gewere sei auf den Erben erstorben, beweist genug, zumal wenn man ihn mit der lateinischen Wendung in den ältern Urkunden zusammenhält: pater me vestitum de hereditate dimisit[22]. Was anders als der sofortige Uebergang der Gewere liegt sodann ausgesprochen in der Glosse zu Ssp III 82 § 2[23] und im Glogauer RB. c. 8? und warum soll Ssp Lehnr. 6 § 1 nicht deutlich genug sprechen? „Die vader erft uppe 'n sone die gewere des

---

rechte vor, können auch die Einweisung (Einleitung) anderer Erbansprecher in die Gewere hindern. Krom, Oud-nederlandsch erfhuisrecht. Nijmegen 1878. S 72 f.

[20] Der Fall des Magd.-Bresl. syst. Schöffenr. IV 2, 41.

[21] Heusler, Die Gewere S 325. 350. 362. Auch die niederländischen Rechte, unter denen das vielberufene Stadtrecht von Brüssel Art. 247.

[22] Z. B. Cod. Lauresh. Nr 3; MR. UB. I Nr 27. Mit der „notorischen Ungenauigkeit der damaligen Rechtssprache" (so Cosack, Besitz des Erben S 26) den Werth dieses Ausdrucks abschwächen zu wollen, erregt heutzutage nur noch ein Lächeln.

[23] „Zum andern kommt einer in eines dings besitzung, ob ihm ein erbe anstirbt, das gut hat er allbereit in seinen geweren und besitzt es."

gudes mit sament deme gude, dar umme ne bedarf die sone nicht, dat man ime des vader gut bewise." Der Erbe hat (gleich dem durch Fertigung Erwerbenden) das Recht sofortiger Unterwindung des Guts ohne Einweisung, denn er steht in der Nutzung, auch bevor er vom Lehnsherrn die Recognition erlangt hat.

Im Hofrechte verhält es sich analog. Der Erbe eines Hofbauers muss sich das Gut vom Herrn wieder leihen lassen[24], aber es kann kaum bezweifelt werden, dass er doch in der Zwischenzeit zwischen dem Tode des Erblassers und der Beleihung die Nutzung des Guts, also die Gewere hatte[25].

Für die Erbengewere in hier entwickeltem Sinne spricht endlich die Analogie der Gewere des Gedingsmannes im Lehnrechte[26]: wer mit einem Gute, das dermalen noch ein Anderer zu Lehn hat, auf dieses letzteren Todesfall belehnt ist, braucht sich bei Eintritt dieses Falles auch nicht mehr das Gut erst „beweisen" zu lassen, die Nutzung ist sofort sein. Der Gewere darbt er gemäss Ssp Lehnr. 5 § 2 (oben Anm 7) nur dann, wenn der Herr den Uebergang des Lehns auf ihn nicht anerkennt und das Gut an sich gezogen oder anderweitig verliehen hat, gerade wie ein Erbansprecher der Gewere darbt, wenn die vorhin besprochenen Fälle (S 40 f. lit. a u. b) eingetreten sind. Die beiden Stellen Ssp Lehnr. 5 § 2 und 57 § 1 dürfen daher nicht mit Planck, Deutsches Gerichtsverf. I 531 auf einen und denselben Fall bezogen werden, sie beruhen vielmehr auf diesen verschiedenen Voraussetzungen, welche ersichtlichermaassen für die Zutheilung der Gewere entscheidend sind.

§ 84. IV. Wirkungen der Gewere.

Ueber die Rechtswirkungen der Gewere können nach allem Vorangegangenen die Hauptsätze kurz zusammengefasst werden.

1. Das Recht des Besitzes findet seinen Mittelpunkt in dem Satze, dass die Rechtsordnung einen blos thatsächlichen Herrschaftsbestand respectiert, weil er im Zweifel als Rechtsbestand angesehen wird, und

---

[24] Grimm, Weisth. I 188 Z. 1 v. u., S 246 Z. 9 v. o., S 289 Z. 14 v. o., III 31. 166 § 7 u. s. w.

[25] Den lehrreichen Gegensatz dazu bildet etwa der Satz, dass der König bei erledigtem Bischofssitze bis zur Wiederbesetzung Besitz und Nutzung des Kirchenguts hat. Ficker, Eigenthum des Reichs am Reichskirchengute S 95. Hier war eben kein Erbe vorhanden, und die Gewere dem König als dem Vogteiherrn (oben Bd. I § 64) frei geworden.

[26] Ssp Lehnr. 57 § 1 (oben Anm 6). Homeyer, Sachsensp. II 2 S 329 ff.

ihn daher auch so lange schützt, bis dieser Zweifel zu Ungunsten des Besitzers gehoben ist. Die durchschlagende praktische Aeusserung dieses Gedankens zeigt sich in dem Satze, dass nicht Selbsthilfe, nicht Eigenmacht, sondern nur Urtheil und Recht einen unrechtmässigen Besitzstand soll zerstören dürfen.

Das ist auch im deutschen Rechte der Kern, in welchem das System der Gewere seinen Sinn und Zweck findet: die Gewere giebt ihrem Inhaber den Anspruch auf Schutz in Ausübung des durch sie zur Erscheinung gebrachten Rechtes, bis dieses Recht und damit die Gewere selbst als unbegründet erkannt ist. Die Quellen geben diesem Satze in durchaus praktisch-realistischer Tendenz die negative Fassung, man dürfe Niemanden aus seiner Gewere weisen, selbst nicht, wenn er sie mit Unrecht erworben hat, sie sei ihm denn mit rechter Klage gebrochen, mit Urtheil abgewonnen[1].

2. Kann dem Besitzer die Gewere nur mit Urtheil und Recht abgesprochen werden, so muss er auch in allen Prozessen um Gut die zu verklagende Partei sein[2]. Ein blosser Detentor, wie der Verwalter eines Gutes, ist nicht der richtige Beklagte, denn er besitzt nicht, und die Klage malo ordine possides würde ihn daher gar nicht treffen, er würde sich der Antwort weigern dürfen.

Eher liesse sich fragen, ob nicht unter Umständen statt des Inhabers der Gewere derjenige, von welchem er sein Recht und seinen Besitz herleitet, zu belangen sei, z. B. statt des Leibzüchters, des Satzungsgläubigers, des Lehnsmannes der Eigenthümer, der Lehnsherr.

In dieser Hinsicht bemerken wir, dass die auf das Gut und dessen Herausgabe gerichtete Klage nur gegen den Inhaber der Gewere kann angestellt werden, weil sie eben diese Gewere zu brechen bezweckt. Im Interesse dieses Beklagten liegt es dann allerdings dafür zu sorgen, dass derjenige, von welchem er die Sache hat und welchem er verant-

---

[1] Treuga Henrici regis c. 11 (Pertz II 267): Nullus a possessione rerum quas possidet ejicietur, nisi possessio ab eo in judicio evincatur. Ssp II 24 § 1 s. oben S 21 Anm 3. Ssp II 70: Man ne sal niemanne wisen von sime gude, dat he in geweren hevet, ime ne werde die gewere mit rechte afgewunnen. Ebenso Ssp Lehnr. 38 § 4; Ssp III 82 § 2. Urk. von 1250 bei Möser, Osnabr. Gesch., Ausg. von 1843, Docum. Nr 321: Corporaliter possidens quis tam diu in ipsa debeat possessione manere, donec per justitiam evincatur.

[2] Goslar. Stat. 81, 10: Welkerleye gut en in sinen weren heft, dar scal he vore antworden billiker denne de, de der were darvet. Wasserschleben I 133: Wer das gut in nuczcze und gewere hat, der musz do vor antworten, wenne her dorummb beklagit wirt. Brünner Schöffenb. c. 125: Si homo hereditatem suam alteri locavit, ad respondendum de tali hereditate non ille qui eam convenit, sed qui hereditatis possessor est proprius, ad judicium est citandus.

wortlich ist, gegen welchen er auch umgekehrt das Regressrecht hat, Gelegenheit erhalte, den Beklagten und damit das Gut zu vertheidigen, indem er die Währschaft übernimmt und durchführt[3]. Anders liegt die Sache, wenn die Gewere des Besitzers unbeanstandet ist, der Kläger aber das Recht desjenigen, von dem der Besitzer das Gut zu abgeleitetem Rechte in Geweren hat, in Streit zieht. Solche Prozesse waren nur in sehr beschränktem Umfange möglich; gar nicht denkbar waren sie gegen den Eigenthümer eines zu Leibzucht oder Satzung gegebenen Gutes, so also, dass der Kläger unter Anerkennung der Leibzucht oder der Satzung blos hätte verlangen können, dass ihm das Eigenthumsrecht zugesprochen werde. Es gab gar keine Klage hierfür, weil das malo ordine possides nicht passte, und der Prozess wäre gegenstandslos gewesen, wir könnten sagen, eine actio war nondum nata, solange der Kläger auf die Sache selbst keinen Anspruch erhob. — Bei Leiheverhältnissen dagegen ist eine dingliche Klage gegen den nicht in Geweren befindlichen Leiheherrn in Bezug auf sein Recht am Gute möglich, aber auch nur darum, weil der Gegenstand der Klage alsdann der Lehnsdienst (die Lehnware)[4] oder der Zins ist, an welchem der Beklagte Gewere hat. Daher kann mit malo ordine possides auf die Lehnware oder den Zins geklagt werden und in und mit der Entscheidung darüber erledigt sich auch das Recht am Gute selbst.

§ 85. V. Schutz der Gewere.

Das deutsche Recht hat nicht besondere possessorische Klagen ausgebildet. Seine auf malo ordine possides formulierten Klagen, scheinbar als Besitzklagen auftretend, gehen doch sofort auf das letzte Ziel, auf das Recht an der Sache: der Kläger muss ein Recht behaupten und der Beklagte dem gegenüber sein Recht erweisen. Doch hat der deutsche Prozess eines possessorischen Verfahrens, durch welches nur die Besitzfrage entschieden wird, nicht ganz entrathen können, sondern als präparatorisches, als Vorverfahren bei dinglicher Klage in zwei Fällen ausgebildet: bei Besitzstörung und bei Dejection[1].

---

[3] Näheres darüber bei Planck, Deutsches Gerichtsverfahren I 542 ff. 583 ff.

[4] Homeyer, Sachsenspiegel II 2 S 384. 386 a. E.

[1] Besonders bestimmt wird diese Trennung von possessorischem und petitorischem Verfahren dargestellt in dem Weisthum von Langenthal von 1336 (Grimm, Weisth. I 181 Z. 1 ff. v. o.), betreffend einen Streit über eine Hörige zwischen dem Kloster St. Urban und Heimo von Grünenberg: swa die herren von sant Urban betzügen mügen, das si die selben frowen har braht hand in ir gewer, untz das si Heimo derselben frowen mit gewalte entwerte, so sol er si dien herren von sant

In jedem Prozessrechte, und so auch im deutschen, gilt die Rolle des Beklagten als die vortheilhaftere: der Richtsteig weist öfter darauf hin, wie zweckmässig es sei, sich dieser Stellung zu versichern. Speciell bei dinglichen Klagen brauchte der Beklagte, wie schon in § 81 ausgeführt, nur zu beweisen, dass er zu dem von ihm behaupteten Rechte erworben habe, und des Klägers Sache war es dann, diesen Erwerb als einen unrechten darzuthun. War nun irgendwie, durch ungenaue Grenzbezeichnung oder durch heimliche Ränke oder Gewalt einer Partei der Besitzstand unsicher geworden oder verändert, so konnte die Partei, die sich dadurch beeinträchtigt glaubte, eine vorgängige Untersuchung und Entscheidung über die Besitzfrage behufs Feststellung der Parteirollen für den Prozess über das Recht an der Sache verlangen. Und zwar unterscheiden die Quellen die zwei Fälle von zweifelhaftem Besitzstande (Besitzstörung) und Besitzentsetzung.

1. Zweifelhafter Besitzstand. Es sind zwischen zwei Nachbarn Besitzstörungen eingetreten, die Grenze ist streitig geworden, und jeder behauptet die Gewere des Grenzstückes zu haben; oder zwei Grundherrn machen beide Anspruch auf ein Gut und behaupten zugleich beide in der Gewere zu sein, den Zins jeweilen von dem Pächter bezogen zu haben u. dgl. In solchen und ähnlichen Fällen muss, bevor die Rechtsfrage zur Verhandlung kommt, die Parteirolle zur Lösung der Zweifel über den Besitzstand festgestellt und die Gewere der einen Partei zugetheilt werden. Zu diesem Behufe untersucht der Richter zuerst, ob wirklich auf beiden Seiten Handlungen stattgefunden haben, die sich als ein Beziehen der Nutzung, als ein upboren des Gutes charakterisieren. Denn wenn eine Partei nichts dergleichen für sich nachweisen kann, so hat sie keine Gewere, und damit ist entschieden, dass sie als Kläger auftreten muss. Haben aber beide Parteien wirklich das Gut genutzt, so wird demjenigen, dessen Nutzung in ältere Zeit hinaufreicht, die Gewere und die Beklagtenrolle zugetheilt. Ist über die Priorität nichts Bestimmtes zu ermitteln, so wird eine Jury der Gemeindegenossen (Umsassen) aufgerufen und von dieser ein Wahrspruch darüber eingeholt, wer als im Besitze des Guts befindlich zu betrachten sei. Ergiebt sich auch auf diesem Wege keine Gewissheit, so greift man zu dem letzten, rein formalen Mittel,

---

Urban wider in ir gewer lassen, und hat er üt an ze sprechende von eigenschaft, daz sol er denoch tun, und süllent ouch si im darumbü des recten gehorsam sin; mügent aber si des nüt ertzügon, so sol Heim die frowen inne han in gewer, und dien herren des rechten darumbü gehorsam sin (d. h. auf ihre Eigenthumsklage sich verantworten).

zu Theilung des streitigen Stücks, sodass jede Partei in Bezug auf den dem Gegner zugefallenen Theil als Kläger auftreten muss; und da das wohl bei Grenzstreitigkeiten, nicht aber bei zweifelhaftem Besitzstand eines ganzen Gutes zweckmässig ist, so lässt man den Parteien die Wahl zwischen Theilung und Gottesurtheil (Wasserurtheil)[2].

2. Besitzentsetzung. Wenn einer durch Gewalt (Dejection) des Guts entsetzt worden war, so konnte er (unter Voraussetzung der Anstellung der Klage innerhalb Jahr und Tag seit dem Verluste) zuerst Anerkennung seiner Gewere für den Prozess über das Recht am Gute, also Einweisung in die Beklagtenrolle für diesen Rechtsstreit verlangen. Er musste zu diesem Behufe die Dejection mit zwei Zeugen beweisen[3]. Die Klage ging gegen den Inhaber des Gutes, mochte dies der Dejicient selbst sein oder ein Dritter, der von ihm erworben hatte; auf Beweis der Dejection wurde der Hinausgeworfene als Inhaber der Gewere und als Beklagter im Hauptprozesse anerkannt[4]. Im übrigen verweise ich auf § 83 Ziffer 3.

Bleibt dieser Schutz der Gewere in den mässigen Schranken des absolut Nothwendigen, so tritt dann allerdings in einem Falle der Schutz über diese Grenze hinaus, nämlich da, wo ein gerichtlich aufgerufener und ausgekündeter Besitz während Jahr und Tag unangefochten geblieben ist, d. h. in dem Falle der sog. rechten Gewere. Dann hat sie zwar nicht rechtserzeugende, wohl aber rechtsvernichtende Kraft, sie erzeugt nicht erst das Recht des Besitzers, sondern zerstört gegentheilige Ansprüche durch Ausschliessung ihrer Geltendmachung. Es gehört aber dieser Gegenstand nicht hieher, in das System der Gewere; denn was der sog. rechten Gewere diese rechtsausschliessende Wirkung giebt, ist nichts aus dem Wesen des Besitzes Fliessendes, sondern Rechtsfolge der richterlichen Auskündung und Aufforderung zum Widersprechen und des Schweigens auf solche Aufforderung hin. Das Institut ist nur im Zusammenhange mit der gerichtlichen Eigenthumsübertragung zu verstehen und wird daher dort dargestellt werden.

---

[2] Die Belegstellen sind: Richtst. Lehnr. 29 § 2—5. Richtst. Landr. 26 § 6. Vetus Auctor I 98—100. Ssp III 21 § 1 u. 2. Ssp Lehnr. 40. Litteratur: Laband, Vermögensrechtl. Klagen S 205 ff. Heusler, Gewere S 257 ff.

[3] Vgl. Laband a. a. O. S 187.

[4] Näheres bei Laband S 185 ff.; Heusler, Gewere S 269 ff. Hier ist blos noch zu bemerken, dass diese Klage auch dem Erben zustand gegen solche, welche ein Erbschaftsgut nach dem Tode des Erblassers (oder vor dem Tode, aber so, dass noch nicht Jahr und Tag darüber gegangen war) eigenmächtig und nicht pro herede in Besitz genommen hatten. Näheres später im Erbrecht. Vorläufig Krom, Oud-nederlandsch erfhuisrecht S 63.

Zweites Kapitel.

Das Eigenthum.

§ 86. I. Begriff des Eigenthums.

Eigenthum ist das Recht, das seiner Natur nach dazu befähigt ist, seine volle Ausübung in allseitiger Beherrschung des Gegenstandes, an welchem es besteht, in Bezug sowohl auf Nutzung als auf Verfügung zu finden. Es ist möglich, dass diese vollständige Nutzungs- und Verfügungsfreiheit schon gesetzlich, z. B. durch Anwartschaftsrechte der Erben, durch Nachbarrechte der Markgenossen u. dgl., eingeschränkt ist oder durch Privatdispositionen, wie Bestellung von Pfandrechten, von Niessbrauch, eingeengt wird, aber das Eigenthum in dem eben aufgestellten Begriffe ist trotzdem vorhanden und gewinnt von selber durch Wegfall jener Beschränkungen die volle Freiheit der Bewegung wieder, weil sie seinem Begriffe und Wesen immanent ist, mag sie auch zeitweilig stillgestellt sein.

Dieser Eigenthumsbegriff ist dem deutschen Rechte ganz geläufig, er kommt aber allerdings nur indirect in der Bezeichnung des zu Eigenthum besessenen Gutes zum Ausdrucke. Die deutsche Rechtssprache hat ja für die abstracten Rechte, und so auch für das Eigenthumsrecht keine Ausdrücke. Das Gut, woran man Eigenthum hat, heisst das Eigen[1] und steht im Gegensatze zu Lehn, Leibzucht, Satzungsgut u. dgl. Wo nun das Eigen durch keine Niessbrauchs- oder andere Rechte gebunden ist und also das volle Recht des Eigenthümers sich daran entfalten kann, heisst es frei lediges Eigen, durchschlächtiges Eigen[2]. Nicht ganz genau ist es, wenn Eigen schlechtweg für Liegenschaft gebraucht und etwa gesagt wird: al die wile daz daz aigen in unserre gewalt ist, sulen wir geben ein zins[3].

Erst im 14. Jahrhundert bildet sich für das Eigenthumsrecht, das

---

[1] Und zwar ist das Wort nur verwendet für Liegenschaften, Eigen und fahrende Habe ist ein häufiger Gegensatz; doch nicht ausnahmslos, z. B. Bremer Stat. von 1303 c. 47 (Oelrichs S 95): spreke dhe varende have dhe si sin echtliken eghen.

[2] UB. St. Gallen Nr 720: hereditas libera et absoluta. Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 102 Nr 34: finito anno penitus erit libera et soluta.

[3] UB. Augsburg I Nr 71. Vgl. Lüb. R. (Hach) I 26: immobilia, i. e. torfacht eigen. Ebenso bei allodium, MR. UB. I 366: allodium quoddam, quod possederam in beneficio.

bisher eines deutschen Ausdruckes entbehrt hatte, das Wort Eigenschaft (vorzüglich in Süddeutschland) und Eigenthum (mehr in Norddeutschland)[4]. In städtischen Urkunden zumal Schwabens ist schon früh eine gänge und gäbe Formel: das Haus zinse von Eigenschaft wegen so und so viel an den und den Herrn. Die Leichtigkeit und Raschheit, womit sich diese Ausdrücke einbürgern, zeigt, dass es sich blos um eine Erweiterung und freiere Beweglichkeit der Sprache, nicht um neues Recht handelt, wie denn schon seit ältester Zeit die lateinischen Urkunden die Begriffe proprietas, jus proprietarium u. dgl. verwendet hatten.

§ 87. II. Sog. getheiltes Eigenthum.

Aus dem angeblichen Mangel eines festen Eigenthumsbegriffs, oder doch aus vermeintlich ungenügendem Zustande der Rechtssprache hat man wohl eine Erscheinung zu erklären versucht, welche zwar nie mehr als doctrinären Werth, keinen rechtsbildenden Einfluss erlangt hat, aber uns in den Quellen so oft begegnet, dass wir nicht mit Stillschweigen dabei vorbeigehen können: die Unterscheidung von dominium directum und utile. Es handelt sich dabei nicht um etwas aus dem Wesen des deutschen Rechtes Entsprungenes, sondern um eine Schultheorie der Romanisten und Feudisten. Ohne derselben eine irgend erhebliche praktische Bedeutung beimessen zu wollen, glaube ich indess doch, dass ihr eine tiefere und richtigere Beobachtung zu Grunde liegt, als man gemeiniglich annimmt.

Es soll nicht bestritten werden, dass zumal seit dem 13. Jahrhundert in den Urkunden mehr und mehr dominium mit proprietas gleichbedeutend gebraucht wird. Aber die eigentlich technische Bedeutung von dominium im Sprachgebrauche des früheren Mittelalters ist doch nicht die von Eigenthumsrecht im engeren privatrechtlichen Sinne, sondern die von Herrschaft mehr im Sinne von Munt als von Eigenthum. Der Landesherr hat das dominium terrae nicht als Eigenthum an Grund und Boden, das ihm oft fehlt, sondern als Landeshoheit, als Herrschaft über Land und Leute; der Vogteiherr ist dominus seiner Vogteileute, der Grundherr hat das dominium, die Grundherrlichkeit oder Grundherrschaft, auch nicht als Eigenthum an dem betreffenden Dorfe gedacht, sondern als Herrschaft über die Leute; das

[4] Urk. von 1315 bei Kraut, Grundr. § 73 Nr 2. Niesert, Münster. US. II 69: proprietas que vulgo eghendom dicitur (v. J. 1338). Vgl. Gobbers, Die Erbleihe u. s. w. in Z der Sav.-Stiftung, germ. Abth. IV 138.

Eigenthum hat er daneben unter Umständen auch, doch nicht nothwendig, es ist ein besonderer Begriff für sich, und juristisch besteht ein sehr bestimmter Unterschied darin, dass die Grundherrschaft, das dominium, selbst Gegenstand einer Gewere und des Eigenthums ist, das Eigenthum dagegen das dingliche Recht am Gute ist.

Während es nur eine proprietas, nur einen Eigenthümer an einem Gute geben kann, sind in gewissen Verhältnissen mehrere dominia an einem und demselben Gute möglich, nämlich bei Lehen in Folge der vielfachen Abstufungen des Lehnrechtes. Der oberste Lehnsherr gilt als einziger Eigenthümer des Lehnsgutes, und indem ein Lehn in zweite und dritte Hand und noch weiter hinabsteigt, wird rein sachenrechtlich immer nur Lehn- und Afterlehnrecht, nie Eigenthum am Gute begründet. Aber der Erstbelehnte, der unter der Lehnsherrlichkeit, dem dominium des obersten Lehnsherrn steht, wird selber wieder nach unten zum Lehnsherrn über seinen Vasallen, und dieser zum Lehnsherrn über den in dritter Hand Belehnten u. s. w., und so entstehen mehrfache dominia, eine Stufenleiter von Lehnsherrlichkeiten, auf welcher jeder Lehnsmann (ausser dem letzten) auch wieder Lehnsherr ist. Der Vasall wird Unterherr, weil er selbst wieder Vasallen hat und an der Spitze eines engeren Lehnsverbandes steht. Und da jede dieser Lehnsherrschaften die unter ihr stehenden in sich einschliesst und nach oben vertritt, so giebt es obere und untere dominia, Oberherren und Unterherren.

Diese Gliederung von Ober- und Unterherrlichkeit hat, aus bald anzuführendem Grunde, wohl die Hauptstütze für das Aufkommen der von den Glossatoren aufgebrachten Terminologie von dominium directum und utile und deren beliebt gewordene Verwendung für die Lehnsverhältnisse gebildet. Es wird nämlich dem Oberherrn das dominium directum (oder Obereigenthum, wie man später sagte), dem Lehnsmann das dominium utile (später Nutzeigenthum genannt) zugesprochen. Allerdings weisen diese Ausdrücke darauf hin, dass die Glossatoren zunächst nicht auf Grund solcher Betrachtung ihre Unterscheidung aufgestellt haben, sonst hätten sie wohl andere Ausdrücke dafür gewählt. Der Anlass zu dieser Terminologie scheint darin zu liegen, dass man die utilis rei petitio des Emphyteuta und des Superficiars auf die Leiheverhältnisse anwendete und in Betracht, dass die actio Ausdruck eines Rechtes und also die rei petitio Ausdruck des Eigenthums ist, das Recht des Emphyteuta und des Superficiars und so nun auch das des Lehnsmannes als dominium utile im Sinne des römischen Sprachgebrauches von utile, also als ein dem Eigenthum

analoges Recht bezeichnete[1]. Aber mir scheint, diese Schultheorie hätte doch kaum in der Urkundensprache Deutschlands so tiefe Wurzel fassen können, wie es in Wirklichkeit geschehen ist, denn zu praktischer Verwerthung war sie unbrauchbar. Was ihr einigermaassen auf die Beine geholfen und ein Scheinleben eingehaucht hat, war eben der Umstand, dass im Lehnrechte schon mehrfache dominia bestanden, freilich nicht im Sinne von Eigenthumsrecht, sondern von Herrschaftsrecht. Mehr als Rubrik und Nomenclatur ist aber auch hier die Bezeichnung dieser verschiedenen dominia als dominium directum und utile nicht geworden, denn sie übte nicht den geringsten Einfluss auf die Gestaltung, das Wesen und den Inhalt der bezüglichen Rechte.

Immerhin war es ein Glück, dass diese Ausdrücke auf die Leiheverhältnisse beschränkt blieben; in diesem Umstande sehe ich auch den Grund dafür, dass die Lehnsgliederung in mehrere dominia dabei, wenn auch vielleicht unbewusst, wirksam gewesen ist. Denn die Argumentation der Glossatoren hätte an sich dazu führen können, auch den deutschen Usufructuar (Leibzüchter) und Satzungsgläubiger als dominus utilis zu betiteln: beide hatten während der Dauer ihrer Rechte eine dingliche Klage auf das Gut, die man völlig correct als utilis rei vindicatio hätte bezeichnen können, sodass daraus auch für diese Berechtigten ein dominium utile sich ergeben hätte. Weil aber in dem Verhältnisse zwischen Eigenthümer und Leibzüchter, bezw. Satzungsgläubiger die Herrschaftsabstufungen sich nicht vorfanden wie bei dem Lehn, blieb dem deutschen Rechte diese weitere Verwirrung erspart.

Dagegen blieb die Sache nicht auf das Lehnrecht beschränkt. Nach dem Muster des Emphyteuta wurden auch die Erbzinsleute und sonstige Inhaber bäuerlicher Lehengüter als domini utiles bezeichnet. Fanden hier auch solche Herrschaftsabstufungen wie beim Lehn nicht statt, so war doch auch wenigstens in der hofrechtlichen Leihe die Grundherrschaft des Eigenthümers als dominium directum zu behandeln, und der Erbzinsmann konnte zur Noth als dominus utilis in privat-(sachen-)rechtlichem Sinne auch darum gelten, weil innerhalb der Hofherrschaft und des Hofrechtes sein Recht am Gute in der That hofrechtliches Eigenthum vorstellte.

Mag also mit allem Fug der Theorie des sog. getheilten Eigenthums, d. h. der Unterscheidung von dominium directum und utile jede Berechtigung abgesprochen werden, soweit als darunter verstanden sein sollte, dass zwischen Leiheherrn und Leihemann das Eigenthum getheilt gewesen wäre, der letztere nicht mehr ein Recht an fremder

[1] Belege bei Kraut, Grundriss 5. Aufl. § 74 Nr 1—7.

Sache, sondern ein Stück Eigenthums habe, oder wie man diese an sich unklare Idee formulieren möchte, so steht doch auch fest, dass die älteste Verwendung dieser Terminologie in der deutschen Urkundensprache diesen Sinn eigentlich mit den Worten nicht verband, sondern mehr die verschiedenen Stufen der Lehnsherrlichkeit und Grundherrschaft damit bezeichnete. Aber freilich ist schon früh, und allgemein seit dem 14. Jahrhundert der Gebrauch aufgekommen, unter dominium directum die nuda proprietas des Lehns- und Zinsherrn, unter dominium utile das Lehns- und Erbzinsrecht schlechthin zu verstehen. Und je mehr die nuda proprietas des Zinsherrn im Laufe der Zeit auf ausschliessliche Zinsberechtigung zusammenschrumpfte und das Erbzinsrecht allen Inhalt des Eigenthumsrechtes in sich aufnahm, desto weniger Anstand fand man in der Bezeichnung des Erbzinsrechtes als Nutzeigenthums. Man war sich keines Widerspruchs bewusst, wenn man in Kaufbriefen schon des 15. Jahrhunderts von der verkauften Liegenschaft sagte, sie zinse von Eigenschaft wegen dem und dem Herrn so und so viel, sonst sei sie frei ledig Eigen des Verkäufers. Fortan geht durch die Gesetzgebung bis zum preussischen Landrechte und zum österreichischen Gesetzbuche hinaus und noch weiter die Schultheorie von dem in Ober- und Nutzeigenthum getheilten Eigenthum, ohne grossen Schaden anzurichten, aber freilich auch ohne wahren Nutzen zu stiften, weil es doch eine für das praktische Bedürfnis unfruchtbare Rubricierung war. Höchstens war es ein je nach Umständen bequemer Lückenbüsser, der aber die Erklärung nicht in sich selber trug, sondern selbst erst aus anderweitigen Umständen erklärt werden musste.

III. Beschränkungen in Ausübung der Eigenthumsbefugnisse.

§ 88. A. Nachbarliche und genossenschaftliche Rechte.

So sehr auch die Ausdrücke frei ledig Eigen, durchschlächtig Eigen, hereditas libera et absoluta darauf zu deuten scheinen, dass der Eigenthümer von jeder Beschränkung in der Disposition über das Gut frei ist, so sind doch dem Eigen bestimmte Grenzen gezogen, welche der freien Verfügung und Benutzung des Eigenthümers sehr hinderlich werden können. Es mag hier zunächst erinnert werden an das I 277 f. Bemerkte, dass in einer Feld- und Flurgemeinschaft auch das dauernd in Privateigenthum gelangte Sondereigen doch nur ein Stück der Feldmark im Ganzen bleibt, an welcher die Markgenossenschaft Eigenthum hat und welche sie als Genossenschaft

in einem Prozesse mit einer Nachbargemeinde verlieren kann, so dass mit dem abgetretenen Stücke ihrer Feldmark auch die Sondergüter, welche dasselbe bilden, ihren bisherigen Eigenthümern verloren gehen. Somit ist schon an sich alles zu einer Feld- und Dorfmark gehörige Sondereigen völlig abhängig von dem Rechte der Genossenschaft an der Mark. Ausserdem aber ruft auch die Gemeinschaftlichkeit der Bewirthschaftung und besonders der Flurzwang eine grosse Zahl von Beschränkungen hervor, die sich jeder Sondereigner für sein Gut gefallen lassen muss, wie er dann allerdings auch umgekehrt von den gleichen Beschränkungen der Hufen seiner Genossen den Vortheil geniesst.

Man spricht hier oft von deutschrechtlichen Servituten, aber dieser Gesichtspunkt ist irreführend, hauptsächlich darum, weil sie nicht zu Gunsten bestimmter Grundstücke constituiert sind, sondern den Dorf- und Markgenossen gegenseitig kraft ihrer Mitgliedschaft an der Markgemeinde zustehen; also genossenschaftliche Berechtigungen, gefordert von dem gemeinen Interesse der Mark, und darum auch bezüglich ihres Erwerbs und Unterganges, wie überhaupt ihrer Functionen anderen Regeln als die Servituten unterworfen.

Die wichtigsten dieser Eigenthumsbeschränkungen waren durch das System der Dreifelderwirthschaft und die damit gegebene Gemeinschaftlichkeit der Feldbebauung hervorgerufen. Dieses Bewirthschaftungssystem forderte gegenseitige Rücksichtnahme auf einander in Gewährung von Wegen und Durchgängen zu landwirthschaftlichen Arbeiten aller Art. Neuere Flurgesetze gehen darauf aus, möglichst viele offene Feldwege anzulegen, sodass Inanspruchnahme fremden Eigenthums, um auf das eigene Grundstück zu gelangen, thunlichst vermieden wird. Die alte Zeit hat dagegen einlässliche Rechtssätze über das Betreten fremden Landes ausgebildet. Die Zeiten sind genau bestimmt, da die Genossen einander Weg und Steg geben müssen, nicht minder die Anlässe, aus denen es geschehen soll. Hauptsächlich handelt es sich um das Ueberführen von Holz im Winter und das Betreten und Befahren der Nachbargrundstücke behufs der Ernte. Für die Abfuhr des geschlagenen Holzes aus dem Gemeinwalde müssen die Genossen einander den Winterweg über ihr gefrorenes Land gestatten, auch Lagerung des geschlagenen Holzes auf fremdem Grundstücke bis acht Tage nach St. Jörgentag kommt vor[1]. Im Sommer zur Heu- und Erntezeit ist dem Genossen, dessen Wiese oder Acker an keinem Wege liegt, gestattet, das Nachbargrundstück zu diesem

[1] Grimm, Weisth. III 654 § 60.

Behufe zu beschreiten und nöthigenfalls sogar sich einen Weg durch dessen Korn oder Gras auszuschneiden[2]. Hierher gehört auch das Pflugwende- oder Tretrecht, wonach der Pflug auf dem Grundstück des Nachbars darf gewendet werden. Für Nothfälle musste man überhaupt dem Nachbar zu seinem Gute, das keinen fahrbaren Zugang hatte, den Nothweg gestatten, so namentlich den Leichenweg[3].

Wichtiger sind die Weiderechte[4]. Der ursprüngliche Turnus in der Dreifelderwirthschaft war Sommerfrucht, Brache, Winterfrucht. Die Brache blieb ungepflügt bis um Johannis-Tag, dann wurde sie das erste Mal umgepflügt und zum zweiten Male im Herbst, wo dann die Aussaat der Winterfrucht erfolgte. Bis Johannis aber war die Brache Gemeinweide, und die ganze Zelg diente dem Vieh der Bauersame zur Weide. Oder es wurden überhaupt die Felder gemein von der Ernte bis zur Wiederbestellung und dienten der Stoppelweide. Mit diesen genossenschaftlichen Weiderechten konnten sich dann noch gutsherrliche combinieren, und so entstanden jene verschiedenen Verhältnisse von Koppelhut, die man später als jus compasculationis, jus compascui, jus compascendi (nicht immer gleichmässig)[5] unterschieden und nach Aufhebung der Dreifelderwirthschaft und des Flurzwangs, falls sie noch fortbestanden, wohl oder übel als Servituten aufgefasst hat.

Neben diesen durch die Landwirthschaft auferlegten genossenschaftlichen Beschränkungen finden sich auch solche, die ausschliesslich der Rücksicht auf die Nachbarliegenschaften entsprungen sind. Schon der Ssp II 49 § 1 erwähnt der Pflicht des Hauseigenthümers, die Dachtraufe vom Nachbarboden fern zu halten, und des Verbots der Giebellichter, „Fenster in eines anderen Mannes Hof"; und II 51 § 1 verlangt er für Cloaken, Abtritte und Schweinekoven einen Abstand von drei Fuss von der nachbarlichen Grenze. In späteren, zumal städtischen Rechtsquellen treffen wir dergleichen gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen noch bedeutend erweitert an, und es geht in steigendem Maasse bis auf unsere Zeit, in der ja dieses sog. Nachbarrecht geradezu ein Lieblingsgegenstand der Gesetzgebung geworden und nicht selten übertrieben worden ist.

---

[2] Grimm, Weisth. III 653 § 53.

[3] Grimm, Weisth. III 135 § 13.

[4] Hierüber Hanssen, Zur Geschichte der Feldsysteme in Deutschland, in der Z f. d. ges. Staatsw. Jahrg. 1865 S 54, 1866 S 385 ff., 1868 S 496 ff., 1876 S 1 ff. Auch Gierke, Genossenschaftsrecht II 213 ff.

[5] Vgl. z. B. Roth, Bayrisches Civilrecht II § 163.

§ 89. B. Erbenlaub.

Treten wir aus der Markgenossenschaft in den engeren Kreis der Sippe, so begegnen wir der im praktischen Leben allerwichtigsten Beschränkung, welche der Verfügung des Eigenthümers über sein Eigen gezogen ist, nämlich derjenigen, welche in dem Einspruchsrechte der nächsten Erben gegen Veräusserungen und Belastungen der Liegenschaften liegt.

Zwar wenn wir auf den Ursprung dieses Einspruchsrechtes der Erben zurückgehen, so ist, streng genommen, von einer Beschränkung des Sondereigenthums nicht zu reden. Denn dasselbe stellt sich dar als Ausfluss der Mitberechtigung der Familienangehörigen an dem Hausvermögen, der Hufe, der alten sors, welche einer bestimmten Haushaltung, nicht einem einzelnen Genossen war zugewiesen worden. Diese Mitberechtigung hat sich in Süddeutschland geradezu als Gemeinderschaft unter dem Princip der gesammten Hand entwickelt, sodass dem Familienhaupte das alleinige Eigenthum von vornherein gar nicht zusteht; aber auch das Wartrecht der Erben im sächsischen Rechte, obschon formell und materiell juristisch davon verschieden, darf wohl auf das gleiche Princip zurückgeführt werden; es ist darüber schon im § 51 gesprochen worden.

Die Geschichte dieses Einspruchsrechtes der Erben ist aber noch keineswegs aufgeklärt. Wurde früher dasselbe als ursprüngliches und allgemein germanisches Princip angesehen, so ist seit Beseler[1] und Lewis[2] ein Schwanken eingetreten und die Ansicht aufgestellt worden, dass höchstens mit Ausnahme von Sachsen das Einspruchsrecht sich erst etwa seit dem 11. Jahrhundert ausgebildet habe. Es genügt nicht, diese Ansicht darum zu verwerfen, weil es verwunderlich wäre, dass ein Rechtsinstitut, das seine Erklärung immerhin nur in einer engen Geschlossenheit der Familie findet, erst zu einer Zeit wäre ausgebildet worden, da diese Geschlossenheit schon anfing in die Brüche zu gehen; an sich wäre es nicht undenkbar, dass dieses Institut alsdann mit der bestimmten Absicht, eben dieser Auflösung der Familie in ökonomischer Hinsicht Einhalt zu thun, sich gebildet hätte. Das Hauptmoment der Frage liegt aber vielleicht auf einer Seite, der man bisher zu wenig Gewicht beigelegt hat.

Sehen wir nämlich vorläufig vom sächsischen Rechte ab, für das die Existenz des Erbeneinspruchsrechtes seit ältester Zeit im Hin-

---

[1] Erbverträge I 48 ff.

[2] Die Succession des Erben S 7 ff. und sein Vertheidiger Pernice, in der KrV IX 69 ff.

blick auf lex Sax. 62, 64 doch wohl nicht bestreitbar ist, so finden wir bei den anderen Stämmen, Franken, Schwaben und Baiern, bei denen Gemeinderschaft besteht, ein Einspruchsrecht der Gemeinder kraft der gesammten Hand, vorzugsweise also der Söhne gegen Verfügungen des Vaters und der unabgetheilten Brüder gegen solche ihrer Brüder über das Hausgut, indess die weiteren Verwandten, welche ausserhalb der Gemeinderschaft stehen, jeglichen Einspruchsrechtes entbehren[3]. Andererseits tritt unzweifelhaft im späteren Mittelalter ein solches Recht der weiteren Verwandten auf[4], und das scheint wenigstens theilweise für die Ansicht von Lewis zu sprechen, wenigstens eine Erweiterung des Erbeneinspruchsrechtes gegen früher zu bekunden. Doch halte ich diesen Schluss nicht für richtig, und auch die Annahme der eben citierten Schriftsteller, dass die Beiziehung der weiteren Erben eine mehr oder weniger überflüssige Formalität gewesen sei, „um besonders sicher zu gehen", erklärt die Sache kaum genügend. Man darf nicht vergessen, dass der Ausschluss der Collateralen vom Einspruchsrechte in älterer Zeit sich aus der jeweilen erfolgten Todtheilung (Watschar) erklärt, welche ja sogar den Vater gegenüber den Söhnen frei machen konnte. Wir werden uns denken müssen, dass überall, wo ein Vater ein besonderes Hauswesen begründet hatte, eben eine förmliche vollständige Abtheilung mit seinen coheredes vorangegangen war[5], wodurch alles Erbrecht und damit auch alles Erbeneinspruchsrecht, das vorher bestanden hatte, aufgehoben war. Denn jetzt war ein neues Haus und eine neue Gemeinderschaft begründet, welche erbrechtlich gegenüber den abgetheilten Verwandten völlig abgeschlossen war, eine Succession der weiteren Verwandten stand nur in Aussicht unter sehr unwahrscheinlichen Eventualitäten; hauptsächlich aber, und das ist entscheidend, durch die Todtheilung hatte der Abgetheilte die freie Verfügung erlangt, und dadurch, nicht weil das Gesetz es nicht kannte, war das Einspruchsrecht erloschen. Später aber hat sich die Todtheilung abgeschwächt; wenn getheilt wurde, so hatte das wohl den Charakter einer Realtheilung, aber die Anwartschaft auf das Erbe blieb bestehen und damit das Einspruchs-

[3] Durch Abtheilung mit den Söhnen wurde ja selbst der Vater frei, über seinen Theil zu verfügen. Lex Bai. I 1; lex Burg. 51, 1. Näheres bei Pappenheim, Launegild und Garethinx (Gierke, Untersuch. zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte XIV) S 60 f.

[4] Vgl. Huber, Die historische Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handfeste. Basel 1884 (Universitätsprogramm). S 19 f.; Schröder, Gesch. des ehelichen Güterrechts II 1 S 133.

[5] Vgl. Hasenöhrl, Oesterr. Landesrecht im 13. u. 14. Jahrh. S 142.

recht. So möchte vielleicht das spätere Auftreten der Consensertheilung weiterer Verwandten zu erklären sein: es ist nicht neues Recht, sondern wird wieder geübt, weil die Todtheilungen aufgehört haben.

Im sächsischen Rechte lag, wie bemerkt, die Sache von Anfang an insofern anders, als hier diese Gemeinderschaften mit Todtheilungen nicht bestanden. So machte sich das Einspruchsrecht auch seitens weiterer Verwandten von Anfang an geltend und erhielt sich auch in Sachsen viel länger und reiner als in Süddeutschland, wo es eben doch wegen seines Zusammenhanges mit der Gemeinderschaft deren Schicksal theilte und nicht zu selbständiger Ausbildung gelangte. War aber auch das Einspruchsrecht, so viel wir sehen, nicht auf einen bestimmten Verwandtschaftskreis beschränkt[6], so scheint doch ursprünglich nur der Consens der im Augenblicke der Verfügung des Gutsinhabers vorhandenen nächsten Erben desselben nothwendig gewesen zu sein, um die Disposition vollständig unantastbar zu machen; entferntere Erben waren darum ausgeschlossen, weil sie bei Vorhandensein näherer gar keine Anwartschaft auf das Erbe hatten; mit welchem Rechte hätte ein Bruder des Veräusserers das Gut an sich ziehen können, wenn der Sohn, der ihn doch vom Erbe ausschloss, consentiert hatte? Man möchte sagen: er hatte eine, wenn auch noch so entfernte Aussicht auf dereinstige Beerbung. Aber mit solchen entfernten Eventualitäten rechnete das Recht nicht und konnte es nicht rechnen, weil es dann keine Grenze mehr für Zuziehung der Verwandten bis zu den äussersten Graden erbberechtigter Verwandtschaft gefunden und so jeden Liegenschaftsverkehr wenn nicht unmöglich gemacht, so doch ungeheuer erschwert hätte.

Den Grundsatz, dass nur der im Momente der Veräusserung nächste Erbe consentieren muss, spricht eine Urkunde von 1197 sehr klar aus: cum secundum consuetudinem terre et juris ordinem ipse (der Enkel) vivente patre suo in bonis avi sui nichil juris haberet, suus super eo nullatenus requirendus esset consensus[7]. Selbst Söhne,

---

[6] Fipper, Das Beispruchsrecht nach altsächs. Rechte (Gierkes Untersuch. zur deutschen RG Heft 3) S 20 ff. sagt, über die Grosselternparentel gehe es nicht hinaus. Aber doch kaum auf Grund eines Rechtssatzes, sondern weil in den urkundlich uns überlieferten Fällen Verwandte schon immer innerhalb dieser Grenze vorhanden waren.

[7] Cod. dipl. Quedlinburg. (Erath) S 107 Nr 36, jetzt auch UB. des Hochst. Halberstadt I Nr 380. Ebenso Hamburger UB. (Lappenberg) I Nr 119 (1091): neben der consentierenden Mutter als nächster Erbin des Veräusserers frater Gerhardi (des Tradenten) presens laudavit (donationem), quamquam ad eum laudare non pertineret. Mon. Bo. IX 562 (1237): Defuncto Ulrico pueri sui putantes se

die dem Veräusserer erst nach der Tradition geboren wurden, hatten kein Einspruchsrecht[8].

Dieses Princip wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass in St. Galler und Freisinger Urkunden öfter ein Schenker, für den Fall, dass ihm noch Kinder sollten geboren werden, diesen einen Theil des Gutes oder die Precarie u. dgl. vorbehält; im Gegentheil, es beweist gerade, dass ein solcher Vorbehalt nöthig war, um den nachgeborenen Kindern etwas zuzuwenden. Eher könnte in Betracht fallen, dass bisweilen der nächste Erbe, der consentiert, als nondum uxoratus bezeichnet wird[9], und es von dem Bruder des Vergabenden heisst: cum consensu legitimi heredis sui, Heremanni fratris sui, qui nondum tunc liberos habebat[10]. Hätte er, möchte man schliessen, schon Kinder gehabt, so hätten diese auch mitresignieren müssen. Aber im letzteren Falle bezieht sich diese Bemerkung auf eine vor Jahren erfolgte, jetzt erst von jenem Hermann im Verein mit seinen Söhnen angefochtene Vergabung und will also sagen, dass jedenfalls diese Söhne nicht einspruchsberechtigt sind, und in jenen andern Fällen, wo der nächste Erbe als nondum uxoratus bezeichnet wird, mag es geschehen sein, weil wegen der westfälischen Gütergemeinschaft die Ehefrau hätte mithandeln müssen.

---

de tali traditione gravari, quamvis tamen dicta delegatio ante desponsationem matris eorum fuerat celebrata, visum est probis viris, quod eorum processus in hac parte plurimum esset debilitatus.

[8] Diesen Satz spricht Ssp I 21 § 2 in Bezug auf die Leibzuchtbestellung aus. Doch kann ich nicht mit Stobbe, Handbuch 2. Aufl. II 124 Anm 27 sehen, dass er ihn als ein jus singulare für die Leibzucht bezeichnet. Später ist der Satz allerdings schwankend geworden, Stobbe a. a. O., aber für die ältere Zeit ist er urkundlich sicher belegt: Reg. Westf. (Erhard) II Urk. Nr 345: Sciendum, quod eandem domum ministerialis quidam S. Pauli predecessori nostro longe ante quam uxorem duxisset et filium ullum genuisset resignaverat . . . hec idcirco diximus, ut si deinceps quisquam forte super hac re querimoniam temptaverit movere, hoc indiculo posteris innotescat, quomodo res hec acta sit. — Das. Nr 390: filii quos post hec acta ducta uxore genuerat, querimoniam super domum moverunt, sed ammoniti quod nil juris in ea haberent, abstiterunt. — Das. Nr 429: unanimi fratrum assensu, antequam quisquam ipsorum ex legitimo connubio filium aut filiam generasset. — Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1257: perquisivi per amicos meos, quod in illis bonis nullum jus mihi competebat, pro eo quod vendicio bonorum antequam nascerer facta fuit. — Trouillat, Mon. I Nr 321: Eo tempore W. nec filium nec filiam habebat. — Mon. Bo. IX 562 s. Anm 7. Mon. Bo. I 53 Nr 89: W. traditionem prediorum fecerat nondum habens uxorem et filios (die Anfechtung der später geheirateten Frau und der von ihr geborenen Kinder wird darum als unrechtmässig dargestellt).

[9] Westf. UB. (Wilmans) III Nr 168. 187.

[10] Reg. Westf. (Erhard) II Urk. Nr 460.

Immerhin soll nicht bestritten werden, dass man oft auch den Consens weiterer Verwandten eingeholt hat, schon ad majorem cautelam, vielleicht auch weil jenes strenge Rechtsprincip nach Zeit und Gegend schwankend war, oder auch weil oft noch ganerbschaftliche Beziehungen vorlagen[11], daher häufig neben den Söhnen auch die Brüder, Oheime u. s. w. zum Consens herangezogen sind. Es ist schwer, in jedem einzelnen Falle das Motiv zu finden; für die ältere Zeit sind jedenfalls Gemeinderschaftsverhältnisse maassgebend gewesen[12].

Ursprünglich war Veräusserung und Belastung allen Eigens dem Erbenconsens, „Erbenlaub", unterworfen; seit dem 13. Jahrhundert bildete sich aber der Unterschied von Erb- und Kaufeigen namentlich auch in der Beziehung aus, dass nur das Erbeigen, d. h. das durch Erbgang erworbene (nach lübischem Rechte durch einen einzigen Erbfall hindurchgegangene)[13] Gut des Consenses bedurfte, das Kaufeigen dagegen, die bona mercatoria, d. h. das was der jetzige Inhaber selber anders als durch Erbgang erworben hatte, der freien Verfügung des Eigenthümers überlassen blieb[14].

Die Folge der Veräusserung ohne Erbenlaub war, dass der Erbe nunmehr das Recht erhielt, das Gut (innerhalb der gesetzlichen Frist von Jahr und Tag bei gerichtlicher Auflassung) an sich zu ziehen. Die Veräusserung, vom Eigenthümer einmal vollzogen, ist in seiner Person durchaus rechtsbeständig, aber nicht in der Person des Erwerbers[15]. Den besten Aufschluss giebt die berühmte Sachsenspiegelstelle Ssp I 52 § 1: Ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven. Gift 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.

Man hat viel darüber gestritten, auf was für einem Fundament diese Klage beruhe, ob sie dingliche oder persönliche Klage oder als

---

[11] Westf. UB. (Wilmans) III Nr 126: adjuncta sibi manu filiorum et filiarum suarum, trium etiam sororum et coheredum suarum et filiorum earundem. Oder NR. UB. I Nr 235: consentiente fratre suo et conjuge sua ceterisque coheredibus suis.

[12] So UB. St. Gallen Nr 83. 201; Hist. Frising. Nr 19.

[13] Pauli, Abhandlungen aus dem lüb. Recht: I. Das Recht der Erbgüter, bes. § 8 f. S. auch II 129 ff.

[14] Bemerkenswerth ausgebildet in den Hansestädten. Lüb. R. (Hach) I 5. Hamburger Stadtr. von 1270 I 8, I 5 b. Bremen Stat. von 1303 c. 53 u. 68 (Oelrichs S 98 und 104).

[15] Wirtemberg. UB. I 402 Nr 16: dum Heinricus totius patrimonii sui ecclesiam sti Nicolai heredem fecisset, nec superstite filio suo voluntatem suam stabilire absque ejus consensu valuisset.

actio in rem scripta zu charakterisieren sei u. dgl. Die Sache ist doch im Grunde ganz zweifellos und höchst einfach, die Klage kann nichts anderes sein als eine wirkliche dingliche Klage, weil der Kläger ein dingliches Recht an der Sache geltend macht und mit malo ordine possides den Besitz des Beklagten als unrechtmässig angreift. Dieses dingliche Recht wird von vielen nach Maassgabe der citierten Sachsenspiegelstelle als anticipierte Erbfolge bezeichnet, aber damit geht man wohl zu weit; es ist dort nicht streng juristisch der Klaggrund formuliert, sondern mehr nur ein Vergleich gezogen, eine Fiction aufgestellt: gleich als wäre der todt, der es gab. Das dingliche Recht, kraft dessen der Erbe klagt, ist sein Wartrecht, wie denn auch nach Richtst. Landr. 25 § 1 die Klage darauf fundiert ist, dass der Erbe „des eigens wardende was na N. dode". Das Wartrecht des Erben aber ist ein durch fremde Berechtigung noch zurückgehaltenes Eigenthum, und indem der jetzige Berechtigte wegfällt, tritt es in volle Wirksamkeit; es ist durch die Veräusserung und damit das Ausscheiden des bisher Berechtigten von seiner Gebundenheit frei geworden und hat dadurch die Fähigkeit erlangt, sich in der Gewere am Gute zu realisieren, daher die Klage auch gegen jeden geht, der dieser Realisierung hindernd in den Weg tritt.

Das Einspruchsrecht der Erben ist uns in den Quellen vorzugsweise für den landrechtlichen Verkehr bezeugt, hier allerdings sowohl bei Eigen als bei Lehn, und zwar ebenso bei gänzlicher Entäusserung wie bei blos zeitweiliger[16] oder bei Belastung mit einem Zins oder einer Reallast. So lehrt uns gerade Ssp Lehnr. 31 § 1[17] das doppelte, dass sowohl bei Lehn als bei nicht vollständiger Entäusserung Erbenlaub nothwendig ist, indem die vom Manne zu Gunsten der Frau vorgenommene Bestellung einer Leibzucht an seinem Lehnsgute von dem Consens seiner Kinder abhängig gemacht ist[18]. Es ist aber möglich, dass ursprünglich für Lehnsveräusserung und überhaupt für den Verkehr an Lehn kein Erbeneinspruchsrecht gegolten hat; darauf weisen nicht sowohl die dafür angerufenen Stellen des sächs. Lehn-

[16] Ssp I 21 § 1: man mut ok wol vrowen geven egen to irme live mit erven gelove.

[17] Dinget en man sime wive gut mit siner sone gelove, dat ne kan weder die herre noch die kindere breken.

[18] Für Consens zu Rentenbelastung Beispiele bei Arnold, Zur Gesch. des Eigentums S 131 ff.; Stobbe, Rentenkauf, in Z f. DR XIX 195 ff. S. auch Stobbe, Handbuch 2. Aufl. II 126. — Erbenlaub für Lehnsveräusserung z. B. NR. UB. I Nr 439, für Resignation von Lehn Westf. UB. (Wilmans) III Nr 226. 252. 464. 1251 u. s. f.

rechts selbst als ein Passus des Görlitzer Lehnrechts und des bairischen Landrechtes[19]. Jedenfalls war schon im 13. Jahrhundert die Praxis eine andere.

Auch im hofrechtlichen Verkehre ist das Einspruchsrecht der Erben aufgenommen[20].

§ 90. C. Das Retractrecht[1].

Das eben besprochene Einspruchsrecht gab den Erben eine unbedingte Garantie gegen Schmälerung des Familiengutes und sicherte ihnen die Erhaltung desselben ohne irgend welche Gegenleistung. Es gab aber Fälle, wo diese Befugnis der Erben den Eigenthümer des Gutes in grosse Schwierigkeiten bringen konnte. Er konnte in eine ökonomische Bedrängnis gerathen sein, aus der er sich nur durch Verkauf seines Gutes zu retten vermochte; aber dieses Mittel war ihm abgeschnitten durch den Widerspruch der Erben. Für solchen Fall gewährte das Recht schon früh eine Aushilfe dadurch, dass es Veräusserung gestattete, aber den Erben ein Retract- oder Zug- oder Losungsrecht gab, d. h. es wurde das Interesse der Erben an Erhaltung des Familiengutes vollständig gewahrt, aber die Erben durften das zur Veräusserung gebrachte Gut in solchem Falle nicht unentgeltlich an sich ziehen, sondern mussten in die Pflicht der Zahlung des Kaufpreises eintreten. So enthalten schon die Stat. fam. S. Petri Wormat. neben dem in Art. 6 als allgemeines Princip aufgestellten Erbeneinspruchsrecht auch noch in Art. 2 die Bestimmung, dass wenn einer in Armuth gerathen sei und nothgedrungen seine Liegenschaft verkaufen müsse, er sie zuerst seinen Erben zum Kaufe anbieten solle, und nur wenn diese sie nicht übernehmen wollen, zu anderweitigem Verkaufe berechtigt sei. Es ist daher nicht ganz genau, wenn man das Retractrecht der Erben schlechthin als eine im späteren Rechte eingetretene Abschwächung des Erbeneinspruchsrechtes bezeichnet: sie haben ursprünglich beide neben einander bestanden; aber richtig ist allerdings, dass das Retractrecht mehr und mehr von dem Gebiete Besitz ergriffen hat, auf welchem bisher das Einspruchsrecht

---

[19] Mitgetheilt bei Homeyer, Sachsensp. II 2 S 439, woselbst auch nähere Ausführungen über diese Frage, die von Zimmerle, Stammgutssystem S 248 nachgeschrieben sind.

[20] Z. B. Stat. S. Petri Wormat. Art. 6; Grimm, Weisth. I 314 Z. 12 v. u., II 533 Z. 4 v. u., 537 Z. 19 v. o., 544 Z. 1 v. o., III 246 § 15.

[1] Laband, Die rechtliche Natur des Retracts, im Arch. f. civil. Praxis LII 151 ff. Stobbe, Handbuch II § 88—90.

die Herrschaft geführt hatte. Je mehr sich im Laufe der Zeit die rechtliche Bedeutung der Liegenschaften als eines Hausvermögens abschwächt, fällt auch das Einspruchsrecht der Erben dem Untergange anheim, und vielfach verschwindet es ganz, ohne auch nur in einem Retractrechte fort zu existieren. Wo dagegen ein solches Retractrecht schon für den Fall echter Noth bestanden hatte, konnte es leicht in die Lücke eintreten, welche durch den Wegfall des Einspruchsrechtes offen geworden war.

Solche Retractrechte hatten sich auch auf anderen Gebieten gebildet oder wurden jetzt erst, im späteren Mittelalter, neu geschaffen. Namentlich auf Grund genossenschaftlicher Beziehungen. Der Tit. 45 der lex Sal. gestattet jedem Markgenossen, die Veräusserung eines Hofes an einen Auswärtigen durch seinen Widerspruch zu verhindern. Auch hier mochte das Bedürfnis bald dazu führen, im Falle echter Noth die Veräusserung zu gestatten, aber unter Vorkaufsrecht der Genossen. Und allmählich dehnte sich dann dieses Recht aus über die Fälle echter Noth hinaus, je mehr das alte strenge Princip des unbedingten Widerspruchs in die Brüche ging.

Im späteren Mittelalter ist das Retractrecht namentlich in folgenden Anwendungen verbreitet:

1. als Erblosung, retractus gentilicius, retractus consanguinitatis[2];

2. als Marklosung, Retractrecht der Markgenossen gegenüber Auswärtigen[3];

3. als Nachbarlosung, Retractrecht in Bezug auf Nachbargrundstücke, auch gegenüber Markgenossen geübt[4];

4. als Genossenlosung in Bezug auf Nutzungsantheile innerhalb einer Realgemeinde[5];

5. als Getheilenzugrecht, Theillosung, Gespilderecht, d. h. das Retractrecht der Inhaber von Theilen eines ursprünglich einheitlichen und geschlossenen Grundstücks, im Falle der Veräusserung eines solchen Theiles; besonders findet sich dieses Recht bei Einzinsereiverhältnissen, wo die mehreren Theilgenossen aus ihrer Mitte einen Trager des Zinses bestellt haben, der die Zinsraten von ihnen bezieht

---

[2] Die Erblosung findet sich in Landrecht, Stadtrecht und Hofrecht. Vgl. etwa Landr. von Jülich Art. 18; Landr. von Berg Art. 24, bei Schröder in Z f. RG IX 415; Hamburger Stadtr. von 1270 I 5 b; Luzerner Stadtr. Art. 106; Grimm, Weisth. I 15 § 47, I 165 Z. 11 v. o., 276. 277 u. s. w.

[3] Grimm, Weisth. I 46 § 17, III 416 § 6, IV 373 § 16 u. a.

[4] Auch Fürnossenrecht genannt. Grimm, Weisth. V 145 § 32.

[5] Z. B. Alprecht der Capitalistenalp Bettenalp in Obwalden von 1483, in Z f. schweiz. R X Abth. 2 S 217 f.

und sie dem Grundherrn sammthaft überbringt, denn damit ist die Zusammengehörigkeit der Theile gewahrt und die Grundlage des Retractrechtes hergestellt[6];

6. als Retractrecht des Lehns- und des Grundherrn, erst in späterer Zeit entstanden, seitdem das Verfügungsrecht des Lehns- und des Zinsmanns über das Gut ein freieres geworden war[7].

In sehr alte Zeit reichen alle diese Retractrechte nicht hinauf, doch kann keine Rede davon sein, dass sie erst dem 15. und 16. Jahrhundert ihre Entstehung verdanken.

Das Retractrecht definiert man gewöhnlich als das Recht, ein veräussertes Grundstück von dem Käufer gegen Zahlung des Kaufpreises zu erwerben. Ich halte das nicht für richtig, und würde vorziehen zu sagen, es sei das Recht, das durch den Verkauf dem Retractberechtigten frei gewordene Eigenthum an dem Gute geltend zu machen. Das Retractrecht steht in dieser Hinsicht unter gleichem Gesichtspunkte wie das Einspruchsrecht des Erben. Für die Erblosung wird man vielleicht eher geneigt sein das gelten zu lassen als für die andern Arten, denn bei der Erblosung handelt es sich um Geltendmachung des durch den Verkauf seitens des Erblassers frei gewordenen Eigenthums des Erben. Auf um so grösseren Widerspruch stösst unsere Auffassung bei der Mark-, der Nachbarlosung u. s. f. Erklärt sie doch Stobbe[8] hier geradezu als eine Widersinnigkeit, weil man dann jedem Mitgliede der Markgemeinde ein dingliches Recht an allen Grundstücken innerhalb des Gemeindebezirks zuschreiben müsste. Von Widersinnigkeit kann aber wirklich keine Rede sein: jeder Genosse hat eben ein dem Erbenwartrechte durchaus gleichartiges Anwartschaftsrecht auf die Grundstücke der anderen unter der Bedingung ihrer Veräusserung nach auswärts[9]; und indem durch die Veräusserung der Fall eintritt, wo die Anwartschaft sich realisiert, das

---

[6] Die Citate oben Anm 2 aus Grimm. Ferner Grimm, Weisth. I 8 Z. 6 v. u., 25 Z. 16 v. o., 29 Z. 23 v. o., 304 Z. 1 v. o. und sonst sehr häufig. Städtisch: Urk. bei Arnold, Zur Gesch. des Eigent. S 414: si aliqui macellariorum, qui aream conduxerunt, partem suam in area seu meliorationem vendere decreverint, primo et principaliter exhibere debent venditionem conjugibus . . . et si illi comparare noluerint, ex tunc condivisores erunt et esse debent viciniores omnibus aliis ad emendum aream volentibus comparare.

[7] Lehnsherr: Stadtr. von München Art. 153. Vgl. Stobbe, Handb. 2. Aufl. II 468. Grundherr: Grimm, Weisth. I 247 Mitte, 290 Z. 7 v. o., 302 Z. 25 v. u., 57 Z. 23 v. u., 141 § 18, 611. 673 Z. 7 v. u. und öfter.

[8] Handbuch 2. Aufl. II 142 Anm 10.

[9] Wie ja auch nach vielen Weisthümern die Nachbarn mangels von Verwandten ein Erbrecht haben.

gebundene Recht frei wird, ist sofort mit diesem Augenblicke (so gut wie bei dem Erben mit dem Verkaufe seitens des Erblassers) die Anwartschaft zum klagbaren Eigenthumsrechte geworden. Daher ist das Retractrecht in der That ein dingliches Recht und die Retractklage eine dingliche Klage, und daher bedarf der Retrahent nicht erst noch eines besonderen Erwerbsaktes, etwa einer gerichtlichen Tradition, sondern das Gut wird ihm zugesprochen wie jedem vindicierenden Eigenthümer. Darum scheint mir auch die Fassung von Laband (a. a. O. S 188) nicht zutreffend, der Retrahent „klage auf richterliche Anerkennung und Feststellung seiner Befugnis, das Eigenthum an dem betreffenden Grundstücke sich einseitig anzueignen". Er klagt vielmehr auf Anerkennung seines nun frei gewordenen Eigenthums.

Die Ausbildung des Retractrechts in den einzelnen Statuten ist durchweg eine kümmerliche und unbefriedigende und leidet an Inconsequenzen und gesetzgeberischen Willkürlichkeiten, die den Eindruck machen, dass das Institut sich nicht aus innerer Nothwendigkeit frei entwickelte, sondern nur ein künstliches Dasein fristete. So wird oft eine bestimmte Reihenfolge in der Zulassung der Retractberechtigten vermisst. Schwierigkeiten lagen nach zwei Richtungen vor, einmal bei Vorhandensein von Retractlustigen innerhalb einer und derselben Classe, sodann bei Concurrenz von Liebhabern aus verschiedenen Kategorien. Im ersten Falle fand man sich noch am besten zurecht, wenn im Kreise der Verwandten mehrere sich um Erblosung bewarben. Hier war es so naturgemäss, die Nähe des Grades entscheiden zu lassen, dass diese Auskunft auch regelmässig befolgt ist; Verschiedenheiten bestehen aber darin (wie sie übrigens auch schon bei dem Einspruchsrechte aufgetaucht waren), dass die einen Gesetze die weiteren Verwandten das Recht üben lassen, wenn auch die näheren darauf verzichten, andere aber den entfernteren überhaupt kein Zugrecht geben, wenn ein näherer vorhanden ist, der es doch nicht ausübt. Bei Markgenossen und Nachbarn liess man es meistens auf die Prävention ankommen, selten verfuhr man so principiell wie das Weisthum von Zuozwil[10], wonach, wenn mehrere Dorfgenossen das Zugrecht üben wollen, mit einer Stange gemessen wird, wer der nächste sei. Im zweiten Falle, bei Collision verschiedener Kreise, wäre das grundsätzlich Richtige, vom engeren zum weiteren aufzusteigen, und die Weisthümer geben auch etwa die Reihenfolge: Verwandte, Getheilen, Hofleute[11]. Später begnügen sich die Gesetze

[10] Grimm, Weisth. V 145 § 32.

[11] Grimm, Weisth. I 15 § 47, 164 Z. 6 v. u., 165 Z. 11 v. o., 276 f.

aber auch, die Prävention und im Falle der Gleichzeitigkeit das Loos entscheiden zu lassen.

Eine weitere Singularität ist, dass die Gesetze meistens nur bei Verkauf das Retractrecht zulassen, sei es dass sie nur den Verkauf nennen, sei es dass sie ausdrücklich Schenkung und anderes ausschliessen. Ein dogmatischer Grund hiefür lässt sich nicht wohl finden. Beseler führt an, das Retractrecht habe nicht den Veräusserer hindern wollen, sein Gut wegzugeben, sondern nur gegenüber dem Käufer ein Vorzugsrecht geschaffen, Schenkung habe darum frei bleiben müssen, weil sonst der Zweck des Veräusserers wäre vereitelt worden. Aehnlich Stobbe: der Retract habe nur zugelassen werden wollen bei Veräusserungen, bei denen der Retrahent sämmtliche Verpflichtungen übernehmen konnte und die Individualität des Erwerbers für den Veräusserer gleichgiltig war. Beiden Motivierungen steht entgegen, dass das Retractrecht auf den Veräusserer und dessen Intentionen überhaupt keine Rücksicht nimmt, sondern im Interesse des Retrahenten und der durch ihn repräsentierten Familien- und Genossenschaftsinteressen aufgestellt ist, und diese durch Schenkung wie durch Verkauf gleichmässig verletzt werden. Eher liesse sich diese Singularität vielleicht aus dem ersten Ursprunge des Retractrechts erklären. Dasselbe wurde eingeführt für den Fall des Verkaufs aus echter Noth, für die andern Fälle (von Schenkung u. s. f.) bestand das stärkere Einspruchsrecht der Erben, und als dieses letztere dahin fiel, trat das Retractrecht nicht grundsätzlich an seine Stelle, sondern wurde nur auf die übrigen Verkaufsfälle ausgedehnt; insofern erklärlich, als zu dieser Zeit die Basis, der Rechtsgedanke, dem es entsprungen war, die Gebundenheit des Hausvermögens im Interesse der Familienangehörigen, nicht mehr lebenskräftig genug war, um eine principielle Durchbildung des Retractrechts zu veranlassen, daher das Institut particularrechtlicher Spielerei anheim fiel. Diese fand dann auch reichliche Nahrung in der Casuistik, die sich bei bedingten Käufen, bei Täuschen, bei Weiterverkauf um einen höheren oder geringeren Preis vor Ausübung des Zugrechtes u. dgl. ergeben musste, was wir hier nicht im einzelnen verfolgen.

Auch der Termin für Ausübung des Retractrechtes (ursprünglich im Anschluss an das alte Recht correct Jahr und Tag) ist particularrechtlicher Principlosigkeit zur Beute geworden, welche die mannigfaltigsten Termine aufgestellt hat.

IV. Erwerb des Eigenthums.

§ 91. A. Erwerbsarten.

Für das deutsche Recht kommen als Thatsachen, welche den Erwerb des Eigenthums an Liegenschaften bewirken, ausser der Uebertragung seitens des bisherigen Eigenthümers und dem Erbgang vorzugsweise richterliche Adjudication und Occupation in Betracht. Eine Ersitzung als Eigenthumserwerbsgrund giebt es nicht; die sog. rechte Gewere, welche einem ähnlichen Bedürfnisse wie die Ersitzung entgegenkommt, beruht selber auf der Voraussetzung des schon vollzogenen Eigenthumserwerbes. Gesetz (lex) als Erwerbsgrund könnte allenfalls angenommen werden bei dem Rechte des nächsten Erben, ein ohne seinen Consens vom Erblasser veräussertes Gut zu vindicieren, sowie bei dem Retractrechte.

Hier werden wir uns nur mit der erstgenannten Erwerbsart einlässlich beschäftigen. Der Erbgang gehört dem Erbrechte an und die richterliche Adjudication, wie sie namentlich häufig bei Zuschlag des Eigenthums einer Liegenschaft an den Rentenberechtigten wegen versessener Renten erfolgt, bedarf keiner besonderen Darstellung, weil ein Stück der gerichtlichen Fertigung von Liegenschaften nichts anderes als richterliche Adjudication ist, wie wir sehen werden.

Occupation von wirklich herrenlosem Lande war ursprünglich nur seitens des Gesammtvolkes, später des Königs möglich. Die ersten Ansiedelungen der Deutschen in Germanien beruhen darauf, dass ein Gebiet als Volksland in Besitz genommen wurde; von dem Volke erhielten die Markgenossenschaften ihre Wohnsitze, mochte auch dabei eine gewisse Freiheit eigener Auswahl auf Grund von Entdeckungszügen in Thäler und seitab liegende Gebiete mit im Spiele sein. Später mit dem Steigen der Königsgewalt tritt der König an die Stelle des Volkes und gilt das Princip, dass alles herrenlose Land dem König gehört[1], daher für Erwerb solchen Grundes und Bodens der Einzelne nicht zur Occupation greifen darf, sondern ein königliches praeceptum erwirken muss, also kraft Schenkung des Königs erwirbt[2].

---

[1] Böhmer, Acta imp. I Nr 41 (1018): silvam inviam et incultam, et ob hoc nostre proprietati deputatam.

[2] Urk. von 812 in Hist. de Languedoc (Vaissete) I Nr 16: Karl d. Gr. schreibt an Grafen in der spanischen Mark, es hätten sich Spanier beklagt, dass Anwohner sie aus Besitzungen vertrieben hätten, die sie per nostrum donitum de eremo per nostram datam licentiam retraxerunt, und erlässt den Befehl, ut Ispanos nostros qui per nostram datam licentiam erema loca sibi ad laboricandum propriserunt, nullum censum superponere presumatis.

Dieses Königsrecht ist später in Deutschland landesherrliches Regal. Innerhalb einer Mark wiederholt sich dann im Verhältnisse der Genossenschaft zu den Genossen derselbe Vorgang, der bei der ersten Besitznahme des Landes dem Verhältnisse zwischen Volk und Markgenossenschaften entsprungen war. So lange die Markgemeinde an Ueberfluss des Waldes zu leiden hatte und Rodung Wohlthat war, mochte der einzelne Genosse in die Wüstungen hinausgreifen nach Lust und Bedürfnis und durch Ausrodung des Waldes Bifänge, capturas, zu Privateigenthum schaffen, immerhin kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung der Gemeinde, welche berechtigt war es zu versagen und zu hindern.

An Inseln, die sich in öffentlichen Flüssen gebildet haben, erkennt ein Reichsspruch von 1294[3] dem König das Eigenthum zu, entsprechend auch der Regalität der öffentlichen Gewässer (§ 74). Die in einem Werder entstandenen Inseln spricht ein späterer Zusatz des Ssp II 56 § 3 den Anwohnern zu[4].

B. Eigenthumsübertragung[1].

1. Rechtsgeschäftliche Elemente derselben.

§ 92. a. In fränkischer Zeit[2].

Unter den rechtsgeschäftlichen Elementen der Eigenthumsübertragung verstehe ich die verschiedenen Akte, welche nothwendig waren, um das Rechtsgeschäft zwischen den Parteien zur Vollendung zu bringen. Es haben sich später noch weitere Elemente angesetzt, welche für das Verhältnis unter den Parteien ohne Bedeutung sind und ihren Einfluss nur nach aussen, gegen Dritte üben. Das wird uns nachher beschäftigen.

In einer auf den ersten Blick beinahe verwirrenden Fülle von Solennitäten vollzieht sich in der ältesten Zeit die Uebertragung des

---

[3] Pertz II 461: Quod si insula nata est in Rheno vel alio flumine (doch wohl nur öffentliche Flüsse, vgl. § 73) in comitatu alicujus comitis, qui in ipso flumine recipit telonia et conductus, eadem insula potius spectat ad imperium et ad comitem quam ad alium dominum.

[4] Stobbe, Handbuch 2. Aufl. II 162 f., woselbst auch einige Hinweisungen auf alveus derelictus und alluvio im älteren deutschen Rechte.

[1] Ueber die geschichtliche Entwicklung reiches Material bei Stobbe, Die Auflassung des deutschen Rechts, in Jherings Jahrbüchern XII.

[2] Sohm, Zur Geschichte der Auflassung, in der Strassburger Festgabe zum Jubiläum Thöls. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der Urkunde S 112 ff. 261 ff., besonders S 272 ff.

Eigenthums an Liegenschaften, aber bei näherer Betrachtung lässt sich doch der juristische Kern der einzelnen Akte erkennen und aus einander halten und auch die geschichtliche Entwicklung als eine consequente, nirgends durch fremdartige Momente unterbrochene verfolgen.

Sichere Kenntnis des ältesten Rechtes verdanken wir dem tit. 60, 1 der lex Ribuaria[3]. Nachdem der Kaufvertrag (nur von Kauf als Erwerbstitel redet das Gesetz an dieser Stelle) vereinbart ist, begeben sich die Parteien mit einer der Grösse des Gutes entsprechenden Zahl von Zeugen auf das Grundstück selbst, wo der Akt erfolgt, der uns hier ausschliesslich interessiert, die traditio[4].

Traditio ist die genaue Uebersetzung des deutschen Wortes Sale, welches Darreichung, Hingabe, Uebergabe bedeutet und in der Profanlitteratur für jegliches Geben ohne irgend welche rechtliche Bedeutung gebraucht wird, namentlich auch in Bezug auf Fahrnis. So, als sich Beowulf unter Mithilfe seines Kämmerlings vor dem Schlafengehen entkleidet, heisst es von ihm (Beowulf V. 673): sealde his hyrsted sweord, er reichte ihm sein geziertes Schwert. Judas der Verräther, traditor, heisst ferselare[5]. Sobald aber das Wort in die Rechtssprache eintritt und so weit es sich darin bewegt, gilt es nur noch von Immobilien, es giebt keine Sale an Fahrnis. Sale, traditio, im Rechtssinn ist die Uebertragung von Liegenschaften.

Ueber die Form, in der sich die traditio vollzieht, theilt die lex Rib. nichts weiter mit, Urkunden und Formeln liefern aber die erwünschte Ergänzung. Sie besteht aus einer Reihe feierlicher Handlungen, die wohl auch von entsprechenden Redeformeln begleitet sind. Der Tradent überreicht dem Erwerber zunächst den Handschuh, dann einen von einem Baume des Gutes abgebrochenen Zweig und ein aus dem Boden gehobenes Rasenstück — bei Capellen giebt er ihm statt des

---

[3] Si quis villam aut vineam vel quamlibet possessiunculam ab alio conparaverit, si mediocres res est, cum sex testibus, et si parva, cum tres, quod si magna, cum duodecim ad locum tradiciones cum totidem numero pueros accedat, et sic eis praesentibus praetium tradat et possessionem accipiat et unicuique de parvolis alapes donet et torquat auriculas, ut ei in postmodum testimonium praebeant.

[4] Das Verhältnis von traditio und Kaufvertrag können wir hier unerörtert lassen und für das Obligationenrecht vorbehalten, besonders die zwei Fragen, ob in dem comparaverit des tit. 60 schon der bindende Vertragsschluss liegt oder der Kauf erst durch die Bezahlung des Kaufpreises rechtsbeständig wird, in welch letzterem Falle also Kaufgeschäft und Eigenthumsübertragung zusammenfallen würden, der Kauf reiner Naturalkauf wäre, — und die Frage, wie weit die Zahlung zum Eigenthumsübergang nothwendig ist.

[5] Hattemers Denkmale II 319 b.

Zweiges und des Rasens die Altardecke oder deren Fransen, oder den Glockenstrang (corda unde signum tangitur) in die Hand, bei Häusern lässt er ihn den Thürpfosten ergreifen —, führt ihn rings um die Grenzen des Gutes[6], und verlässt dann vor den Augen der versammelten Zeugen, und sicherlich in ostensibler, formell solenner Weise, das Grundstück.

Man denke nicht, dass sich diese verschiedenen Handlungen nur als eine unmotivierte Häufung von Solennitäten darstellen, jede hat ihren besonderen Sinn und Werth. Indem der Handschuh überreicht und angenommen[7] wird, ist die manus des Erwerbers vestita de praedio, d. h. die Einräumung der Herrschaft, deren Symbol der Handschuh ist, vollzogen. Zweig und Rasen stellt genau den Gegenstand der Herrschaft fest, unterwirft das Gut der manus vestita, welche diese Objecte ergreift, und das feierliche Abtreten (exire) des Tradenten bekundet sein völliges Sichlossagen vom Gute. Aber freilich alles gehört zusammen und fügt sich genau in einander: die manus vestita darf nicht leer bleiben, muss mit Zweig und Scholle gefüllt werden, der Tradent darf sich nicht fernerhin auf dem Gute zu schaffen machen. So sind alle diese einzelnen Handlungen nur Elemente, Bestandtheile des in sich einheitlichen Aktes der traditio, daher Verbalprozesse über solche Besitzeinweisungen traditurae heissen[8]; und zum Vollzug der traditio (perficere traditionem) gehört die Uebergabe von Zweig und Rasen so gut wie die Bekleidung mit dem Handschuh. Die Sale vollzieht sich eben durch die Investitur, und die traditio ist Sale und investitura zugleich, jenes nach ihrem rechtlichen Gehalt, dieses nach der Form[9].

Dieser einheitliche Vorgang ist schon früh gefährdet und angegriffen, ja die lex Rib. selbst stellt ihm schon ein zweites Verfahren zur Seite, indem sie tit. 59, 1 bestimmt: si quis alteri aliquid vinderit et emptor testamentum vindicionis accipere voluerit, in mallo hoc facere voluerit (al. debet), precium in praesente tradat et rem accipiat, et testamentum publici conscribatur. Es ist die traditio per cartam, welche hier neues Recht aufbringt, sei es dass sich das Bedürfnis

---

[6] Hist. Frising. Nr 111: per circuitum vestivit. Daselbst Nr 538. 540. 607.

[7] Und gewiss auch angezogen, was zwar Stobbe, Auflassung S 157 Anm 45 ablehnt.

[8] Rozière Nr 255. 256 = Cart. Senon. (Zeumer) Nr 34.

[9] Hist. Frising. Nr 492: placuit, ut traditionem perfecisset, et absciso propriae arboris ramo tradidit. — Trad. Scheftlar. Mon. Bo. VIII 363: per funis signo tradidi. Reg. Westf. (Erhard) I Urk. Nr 40: veniens ad Ulfloam (das geschenkte Gut) traditionem perfeci.

aufgenöthigt hat, die Sale mit voller Rechtswirkung des Eigenthumsübergangs ausserhalb des Grundstücks selbst vornehmen zu können, und man sich der Urkunde als des Mittels dazu bemächtigt hat, sei es dass die aus römischer Gewohnheit wohl durch geistliche Förderung importierte Benutzung der Urkunde von selbst zu solcher Neuerung geführt hat[10]. Der erste Schritt war also, dass man für den Fall einer traditio per cartam den mallus als gleichwerthig mit der Liegenschaft selbst zuliess. Man ist aber bald darüber hinausgeschritten, die lex Alam. und Bai. gestatten traditio per cartam auf den Altar der beschenkten Kirche[11], und das Capit. von 818 c. 6[12] verzichtet bei Vergabungen im Auslande sogar auf die Anwesenheit der Parteien in der Grafschaft, in welcher die Sache liegt.

Im Sinne des römischen Vulgarrechtes, welchem die traditio cartae entnommen war, lag es, dass einfach die Begebung der Urkunde alle jene Solennitäten ersetzen und für sich allein die Eigenthumsübertragung bewirken sollte, wie das im alamannischen und im bairischen Volksrechte für Vergabungen an Kirchen auch wirklich aufgestellt ist[13]. Und dieser Form mag man sich oft genug bedient haben, zumal bei den so zahlreichen donationes post obitum in Baiern (s. unten § 99). Aber die alte nationale Form wurzelte doch zu tief im Rechtsleben, als dass sie leichthin hätte weggewischt werden können; zumal bei Veräusserungen, welche sofortige Besitzübertragung bezweckten, war ein völliges Preisgeben des nationalen Brauches an die fremde Form, und noch dazu eines so lebensvollen und verständlichen Brauches an eine todte und misstrauisch angesehene Form nicht zu erreichen; die traditio cartae erlangte nur dadurch allgemeine Aufnahme in das Rechtsleben, dass die volksthümliche Form geschont und mit der Begebung der Urkunde verbunden wurde. Das geschah dadurch, dass man zu der Tradition der Urkunde Zweig und Rasen vom Grundstücke selbst mitbrachte und mitübergab; es ist das vielleicht schon in der lex Rib. 59, 1 mit den Worten „rem accipiat" gemeint.

Um also die feierliche Traditionshandlung in altem Sinne mög-

---

[10] Letzteres ist wahrscheinlicher, denn man hielt die Fiction, dass die traditio auf dem Grundstücke selbst stattfinde, dadurch fest, dass man Zweig und Rasen von dem Grundstücke herbei holte und auf die Urkunde legte. Ueber die Herkunft der traditio per cartam aus dem römischen Vulgarrechte s. bes. Brunner a. a. O.

[11] Lex Alam. Chloth. I 1; lex Bai. I 1.

[12] Boretius I 282.

[13] Lex Alam. Chloth. I 1: cartam super altare ponat et proprietas de ipsas res ad ecclesiam in perpetuo permaneat.

lichst aufrecht zu erhalten und doch des Vortheils zu geniessen, hiefür nicht an das Grundstück selbst gebunden zu sein, sie vor dem Altar der bedachten Kirche vollziehen und da mit einem Schlage zehn, zwölf verschiedene Güter[14] übertragen zu können, erweiterte man das in der Besitzergreifungssolennität liegende formale Element dahin, dass man Zweig und Erdscholle von dem zu übertragenden Grundstücke herholte, sie auf die Urkunde legte und mit dieser auf dem Altar darbrachte, oder sogar Zweige von dem tradierten Grundstücke in den Klosterhof der bedachten Anstalt pflanzte[15]. Besonders regelmässig findet sich auch das Darreichen von Zweig und Rasen auf der Urkunde in den nach salfränkischem Ritus vollzogenen Liegenschaftsveräusserungen der Lombardei[16].

Man hat das symbolische Investitur genannt. Der Ausdruck ist kaum passend und kann leicht zu Missverständnissen führen, denn auch auf dem Grundstücke selbst war die Handlung keine andere, bestand auch nur in Ueberreichung von Zweig und Scholle. Jedenfalls aber ist es keine symbolische investitura per cartam, sondern wie bisher per ramum arboris et cespitem terre[17].

Dagegen musste dann allerdings bei dieser traditio ausserhalb des Grundstücks der Schlussakt der alten ursprünglichen traditio auf dem Gute selbst, das formelle Abtreten des Veräusserers, das exire de praedio, eine neue Form erhalten. Es verwandelte sich in das se exitum dicere unter Gebrauch der festuca: der Uebereignungsakt schloss also damit ab, dass der Veräusserer se exitum oder absacitum[18] dixit oder fecit[19].

---

[14] Z. B. UB. St. Gallen Nr 7 (Schenkung von Gütern an 10 Orten), Nr 11 (an 8), Nr 18 (an 8) u. s. w.

[15] Hist. Frising. Nr 421. 484; Cart. de Redon Nr 7. 99. Ueberhaupt Brunner, Zur Rechtsgesch. der Urk. S 264. 276; Heusler, Gewere S 22; Sohm, Auflassung S 13 Anm 22.

[16] Z. B. Muratori, Ant. Ital. I 367. 419, II 134. 135 u. sonst. S. auch Brunner a. a. O. S 304 über die formale Bedeutung der Legung von Zweig und Rasen auf die Urkunde.

[17] Trad. Corb. § 363: manus vestituram fecit cum terre cespite et virido ramo arboris.

[18] Von sacire, saisire in Besitz setzen; absacitum = aus dem Besitz gesetzt; später in „absaticum“ und „absentem“ verdorben.

[19] Früher, auf dem Grundstücke selbst: exivit traditor et intravit episcopus, oder: exeunte A. introduxit R. Cozrohum. Hist. Fris. Nr 538. 607. Dagegen Nr 368. 412 u. a. se absacitum fecit. Rozière Nr 123 u. sonst: per festucam se exinde exitum (et absacitum) dixerunt. Cod. dipl. Langob. Nr 145: foris ambulaverunt; Nr 190: nos foris exitus fecimus; Nr 105. 120. 200: dico me exinde a presenti die foris exissemus.

Was dann nachher noch auf dem Grundstücke selbst etwa vor sich ging, war für das rechtliche Verhältnis unter den Parteien irrelevant. Der Erwerber begab sich auf dasselbe und wurde wohl auch von dem Veräusserer selbst eingeführt, aber nicht damit er jetzt erst von ihm die Gewere erhalte, denn die war ihm schon durch die investitura bei der Tradition geworden, sondern damit er von ihm die nöthige Kenntnis über Bestand und Grenzen des Gutes empfange. Und wo das nicht nöthig war, konnte der Erwerber auch einseitig auf Grund des Vorhergegangenen die factische Besitzergreifung vollziehen. Rechtlich von Werth und Bedeutung konnte dieser Akt nach aussen, gegenüber Dritten, werden, wie das oben in § 83 aus einander gesetzt ist.

In anderer Weise erhielt sich das alte Recht bei Vergabungen, welche ausserhalb der Grafschaft der belegenen Sache stattfanden. Es war alter Rechtssatz, dass Veräusserungen in der Grafschaft erfolgen sollten, in welcher das Gut lag, wohl zur Wahrung der wünschbaren Publicität des Uebertragungsaktes zu Gunsten Betheiligter und Einspruchsberechtigter. Wie bereits bemerkt, eröffnete das Capitulare von 818 die Möglichkeit der Tradition extra comitatum, und zwar in der Weise, dass bei der traditio die später an Ort und Stelle nachzuholende thatsächliche Besitzeinweisung musste verbürgt werden. In solchen Fällen liess man der auswärts vollzogenen Tradition noch die factische Besitzübergabe, in der Regel auf dem Grundstücke selbst, nachfolgen, und in diesem Stande der Sache tritt die Scheidung der Begriffe traditio und investitura, Sale und Gewere, erst deutlich hervor[20].

---

[20] Sehr bestimmt in dem Capit. von 818 c. 6. Ueber den Ursprung der Investitur ist in neuerer Zeit ein unfruchtbarer Streit geführt worden. Sohm (Fränk. und röm. Recht, in Z der Sav.-Stift., germ. Abth. I 27) und vor ihm Merkel (Z f. RG II 155) haben den fränkischen Ursprung derselben behauptet, Haiss (Traditio und Investitura S 138) unter Billigung Brunners (Zur Rechtsgesch. der Urk. S 279) blos die fränkische Herkunft des Namens. Ich finde in dem von diesen Schriftstellern für ihre Behauptungen Beigebrachten keinen Beweis, weder für die eine noch für die andere. Denn dass das Wort vestire zuerst in den fränkischen Urkunden vorkommt — eigentlich der einzige Grund —, beweist doch wirklich nichts: die fränkischen Urkunden gehen nun eben einmal höher hinauf als die alamannischen, sächsischen u. s. f. Es müsste zur Begründung jener beiden Ansichten der Beweis geführt werden, dass der Gebrauch des Handschuhes in dieser Anwendung ursprünglich nur fränkischer Brauch war: dafür liegt aber nicht nur keine Wahrscheinlichkeit vor, vielmehr spricht dagegen ein bestimmtes Indiz, nämlich das, dass bei den Alamannen mehr der Andelang, Wandilanc, die Fechtbinde (gantelet), bei den Franken mehr der Wanto, der Leder- oder später Panzerhandschuh (gant), im Gebrauche war, wie denn das Cart. Langob. in sehr bemerkenswerther Weise gerade darnach unterscheidet, Cart. 2: si est Salicus venditor, super

Den Hergang veranschaulichen uns zahlreiche Urkunden[21], wobei uns das Merkwürdige vor Augen tritt, dass die Investitur auf dem Grundstücke selbst nicht etwa durch Ueberreichung des Handschuhs, sondern mit Hingabe von Zweig und Rasen erfolgt, woran sich dann noch das exire anschliesst. Der Handschuh scheint der Tradition als Symbol der rechtlichen Herrschaft über das Gut zugewiesen zu sein. Es kann darüber kaum ein Zweifel obwalten, nicht sowohl darum, weil die Urkunden oft von traditio per wantonem reden[22], denn es ist möglich, dass das Fälle von Verbindung der traditio mit der investitura betrifft, wohl aber darum, weil bei reinen Investiturbreven der Handschuh nicht erwähnt wird. Diese Incongruenz zwischen Form und Sprachgebrauch, die Bezeichnung desjenigen Aktes, der die vestitio manus nicht enthielt, mit dem Worte investitura könnte sich so erklären, dass, wie wir bald sehen werden, die beiden Elemente der traditio und investitura keine selbständige Bedeutung hatten, sondern erst in ihrer Verbindung den Eigenthumsübertragungsakt bewirkten, und speciell dass mit der Verbürgung der Investitur der rechtliche Werth derselben für Uebertragung des Gutes schon anticipiert war und daher der Handschuh als Symbol des Herrschaftsrechtes bereits mit der Tradition gegeben wurde; das um so eher, als es für Einräumung des thatsächlichen Besitzes im Grunde keines Symbols bedurfte, Rasen und Zweig als Repräsentanten des Grundstücks vollauf genügten.

Diese Trennung von traditio und investitura kommt für die Folgezeit nicht mehr in Betracht, hauptsächlich weil auswärtige Veräusserungen durch das Aufkommen der gerichtlichen Uebertragung der Liegenschaften ausgeschlossen worden sind. Wir haben also nur die erste Form (der Vereinigung von traditio und investitura) im Auge zu behalten.

---

cartam mitte wantonem, et in Alamanna wandilanc. Es handelt sich offenbar in Sache und Namen bei der Investitur um einen alten allgemein germanischen Brauch.

[21] So Hist. Frising. Nr 369. 370. 629; Cod. dipl. Fuld. Nr 446—448, wo eine besondere Investitur und Investiturbürgen genannt sind und zwar auf Grund gesetzlicher Vorschrift, denn es ist die Rede von legaliter vestituram accipere, womit wohl das Capitular gemeint ist. — Hieher gehört auch die ausführliche Urkunde über spätere Investitur bei Sohm, Auflassung S 8. Die traditio war in Tours erfolgt, das Gut aber lag im Gau von Angers, und die Investitur wurde dort vollzogen.

[22] Häufig im Cart. de Redon, z. B. Nr 37. 70. 79. 83. 92 u. a. Sonst etwa UB. St. Gallen Nr 638: duas hobas cum sua wanta tradidit. Hist. Fris. Nr 390: pro manice beverino in altarem S. Marie tradidit.

§ 93. b. In der Periode der Rechtsbücher.

Auf der erörterten Grundlage beruht das Recht der Eigenthumsübertragung bei Liegenschaften in der Blüthezeit des Mittelalters.

Der Eigenthumsübertragung geht voraus das „loven en egen to gevene", wie es Ssp I 9 § 1 heisst, also das obligatorische Element: Verkauf, Schenkungsversprechen u. s. w. Dieses loven darf nicht mit der gave verwechselt werden, es ist, wie es selbst sagt, ein loven, die gave erst zu vollziehen.

1. Der erste Bestandtheil der Eigenthumsübertragung ist die traditio oder Sale, die gave des Sachsenspiegels[1]. Sie vollzieht sich aber nicht mehr durch die Begebung der Urkunde, welcher sich das Mittelalter blos noch als Beweismittels, nicht mehr zum Zwecke eines rechtsbegründenden Formalaktes bedient; die alten volksrechtlichen Formen für Begründung der Rechtsgeschäfte sind wieder völlig zur Oberhand gelangt[2], und so erfolgt auch die gave oder traditio wieder durch Uebergabe des Handschuhes[3].

2. In recht verkümmerter Knechtsgestalt fristet die investitura mit Zweig und Scholle ihr Dasein, oder vielmehr, man darf sagen:

---

[1] Albrecht, Doctrina de probat. II 13 und nach ihm Neuere nehmen gabe für Schenkung, unrichtig trotz Ssp III 4 § 1: vergeven oder verkoft; Richtst. Ldr. 25 § 3: oft het vorgeven edder vorkopen moge. Denn „geben" ist nach Ssp I 52 bei Liegenschaften offenbar die Sale, bei Fahrnis das Hingeben. So weist auch Ssp II 6 § 4 auf die gerichtliche Eigenthumsübertragung; III 83 § 3 ebenso, wo es heisst, der Erwerber müsse den Autor herbeibringen, weil er selber nur die Gabe behaupten und beweisen könne, nicht aber das vom Kläger beanstandete Recht. Ebenso Richtst. Ldr. 25 § 2: dem it gegeven is; § 3: na deme dat het gaf als het nicht geven ne muchte. Jedenfalls war es nicht blos Schenkung, denn in Ssp III 83 § 3 ist von der Gabe die Rede, obschon es sich dort nur um Verkauf handelt. In den Hallischen Schöffenbüchern (Geschichtsquellen der Provinz Sachsen XIV) ist „begaven" = tradere, und zwar tradere sowohl zu Eigenthum als zu Satzung, zu Leibzucht und zu Erbzinsrecht, vgl. S 102 Nr 971, S 209 Nr 23, S 5 Nr 4 u. 10; „gave" S 7 Nr 19, S 102 Nr 966. 968, S 154 Nr 26. Die Gabe ist das donare, dare, tradere et assignare der Urkunden, wie im englischen Rechte bei Henricus de Bracton donatio immer für traditio gesagt ist.

[2] Vgl. Brunner, Carta und Notitia S 19.

[3] Blos ein paar Beispiele. Fränkisch: MR. UB. I Nr 465 b: cirotheca in altum quasi ad Deum projecta tradidit (vgl. dazu Ficker, Reichskirchengut S 21). Alamannisch: UB. St. Gallen Nr 638: duas hobas cum sua wanta tradidit. Bairisch: Mon. Bo. X 395: in schirotece investicione ad altare S. Petri obtulerunt; S 431: per cyrothecam assignare; S 434: dans super altare per cyrothecam. Sächsisch: Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 78 Nr 21: super reliquias cum chirotheca sicut mos est liberis Saxonibus tradidit curtim. UB. des Hochstifts Halberstadt I Nr 232: mansos cum cirotheca super reliquias tradidit.

sie ist zu einer leeren Form verflüchtigt und sogar zu einer nicht mehr verstandenen Formel geworden. Die fränkischen Eigenthumsübertragungen auf lombardischem Boden drücken sich noch am correctesten aus: secundum legem meam Salicam vobis trado et legitimam facio investituram per wasonem terre, cultellum, festucam notatam et frondes arborum. Sind auch die verschiedenen Solennitäten durch einander geworfen, so wird doch immer noch Zweig und Rasen wirklich überreicht. Aber in Westfalen besonders ist eine Formel gebräuchlich, welche deutlich zeigt, wie wenig das alte Wesen der Investitur noch verstanden und Zweig und Rasen wirklich verwendet war. Da lesen wir etwa: vendicione legali vendiderat sicut vulgus dicit an torve ande an tvighe; oder: jure contuli feodali tam in fronde quam in sespite; oder gar: proprietatem curie cum nemoribus, cespitibus, frondibus, terris, campis, aquis, pascuis etc. conferimus; und vollends: bona sicuti sita sunt in cespite, frondibus, aquis, pascuis, terris, nemoribus et cum omnibus suis attinentiis quibuscunque[4].

In Süddeutschland übrigens ebenso: habe alles min guot hingeben offenlich mit wunne, mit weide, mit zwige, mit wassen und mit aller ehaftigi[5].

Es kann daher nicht wundern, dass die Zeichen der Tradition und der Investitur, Handschuh und Baumzweig, oft mit einander verwechselt oder promiscue gebraucht werden[6].

3. Den Schluss des Aktes bildet die rechtsförmliche Entsagung auf alle Rechte am Gute, das alte se exitum dicere, oder wie sie jetzt heisst, die Auflassung, lateinisch resignatio, abdicatio, in ihrer äusserlichen Form bei den einzelnen Stämmen verschieden, ihrem Inhalte nach überall dieselbe.

Die fränkische Form ist immer noch das per festucam, per festucae projectionem se exitum dicere oder werpire; oder se absaticum, absentem facere. Was die festuca ursprünglich bedeutete, haben wir schon Bd. I S 78 besprochen. In der Rechtsbücherperiode ist, wie ebenfalls schon Bd. I S 76 Anm 4 erwähnt, an die Stelle der festuca der Halm, calamus, getreten, oder richtiger, der Halm als festuca ver-

[4] So in Westf. UB. (Wilmans) III Nr 809. 913. 954. 1158. 1241. 1243. 1265; Niesert, Beitr. z. e. Münsterischen UB. II 69.

[5] Kopp, Urk. zur Gesch. der eidgen. Bünde Nr 37. 45. Dagegen zeigen noch den Anklang an die alte Bedeutung Urkunden wie die bei Mone, Z VIII 330 u. 440: die Verkäufer geben die Güter auf „mit hand und mit zwige".

[6] Z. B. NR. UB. I Nr 443: Dux per ramum viridem comiti quidquid juris sui erat in pheodo tradidit, et comes ipse supra altare S. Viti cum cirotheca ducis obtulit.

wendet[7], und es mag damit in Verbindung stehen, dass sich der ursprüngliche Sinn mehr und mehr abschwächt[8]. Von dem Gebrauche der festuca heisst die Auflassung in Frankreich werpitio, in Ostfranken exfestucatio[9], vorzugsweise allerdings am Niederrheine und in Aachen, wofür Lörschs Aachener Urkunden sehr instructiv, vereinzelt auch nach Westfalen hinein, soweit niederrheinischer Einfluss bemerkbar ist[10].

Der am Mittelrhein vorwiegende, in Sachsen (West- und Ostfalen) sowie in Schwaben durchweg gebräuchliche Ausdruck ist resignatio, in Baiern abdicatio, wie die Urkundensammlungen fast auf jedem Blatt beweisen. Es kommt das daher, dass theils die festuca überhaupt nicht üblich geworden, theils mit ihrer Verwandlung in den Halm ihr alter Name verschwunden ist. Das erstere war in Sachsen der Fall; hier wurde durch die drastische Geberde des Schnellens der Finger, wodurch wir ja noch heute im gewöhnlichen Leben andeuten, dass wir an etwas keinen Anspruch machen, die Auflassung vollzogen, daher heisst es: digitis incurvatis[11], ore et digito resignare, mit Hand und Mund auflassen. In den übrigen deutschen Gebieten fand die Auflassung durch Mund und Halm statt, ore et calamo, porrectione calami. So in Ostfranken und Thüringen[12], in Schwaben[13], am fränkischen Mittelrhein und Oberrhein[14], sowie in Baiern, wo die Auflassung Verzicht oder Verscheuzzen heisst[15].

---

[7] Lörsch, Aachener Urkunden Nr 7. In Worms: Arnold, Gesch. des Eigentums S 446: verczis getan mit halme und mit handen. Vgl. die Anm 12 ff.

[8] So, wenn es heisst NR. UB. I Nr 127: cum festuca ab eodem se exuit predio, oder gar bei Calmet, Hist. de Lorraine 1. Aufl. IV 326: quo firmior sit donatio, calamum in manu tenentes signavimus.

[9] MR. UB. I Nr 514. 537. 561. NR. UB. I Nr 282. 316. 328. 338. 414. 439.

[10] Westf. UB. (Wilmans) III Nr 80. 92. 994. Reg. Westf. (Erhard) II Nr 451. 492. In Ostfalen von Albrecht dem Bär gesagt, aber in einer Urkunde König Konrads, C. d. Anhalt. I Nr 325.

[11] Grimm, RA S 128.

[12] Z. B. Henneb. UB. II Nr 180.

[13] Z. B. Mone, Z IV 432, V 385 Anm **, VII 372, VIII 74. In Weisthümern Grimm, Weisth. I 706 § 8, II 198 Z. 7 v. o., IV 204 Z. 24 v. o., wo dann auch der Herr oder der Meier mit dem Halm beleiht; II 517 Z. 19 v. o., II 632 Z. 14 v. u.: mit vberlieferung eines strohalms oder rutgen.

[14] Für Strassburg vgl. UB. Strassburg III Vorrede S XXXV. XXXVIII.

[15] Firzihunga, furciht, vurziht bei Merkel, in Z f. RG II 141 Anm 112. Mon. Bo. XXXVII Nr 414, XXXVIII Nr 283: omne jus abdicando — verscheuzze mich alles rechts. Verscheuzzen weisst auf Verschiessen, Wegschiessen, somit auf das Werfen der festuca zurück. Gelegentlich sei hier auch der sprachlich interessante furiskeozo in UB. St. Gallen Nr 300, d. h. der Vormund, erwähnt; etwa der, welcher statt des Mündels verscheuzzt?

Durch alles dies wird die neuerdings aufgekommene Ansicht nicht bestätigt, welche die Auflassung als symbolische Investitur bezeichnet. Allerdings ist es wahr, dass die Quellen selbst dazu einige Veranlassung gegeben haben, indem sie den Erwerb der Gewere, welcher naturgemäss aus der Investitur folgt, an die Auflassung knüpfen[16]. Das ist dadurch erklärlich, dass die Investitur (durch Zweig und Rasen) verflüchtigt ist, und daher der Schlussakt der Fertigungshandlung, die Auflassung, leicht als der für den Uebergang der Gewere in Betracht kommende Moment hat können bezeichnet werden. Wenn aber ein Vasall sein Lehn, ein Leibzüchter sein Leibzuchtsrecht dem Herrn oder dem Eigenthümer aufliess, so war in der That sofort damit dem letzteren die Gewere wieder erworben, aber nicht durch Investitur seitens des Vasallen u. s. w., welche nicht stattfand, sondern durch das Freiwerden der Bethätigung des bisher gebundenen Rechts des Herrn. Juristisch sind Investitur und Auflassung zwei verschiedene Elemente und es sind ihnen auch nicht blos im ältesten Rechte, sondern ebenso gut noch in der ersten Zeit der Rechtsbücher besondere Aufgaben zugetheilt gewesen, was sich darin zeigt, dass die Auflassung in einer Reihe von Fällen zur Anwendung kommt, wo Investitur nicht stattfinden kann, weil der Auflassende keine Gewere überträgt.

Es führt uns das noch auf einen andern Punkt. Es ist ein Grundfehler der heutigen Doctrin, dass sie von Auflassung des Gutes bei Leibzuchts- und Satzungsbestellung u. dgl. spricht[17]. Auflassung ist der Verzicht auf alles Recht am Gute und auf alle künftigen Ansprüche an dasselbe und kommt daher vor einerseits bei Eigenthumsübertragung seitens des Veräusserers, andrerseits bei Rückgabe des Gutes an den Eigenthümer seitens des Leibzüchters, des Pfandgläubigers, des Lehnsmannes, des Zinsbauern, nie aber bei der Belehnung, der Erbleihe, der Satzungs- und Leibzuchtsbestellung[18]. Die Auflassung

---

[16] Z. B. Ssp Lehnr. 39 § 3. Daher die Ausdrucksweise oben S 33.

[17] Richtig Pauli, Wieboldsrenten S 27 f.

[18] Von oben nach unten wird in Leiheverhältnissen nicht aufgelassen, wohl aber immer von unten nach oben: UB. der Stadt Halberstadt I Nr 102. 119: sicut mansus de manu in manum descenderat obligatus, sic usque ad nos a manu ad manum per viam conversam rediit resignatus. Nach Rozière Nr 216 nimmt ein Vergabender die Auflassung vor, obschon er sich den Niessbrauch vorbehält: ganz correct, denn er giebt alles sein Recht (Eigenthum) am Gute definitiv auf und muss erst wieder durch Rückverleihung ein neues Recht erwerben. — Es ist übrigens nützlich, für Obiges einige Beispiele zu geben. Auflassung bei Eigenthumsübertragung bedarf keines Nachweises. Dagegen

Auflassung des Leibzuchtsgutes durch den Leibzüchter: UB. Augsburg I Nr 242. v. Wyss, Abtei Zürich, Urk. Nr 285 (enzien mich alles rechtes und aller ansprache).

ist ein bestimmter Anwendungsfall der renuntiatio, nicht Gegensatz dazu[19]; in der Regel wird resignare von der Auflassung, renuntiare von dem Verzicht auf (obligatorische und dingliche) Ansprüche gesagt, doch werden auch oft beide Ausdrücke identisch gebraucht.

Es bleibt uns nun die Hauptfrage zu prüfen, ob einer dieser drei Bestandtheile des Liegenschaftsübertragungsaktes, die wir als Sale, Gewere und Auflassung unterschieden haben, für sich allein, und bejahenden Falls welcher von ihnen den Eigenthumserwerbsakt im Sinne der römischen (und heutigen) traditio bilde. Man pflegt der Auflassung diese Kraft zuzuschreiben, zieht aber doch dabei nicht genug in Betracht, dass ein eigentlich rechtsübertragendes Moment der Auflassung fremd ist. Schon der äusserliche Umstand, dass wir in den Fertigungsurkunden, sobald sie den Hergang einlässlich beschreiben, alle drei Akte auf gleiche Linie neben einander gestellt finden[20], muss uns davon abhalten, Sale und Gewere hinter der Auflassung zu sehr zurückzustellen; vollends die Wahrnehmung, dass die Sale doch als der rechtsbegründende Akt angesehen wird, durch sie der Veräusserer das Recht an der Sache überträgt, jus confert, und daher dieses übertragene Recht und speciell das Eigenthum selbst etwa geradezu Sale genannt ist[21]. Zum Verständnis der deutschen Rechtsidee können wir, wie ich glaube, durch Anknüpfung an eine frühere Betrachtung (S 16 f.) gelangen: die einzelnen Sachenrechte sind nur als verschiedene Grade

---

In Ssp I 45 § 2 ist unter Auflassen der Leibzucht auch nichts anderes verstanden als Verzicht der Ehefrau auf das Leibzuchtsgut; unrichtig Agricola, Gewere zu rechter Vormundschaft S 494 Anm 51.

Auflassung des Satzungsgutes durch den Pfandinhaber: Arnold, Zur Gesch. des Eigent. S 127. 128. Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1041. Mone, Z II 457, VIII 505. Hall. Schöffenb. S 102 Nr 971, S 117 Nr 1113 u. öfter, jeweilen: egen weder uplaten, das verpfändet war, nach Abtrag der Schuld.

Auflassung des Lehnsgutes durch den Lehnsmann: C. d. Anhalt. I Nr 692. 696. 770. 774. 785. v. Wyss, Abtei Zürich, Urk. Nr 394. 395. Heumann, Opusc. S 298. UB. Augsburg I Nr 59. Westf. UB. (Wilmans) III Nr 116. 168. 226. 391 (decimam qua a nobis inbeneficiatus extitit, in manus nostras voce et manu resignavit). Ueberhaupt Ssp Lehnr. 38 § 1, 39 § 1.

Auflassung des Zinsgutes durch den Zinsmann: C. d. Anhalt. I Nr 686: ut renunciaret mansis, quos sub pensione annua census ab ecclesia tenuerat. Arnold, Zur Gesch. des Eigent. S 321. 323. 325. 329. 330. 336. 338. 345. 346 u. s. f.

[19] Wie Arnold, Zur Gesch. des Eigent. S 128 annimmt: „Von einer Auflassung, resignatio, ist keine Rede, nur von einem Verzicht, renuntiatio."

[20] Etwa Lörsch, Aachener Urk. Nr 6: Godefridus bona fratri Heinrico contulit liberaliter, renuncians predictis bonis et se exuens ipsos de dictis bonis protinus investivit.

[21] Die Belege schon Bd. I S 219 f. Anm 12—15. Ferner NR. UB. II Nr 110:

eines Grundbegriffes gedacht, den man als den des Herrschaftsrechts über eine Sache bezeichnen kann. Dieses Herrschaftsrecht kann ausgedehnt oder begrenzt sein, beispielsweise frei vererblich oder nur auf Lebenszeit eingeräumt werden, aber seinem juristischen Wesen nach ist es in allen diesen Fällen doch dasselbe: das Recht auf Beherrschung der Sache. Nun, dieses Recht wird durch die Sale übertragen und erworben, es ist das jus rem in potestate et dominio habendi, mag im übrigen das Gut in proprietatem oder usufructuario jure oder pignoris jure oder zu Lehn oder zu Zinsleihe tradiert sein. Und so ist auch der Akt, durch den ein Gut zu Eigenthum übertragen wird, die Sale, juristisch durchaus gleichwerthig, und noch mehr, geradezu identisch mit dem Akte, wodurch ein Gut in die Leibzucht oder in die Satzung eines Andern gestellt oder zu Lehn oder Zinsleihe gegeben wird: alle diese Handlungen heissen collatio, concessio, delegatio, und sie begründen in der Person des Empfängers des Gutes das dingliche Recht, das Herrschaftsrecht über die Sache. Welchen Umfang das dingliche Recht haben soll, ergiebt sich daraus, ob die Sale, traditio, zu Eigen oder zu Leibzucht oder zu Lehn, ob eine collatio in proprietatem oder usufructuario jure oder jure feudi erfolgt.

Das durch die Sale übertragene Herrschaftsrecht ist nach ursprünglicher Anschauung das Recht auf Ausübung der Gewere am Gute, so dass zur Vollziehung der Sale die Investitur unerlässlich erscheint. Der Veräusserer muss das Gut sofort in die Gewere des Erwerbers bringen können; der Eigenthümer kann also sein in der Gewere eines Leibzüchters oder Pfandgläubigers befindliches Gut nicht tradieren, wie die Urk. von 1068 (S 25: tradi non poterat) zeigt, weil er die Herrschaft darüber nicht einräumen kann. Die Nothwendigkeit der Investitur zur Rechtsübertragung wird auch so ernsthaft genommen, dass selbst bei Eigenthumsübertragung mit Niessbrauchsvorbehalt doch der neue Eigenthümer vorübergehend für kurze Zeit in die Gewere gesetzt oder ihm ein census pro investitura bestellt wird (§ 99).

Nach diesen Vorgängen bleibt der Auflassung keine rechtsübertragende Function mehr übrig, sie ist der Verzicht auf Rückfall des eingeräumten Herrschaftsrechtes, wie er nicht nur bei Eigenthumsübertragung, sondern bei jeder völligen Aufgabe eines dinglichen Rechtes abgegeben wird.

Diese Functionen von Sale und Auflassung werden am klarsten

---

jus nostrum quod sala dicitur; Kölner Schreinsurkunden, herausg. von Höniger (in Publicationen der Gesellschaft f. rhein. Geschichtskunde I): 2 I 13, 2 II 16: in jure quod vocatur sale domum suscipere.

erkennbar, wenn man die Fälle betrachtet, wo nur die eine von ihnen auftritt. Tradition ohne Auflassung finden wir, abgesehen von den nicht weiter zu erwähnenden Fällen der Leibzuchtsbestellung, der Satzung und der Leihe, bei Verkauf auf Wiederkauf. Es ist wahr — wir werden das in § 102 noch sehen —, dass dieses Rechtsgeschäft inhaltlich mehr auf dem Boden der Satzung als auf dem der Eigenthumsübertragung steht, aber formell ist es unter den letzteren Begriff untergebracht, es überträgt auf den Käufer ein resolutiv bedingtes Eigenthum. In dem Mangel der Auflassung kommt dieser Vorbehalt der Resolutivbedingung zum Ausdruck.

Lehrreicher sind die Fälle der Auflassung ohne Sale. Es sind folgende: 1. Der Lehns- oder Zinsmann, der Leibzüchter und der Satzungsgläubiger geben ihr Lehn-, Zinsleihe-, Leibzuchts- und Satzungsrecht bei Rückgabe des Gutes an den Herrn oder Eigenthümer durch einfache Auflassung auf; denn sie übertragen ihm kein Recht, ihr Lehnrecht u. s. w. soll nicht auf ihn übergehen, sondern aufhören, der Herr oder Eigenthümer gewinnt am Gute kein Recht, das er vorher nicht hatte, sondern sein bisher gebundenes Recht wird frei und dadurch wieder fähig, sich als Herrschaftsrecht in der Gewere zu realisieren. 2. Die Erben geben in der Form der Auflassung den Consens zu Veräusserung durch den Erblasser ab; nur dieser tradiert und lässt auf, die Erben tradieren nicht, sie resignieren blos auf ihr Anwartschaftsrecht, den „Anfall". 3. Der Eigenthümer resigniert ebenso zu Gunsten des Leibzüchters oder Pfandgläubigers ohne Tradition auf sein Rückfallsrecht, wenn er den Niessbrauch oder das Pfandrecht in Eigenthum verwandeln will; es bedarf keiner Rechtsübertragung, blos des Verzichts auf den Rückfall des Herrschaftsrechts.

Dürften wir diesen Fällen noch einen vierten beisetzen und annehmen, der Eigenthümer eines zu Leibzucht oder zu Satzung ausgegebenen Gutes habe die nuda proprietas durch blosse Auflassung an einen Dritten übertragen können, so läge hier ein Fall vor, wo die Auflassung für sich allein wahrer Eigenthumsübertragungsakt wäre. Aber ich bezweifle sehr, ob dies nach altem Rechte möglich war. Der Dritte hätte mit einer solchen Auflassung nichts anfangen können, weil er das Recht, auf welches durch sie verzichtet wurde, deswegen noch nicht hatte, es nur durch Tradition hätte erlangen können, die der Auflassende nicht vollziehen konnte. Ein Uebergang des Eigenthums auf den Dritten war in solchem Falle kaum anders zu bewerkstelligen als dadurch, dass der Leibzüchter oder der Satzungsgläubiger mitwirkte, also das Gut dem Eigenthümer resignierte, dieser es übertrug und der Erwerber nach sessio triduana es dem Leibzuchts- oder

Satzungsberechtigten wieder zurückgab, oder so, dass der letztere es direct dem Dritten tradierte und dann der Eigenthümer resignierte. Bei Leihe war wohl ursprünglich dasselbe der Fall: der Lehns- oder Zinsherr musste sich das Gut zuerst resignieren lassen, um es dem neuen Erwerber übertragen zu können, der dann seinerseits die Leihe erneuerte. Eine Abhilfe gegen diese schwerfällige Manipulation fand sich bei Leihen schon in der classischen Zeit des Mittelalters auf dem Wege, dass der Lehnsherr die sog. Lehnware (S 164), der Zinsherr sein Zinsrecht tradierte und aufliess. Dagegen bei Leibzuchts- und Satzungsverhältnissen war derartiges nicht möglich, der Eigenthümer hatte nichts, woran ihm eine Gewere zustand, ohne welche nun einmal nicht konnte tradiert werden. Erst seit Ende des 13. Jahrhunderts, so viel ich sehe, mit der Verkümmerung der alten solennen Formen, trat in dieser Anschauung eine Veränderung ein: Sale und Gewere gingen in der Auflassung als einzig maassgebendem Akte auf, die Functionen jener wurden dieser zugeschrieben, sie genügte nun für sich allein zur Eigenthumsübertragung; und damit zugleich (man sieht kaum, welches von beiden die Ursache, welches die Wirkung war) wurde nun auch der Eigenthümer fähig, das Eigenthum des Guts, das er selbst nicht in der Gewere hatte, durch Auflassung des „Anfalls", d. h. der nuda proprietas, auf einen Dritten zu übertragen[22], ohne dass der Inhaber der Gewere sich dabei betheiligte.

Hierin stehen die Quellen der späteren Zeit auf einem neuen Boden, und damit ist der Uebergang zu der modernen Anschauung vollzogen, welche genau besehen den alten Begriff und das alte Wesen der Auflassung ganz zerstört und die an ihre Stelle tretende Fertigung im Gerichtsbuch, später Grundbuch, als den das Eigenthum übertragenden Akt im Sinne der römischen Eigenthumserwerbsgründe behandelt hat, in der äusseren Form nun auch übereinstimmend mit Niessbrauchs- und Hypothekbestellung. Die Fertigung späterer Zeit ist nicht mehr blos Verzicht wie die alte Auflassung, sondern rechtsbegründender Akt gleich der Sale, und das charakteristische Moment der alten Auflassung ist im Grunde in der neuen Rechtsbildung ganz auf die Seite geschoben worden und verloren gegangen.

---

[22] So Henneb. UB. II Nr 180 (v. J. 1353): Wir lazin vf den aneual, den wir haben tzu den guten zu L., dy da inne haben K. unde Y. yre suester, dy laze wir vf hern C. prouiste zu V. vnde der sammenunghe da selbis; vnde des anvallis vortzihe wir mit allir ansprache vnde eyginschaft an den guten, mit sulchem vnderscheyde, daz K. unde Y. sullen ynne haben dy gute, dy wile daz sy leben u. s. w.

2. Elemente der Befestigung nach aussen.

§ 94. a. Aufbietung gegen Einsprecher.

Zu den rechtsgeschäftlichen Elementen des Eigenthumsüberganges ist in der classischen Zeit des Mittelalters ein wichtiges Moment hinzugekommen, das von höchster Bedeutung für die spätere Entwicklung wird: die Gerichtlichkeit. Der Akt der Eigenthumsübertragung wird vor Gericht vorgenommen und von diesem bestätigt. Man spricht gewöhnlich nur von gerichtlicher Auflassung; nach dem Bisherigen versteht es sich, dass man eben so gut von gerichtlicher Sale (traditio) und Investitur reden könnte; ich brauche daher am liebsten einen später häufig gewordenen Ausdruck, der alles umfasst: Fertigung.

Unzählige Male ist es in den Quellen ausgesprochen, dass Eigenthumsübertragungen vor echtem Dinge, vor sitzendem Rathe oder Gerichte geschehen müssen, ohne solche gerichtliche Fertigung nicht volle Kraft und Festigkeit haben. Hier sei nur an Ssp I 52 § 1 (ohne Erbenlaub und ohne echtes Ding mag Niemand sein Eigen geben) und an Dsp 71 und Schwsp (L.) 22 I = (W.) 349 erinnert, welch letztere Stellen (ohne Vogtsding mag Niemand sein Eigen hingeben, dass es Kraft möge haben) nicht als gedankenlose Transscriptionen des Ssp dürfen angesehen werden, da sie mit der sonst für Schwaben bezeugten Uebung zu genau übereinstimmen.

Belege aus Rechtsquellen, zumal aus Stadtrechten, hier zu geben, hat keinen Zweck. Zahlreiche Citate finden sich bei Stobbe, Auflassung S 172 ff. Dagegen ist es nicht ohne Werth, die Sache im älteren Landrechte zu verfolgen und eine kleine Auslese von Urkunden zusammenzustellen, aus denen sich hauptsächlich für das Landrecht des 12. und des Anfangs des 13. Jahrhunderts mehr oder weniger bestimmt die Gerichtlichkeit der Fertigung als ein von Recht und Gesetzes wegen zur vollen Festigkeit der Eigenthumsübertragung erforderlicher, nicht blos als ein zu grösserer Sicherheit beliebter Akt erkennen lässt.

In Sachsen ist die gerichtliche Fertigung schon im 12. Jahrhundert nicht nur, wie aus den Urkundenbüchern zu sehen[1], vollständig eingebürgert, sondern wird auch oft mit Ausdrücken eingeleitet, welche einer aussergerichtlichen Handlung wenig rechtlichen Werth zu lassen scheinen: quoniam nulla donatio proprietatis robur firmitatis

[1] Ob schon im UB. des Hochstifts Halberstadt I Nr 73 v. J. 1042 zu erkennen? es heisst da: Herimannus predium nos (Heinricum regem) scabinionum judicio adhereditavit. Oder ist es alte Affatomie? Vgl. unten § 194.

obtinere potest, nisi comitie testimonio et banni regalis auctoritate firmetur[2]. In Franken wird der Nachdruck darauf gelegt, dass die gerichtliche Fertigung legitima, consuetudinis et juris sei[3]. Für Schwaben und zwar dessen Landrecht wird das der gerichtlichen Fertigung zukommende Gewicht aus den Urkunden ersichtlich, wenn wir den Ausdruck „an offener freier Strasse fertigen" für Fertigung vor Gericht nehmen dürfen[4]. Denn zu vollkommenem Erwerb ge-

---

[2] UB. des Hochstifts Halberstadt I Nr 487 (v. J. 1215). Vgl. Reg. Westf. (Erhard) II Nr 496: Ut autem rata permaneret tante devotionis oblatio, opus erat ampliori certitudinis argumento. Quapropter W. et L. stabilierunt predia ad bancos sub banno comitis scabinorum astipulante consensu. Dasselbe Westf. UB. (Wilmans) III Nr 84. Sonst gewöhnlich: ut in omne tempus stabilis permaneat, sub banno regio sententia et consensu scabinorum donatio confirmata (consolidata, stabilita) est.

[3] Aus Landgerichten: NR. UB. I Nr 364: Facta certitudine ex utriusque partis consensu inter vendentes et ementes dies dicta est in loco Cruizberg; ibi nostre ecclesie fideles et domini Heinrici (des Veräusserers) cognati et amici affuerunt, necnon et septem de illis quos liberos scabinos vocamus ad hunc comitatum pertinentes et de talibus causis rata judicia dare constituti, quorum consilio legitimus fieret nostre emptionis status et perpetue securitatis obtineret rationem. Das. Nr 368: Hec ergo (venditio) in loco Horna in placito comitis A. de Saphenberg certificata est. Ibi enim coram liberis scabinis ad ipsum comitatum pertinentibus consentiente nepote suo legitime vendidit nobis hereditatem suam. Das. Nr 420: Hoc autem secundum morem publice confirmatum est et premunitum banno comitis Ulrici de Are. MR. UB. I Nr 325: Ne hec traditio destruatur, placuit mihi hic testes inducere, qui viderunt pariter et consuluerunt, qualiter in pleno placito coram Rorico advocato predium judiciaria judicum lege totiusque populi succlamatione recepissem. Hess. Urk. (Baur) I Nr 64: sicut juris est publice resignasse recognosco. — Hiezu ein paar wichtige Städte: Köln (NR. UB. I Nr 399): donatio facta est legitimo donationis modo secundum jus Coloniensis urbis per judices Colonienses sub presentia senatorum et civium, recognito et facto eis omni suo jure propter veritatis testimonium. Mainz (Würdtwein, Subs. dipl. IV Nr 58 S 251): borgantes Auzoni de hereditate tamdiu certam et rectam prestare warandiam, quousque se super eadem per bannos suos stabilierit prout Mogunt. consuetudinis est et juris. Frankfurt (C. d. Francof. S 26 f.): aream quam B. et J. resignantes eisdem contulerunt, in generali placito nostre civitatis coram nobis in legitimam possessionem acceperunt. Das. S 66: acta coram nobis in mallo, bona sub bannum Imperatoris comprehendendo. Worms (Arnold, Zur Gesch. des Eigent. S 394): coram nobis (consulibus) resignaverunt, sicut consuetudinis fuerat atque juris. Ebenso S 430. Guden, Sylloge S 238.

[4] Uebrigens auch sonst bezeugt durch die vielen Urkunden, in denen die Parteien vor Gericht treten und anfragen, wie sie die Fertigung thun sollen, dass sie Kraft und Macht habe und stät bleibe, und durch Urtheil erkannt wird, die Güter sollen in des Richters Hand aufgegeben werden und er solle sie dann wieder geben in des Erwerbers Hand. So bei Verkauf der Herrschaft Gösgen durch Thomas von Falkenstein an die Stadt Solothurn im Landgerichte der Landgrafschaft

hört die Uebergabe an offener freier Strasse, wie es etwa bei Mone, Zeitschr. III 362 heisst: Wir verkaufen an das Kloster St. Blasien Güter und fertigen sie ihm mit allem Recht und an allen Stätten, so ein freier Mann sich seines eigenen Gutes enziehen soll . . . an der offenen Strasse vor ehrbaren Leuten. — Nun ist meistens die Identität von offener freier Strasse und Gericht sofort ersichtlich[5]. Einzelne Quellenaussprüche haben aber Zweifel erregt. So scheint Renaud[6] aus dem Stadt- und Amtbuch von Zug v. 1432 Art. 3 und 4[7] zu schliessen, dass Fertigung vor Gericht oder an offener Strasse zur Auswahl gestellt war. Aber der Gegensatz in dieser Stelle ist wohl eher der: entweder vor Landgericht an offener freier Strasse oder vor dem Twingrichter; jenes bei freien, dieses bei Hofgütern. Auch v. Wyss[8] nimmt die Fertigung an offener Strasse für einen aussergerichtlichen Akt, aber sein Hauptbeleg scheint es doch auch nicht zu beweisen, nämlich die Offnung des Freiamts Affoltern Art. 9[9], wo der Gegensatz darin dürfte gefunden werden: bei Uebergang von Genossen an

---

Buchsgau, Soloth. Wochenblatt 1821 S 230. Aehnliche Fälle das. S 194, 1827 S 165 und sonst.

[5] Der Ausdruck geht durch ganz Deutschland hindurch: Niesert, Beitr. z. e. Münster. UB. II 69: coram me in tribunali judicio Vrigrauiatus presidente in publica strata regia que vulgo dicitur konyngestrate. — NR. UB. II Nr 1054: damus in strata libera ac publica, ubi proprium et verum allodium solitum est ex antiqua consuetudine donari, quatuor jurnales veri allodii. — Hess. Urk. (Baur) I Nr 40: resignavi bona in strata publica coram judice. — Das. Nr 160: resignatione bonorum monasterio coram sculteto, scabinis et incolis ville secundum jus et consuetudinem loci in strata publica facta. — Soloth. Wochenblatt 1826 S 131: Ich Peter Honberg Vogt zu Friedau sass offenlich zu Gericht zu Hägendorf an offener freyer Strasse. — v. Wyss, Abtei Zürich, Urk. Nr 396: actum in judicio publico Thuregi in strata publica. — Mone, Z V 87: sol die wiesen an der freien strassen und vor dem gericht zu S. ufgeben. — Trouillat II Nr 118: Auflassung freien Eigens, actum in publica strata apud villam M. presentibus sculteto ejusdem loci etc. — Segesser, RG von Luzern II 479 Anm 3: an offener freier Strasse wird nach Landesrecht eine Gült gefertigt, „als man solich gelt ab frien gütern mit aller sicherheit, recht und gewonheit vertigen und aufgeben sol". — Grimm, Weisth. II 308 Anm a. E.: ein gift uber erb und liegende guetter soll auf freyer strassen vnder dem himmel vor dem grundtrichter vnd scheffen gescheen.

[6] Beiträge zur Staats- und RG des C. Zug S 84.

[7] Z f. schweiz. R I Abth. 2 S 14: Ligende güotter sol man uffgeben und vertigen an offener fryer strass ald an des richters hand, do denn dieselben güotter hin twinghörig sint.

[8] Z f. schweiz. R XVIII Abth. 1 S 133.

[9] Die güter mag ein gnoss dem andern gnossen ufgeben und vertigen in sin hand an offener strass und het im damit gevertigot; kouft aber ein ungnoss derselben güter, der sol es empfahen von eim fryen amptman.

Genossen braucht nicht die Liegenschaft dem Richter aufgegeben und von diesem erst an den Erwerber geliehen zu werden, sondern es findet directe Uebergabe statt, nach Analogie von Ssp Lehnr. 39 § 3[10].

Endlich auf gerichtliche Fertigung im älteren bairischen Landrechte weist schon die häufig vorkommende Formel: und han ich mich verzigen desselben aygens an der stat da man sich aygens durch recht verzihen sol und als des landes recht darum stent und auch der grafschaft, darin dasselbe aygen gelegen ist[11].

Die Bedeutung dieser gerichtlichen Fertigung liegt darin, dass sie eine förmliche Amtshandlung ist, bei der das Gericht als solches functioniert, nicht blos als Zuschauer figuriert. Denn vom Richter muss nach Spruch der Schöffen der Bann auf die Uebertragung gelegt und Friede darüber gewirkt werden. Die uns aufbewahrten Beispiele solcher gerichtlicher Fertigung gehen meines Wissens nicht über das 11. Jahrhundert hinauf. Allerdings finden sich urkundlich schon sehr früh Eigenthumsübertragungen vor Gericht erwähnt, aber dieselben haben eben gerade diesen specifischen Amtscharakter nicht, auf den es hier ankommt. Von lex Rib. 59 § 1 sehen wir ab, wo die traditio cartae in mallo vorgeschrieben wird, weil diese Vorschrift mit unsrer Frage nichts gemein hat und schon früh in Abgang gekommen ist. Dagegen finden wir, dass zumal die bei den Alamannen und Baiern nicht unbeliebte Vornahme der Traditionen auf Gerichtsversammlungen keinen andern Zweck hatte als den, dem Geschäfte grössere Feierlichkeit zu geben; das Gericht als solches blieb unbetheiligter Zuschauer, nicht per judicem, sondern coram populo wurde gehandelt, mit nicht grösserem Effecte als es an grossen Heiligenfesten vor der publica

---

[10] Von Stadtrechten vergl. etwa Augsburg (UB. Augsburg I Nr 130): Diselben drizzeck schillinge geltes han ich vor dem rate ze Auspurch oufgeben für eigen und haben uns ir vertzigen vor dem rate nach dirre stet reht. Meyer, Stadtbuch von Augsburg S 319 f. 324; Stadtbuch (Meyer) Art. 113, welcher Artikel erklärt, warum die Kaufbriefe in der Regel nicht von dem Rathe selbst ausgestellt, sondern nur auf Begehren des Verkäufers von ihm besiegelt sind. Die Fertigung vor Rath war doch Rechtens. — Basel (Trouillat I Nr 459): Nobis (advocato) judicio presidentibus C. concivis noster et G. ejus uxor per sententiam sicuti in hujusmodi contractibus consuevit fieri domum suam monasterio de O. libere contulerunt publice resignando. Arnold, Zur Gesch. des Eigent. S 320: Coram nobis in judicio contulit justitia exigente adhibitis omnibus juris observationibus hujusmodi contractibus adhibendis.

[11] So z. B. Mon. Bo. V 480 Nr 25. Vgl. das. III 355 Nr 44. Ueber das Verhalten des bairischen Landrechtes zu unserer Frage seit dem 14. Jahrhundert s. § 98.

synodus bei einer Kirche geschah[12]. Die gerichtliche Fertigung des Mittelalters ist daher nicht an diese traditiones in publico placito oder in synodo anzuknüpfen, weil diese letztern juristisch gesprochen nicht gerichtliche, sondern private Handlungen sind, mithin nicht der Ursprung der späteren gerichtlichen Fertigung sein können. Gerichtlich wird der Akt erst dadurch, dass das Gericht eine Amtshandlung vornehmen muss, und diese liegt in dem Bann- und Friedewirken.

Es ist nun zu untersuchen, wie dieses Element in die Praxis der Eigenthumsübertragung gekommen ist. Wir fragen zuerst nach den Motiven, welche dazu können Veranlassung gegeben haben, und alsdann nach der juristischen Bedeutung, dem rechtlichen Werthe der gerichtlichen Handlung im Vergleiche zu aussergerichtlicher.

Wir finden zwei Motive, welche die Uebertragung der Liegenschaften vor das Gericht können gebracht haben. Einmal das Interesse des Erwerbers an der Oeffentlichkeit des Aktes und an gerichtlicher Zusprechung behufs Präclusion entgegenstehender Einspruchsrechte der Erben oder anderer Prätendenten. Sodann ein öffentliches Interesse, bezw. ein solches des Grafen und Landes- (Gerichts-) Herrn an einer Controle der Eigenthumsübertragungen wegen der auf den Gütern ruhenden öffentlichen Pflichten und Lasten. Obschon dieses letztere, wie wir sehen werden, wahrscheinlich als das weitaus Maassgebendere und Wirksamere für die Nothwendigkeit der gerichtlichen Fertigung zu betrachten ist, so spielt doch das erstere in den Urkunden eine viel grössere Rolle, eine grosse Zahl von Urkunden spricht von der Präclusion der Erben und andrer Ansprecher in einer Weise, als ob sie der einzige Zweck der gerichtlichen Fertigung gewesen wäre[13]. Wir nehmen sie daher hier voraus.

Die Freiheit in Veräusserung von Liegenschaften war, wie wir aus Früherem wissen, durch die Anwartschafts- und Einspruchsrechte

---

[12] UB. St. Gallen Nr 120. 246. 639: in publico placito sub frequentia populi iterum firmata. Hist. Frising. Nr 212. C. d. Fuld. Nr 388.

[13] Man sehe etwa Reg. Westf. (Erhard) II Nr 429: Quoniam unanimi fratrum assensu, antequam quisquam ipsorum ex legitimo connubio filium aut filiam generasset, in conventu populari sub banno regali actum est; ne ecclesia aliqua in posterum querimonia perturbetur, quod publice et sine ulla reclamatione factum est, nostre auctoritatis sententia confirmamus. NR. UB. I Nr 420: Que res utraque de parte sub hac conditione proposita est, ut venditor omnibus suis proximis omnis contradictionis aditum precluderet. Vgl. auch Grimm, Weisth. I 478 § 5: Welcher guther kaufft, der soll sich an den gerichten, da die guther gelegen sind, wehren lassen, damit dem erben sein recht des abtreibens nicht verhindert werde. Das. III 151 § 52.

der Erben des Eigenthümers sehr beengt, der Erwerber musste gewärtigen, nach Jahren noch alten Ganerbschaftsrechten von Familienangehörigen weichen zu müssen. In ältester Zeit mochte die Gefahr geringer sein, weil die Uebertragung auf dem Gute selbst vor einer ansehnlichen Zeugenmenge der Sache eine Publicität verschaffte, welche Widerspruch sofort wach rief. Immerhin war der Erwerber von Rechts- und Gesetzeswegen erst nach Ablauf von dreissig Jahren und ungestörtem Besitze während dieser Zeit gegen jeden Einspruch sicher, wie uns langobardische Placita und fränkische Formeln zur Genüge beweisen, die so oft und viel die Einrede: possedi per triginta annos, oder die Replik: nondum per triginta annos investitus fuisti ad proprietatem, enthalten. Schon vor Ablauf dieser langen Zeit eine Sicherheit gegen Anfechtungen unbekannter Erben zu gewinnen, mochte oft Bedürfnis sein. Als Hilfe bot sich nun jene Bestimmung der Capitularien dar, welche als Executionsmittel für Geldschulden und für Bussen und (im Anschluss daran) als solches für Klagen auf ein Grundstück gegen den nicht Antwort gebenden Beklagten die Legung des Gutes unter Königsbann und Befriedigung des Gläubigers bezw. Auslieferung des Gutes an den Vindicanten nach Verfluss von Jahr und Tag aufstellten[14]. Das Gut, die proprietas, war also während Jahresfrist in bannum missa, und während dieser Zeit mochte es der Angesprochene noch aus der königlichen Gewalt ziehen, mit Ablauf derselben aber wurde der Kläger in das Eigenthum eingewiesen. Diese Procedur konnte zu einem Aufgebotsverfahren gegen unbekannte Dritte erweitert werden und der Erwerber eines Gutes erlangte dadurch das Mittel, den allfälligen Widerspruch von Erben des Veräusserers oder von anderen Berechtigten binnen Jahresfrist zu erzwingen.

Das altlombardische Recht weist schon früh zwei hiermit im Zusammenhange stehende Prozesshandlungen auf, welche man als Ansatz zu dem in Deutschland ausgebildeten Verfahren betrachten kann. Nach der einen tritt der Erwerber eines Gutes vor Gericht und weist seine Traditionsurkunde vor. Gefragt, was er damit wolle, antwortet er: das geschieht, ut silens non appareat, ne quislibet liber homo dicere possit, quod eam silens aut occultam habuissem, et si quis liber homo adversus nos exinde aliquid dicere vult, ecce parati sumus cum

[14] Cap. 803 c. 6 (Boretius S 118). Cap. 818 c. 11 (Boretius S 283); aus letzterem: quodsi non de alia re, sed de ipsa proprietate, quae in bannum missa fuit ac per hoc in nostram potestatem redacta est, fuerat interpellatus (scil. contumax), comes hoc ad notitiam nostram perferre curet, ut nos eandem proprietatem, quae in nostrum dominium redacta est, per praecepti nostri auctoritatem in jus et potestatem hominis qui eam quaerebat, si sua esse debet, faciamus pervenire.

eo ad rationem standum et legitime finiendum, unde ad vos petimus, ut mittatis bannum de parte domini regis (imperatoris) super nos[15]. Die zweite ist die gegen nicht erschienene Beklagte in Folge einer Eigenthumsklage zu Gunsten des Klägers verfügte investitura salva querela, d. h. Besitzeinweisung (missio in possessionem) vorbehältlich Klage des contumax binnen Jahr und Tag, wofür die Grundlage doch eher in jenen Capitularien als im römischen Rechte zu suchen ist[16], wenn auch später das letztere ausschliesslich für die weitere Ausbildung maassgebend geworden ist. Das Nähere des lombardischen Rechts können wir hier nicht verfolgen.

In Deutschland bildet dieses Aufbietungsverfahren den Hauptinhalt der gerichtlichen Fertigung. Denn dieselbe ist nicht, wie man früher angenommen hat, ein Scheinprozess zwischen Veräusserer und Erwerber, worin letzterer als Eigenthumsansprecher gegen den ersteren aufträte, also mit malo ordine possides gegen ihn klagen und der Beklagte dann durch Anerkennung der Klage ein Urtheil des Gerichts zu Gunsten des Erwerbers veranlassen würde, sondern sie ist ein Contumacialverfahren des Erwerbers gegen allfällige Einspruchsberechtigte. Ausführlichere Fertigungsurkunden etwa in der Art der Urkunde des C. d. Anhalt. II Nr 220 stellen das in volles Licht: nachdem der Veräusserer vor Gericht das Gut tradiert und an den Erwerber aufgelassen hat, ist das Verhältnis zwischen diesen Hauptbetheiligten ohne Prozess, selbst ohne Scheinprozess, erledigt; jetzt aber beginnt der prozessualische Akt: der Erwerber, nachdem er sich behufs seiner Legitimation zu weiterem Vorgehen die erfolgte Tradition und Auflassung vom Gerichte hat constatieren lassen, fordert den Richter auf, allfällige Einspruchsberechtigte zur Geltendmachung ihres Widerspruchs aufzurufen; der Richter entspricht diesem Begehren, und wenn dann keine Anfechtung erfolgt, so wirkt er Bann und Frieden über das Gut. Das ist das banno stabilire, mit dem Banne stedigen, wie es in den sächsischen Urkunden technischer Ausdruck ist, die Stedigung des Ssp, z. B. II 30, das Friedewirken z. B. im Verm. Ssp I 43 d. 5, I 44 d. 1 und sonst[17]. Ein Hauptunterschied gegenüber jenen Capitularien besteht in der Art und Wirkung des Bannes: nach

[15] Z. B. C. d. Bergom. (Lupi) II 535. 625 u. öfter.

[16] Ficker, Forschungen zur Rechtsgesch. Italiens I 35. 40. Heusler, Gewere S 294 f.

[17] C. d. Anhalt. I Nr 413 u. sonst, Westf. UB. (Wilmans) III Nr 204. 309 u. s. w. immer banno stabilire, confirmare. Sodann C. d. Anhalt. I Nr 411: bonis stabilem pacem habere precepimus. Das. II Nr 220: sub banno regio proprietati firmam pacem induximus.

jenen wird das Gut vom Grafen zu Handen der königlichen Gewalt vorläufig eingezogen und erst nach Jahr und Tag an den Vindicanten herausgegeben, die Stedigung und das Friedewirken bei gerichtlicher Fertigung dagegen schliesst die sofortige Besitzeinweisung des Erwerbers nicht aus. Der Unterschied liegt in der Natur der Sache: dort handelt es sich um ein dermalen noch unsicheres Recht des Vindicanten, hier dagegen liegt rechtsgiltige Uebertragung von dem bisherigen unbeanstandeten Eigenthümer auf den Erwerber vor, wo für den Richter keine Veranlassung besteht, das Gut in seine Gewalt (Sicherungsarrest) zu ziehen; höchstens müsste es dem Veräusserer gelassen werden. Geblieben ist aber auch bei der Fertigung der Termin von Jahr und Tag, in welchem der Einsprecher sein Recht unter nachher zu erörternden Voraussetzungen geltend machen muss.

Die Procedur der gerichtlichen Fertigung an sich würde durch dieses Interesse des Erwerbers einer Liegenschaft an Provocation der Erben genügend erklärt, kaum aber ihre Regelmässigkeit, oder gar ihre gesetzliche Nothwendigkeit. Oft hatte der Erwerber von Einsprüchen nichts zu besorgen, er kannte die Erben und hatte sich ihres Consenses versichert; was hatte das Gesetz für einen Grund, einem solchen noch die Vorsichtsmaassregel, die er nicht begehrte, aufzuzwingen? Nun sehen wir aber, dass selbst wo es den Parteien unbequem ist, dennoch die gerichtliche Fertigung nicht versäumt wird, sogar in Fällen, wo die nächsten Erben des Veräusserers schon aussergerichtlich verzichtet haben und ein Widerspruch von dieser und andrer Seite nicht zu befürchten ist[18]. Es muss daher noch etwas weiteres hinzugekommen sein, was erst einen rechtlichen Zwang zu gerichtlicher Fertigung mit sich brachte, und hier treffen wir auf das Motiv der Controle und der Genehmigung der Veräusserungen durch den Gerichtsherrn.

§ 95. b. Genehmigung des Gerichtsherrn.

Die Annahme, dass auch für die Uebertragung freien Eigens die gerichtliche Mitwirkung nothwendig (obligatorisch) gewesen sei, ist in der neueren Litteratur wieder ein bestrittener Punkt geworden[1], nachdem sie lange als unbezweifeltes Dogma geherrscht hatte. Mit der Begründung dieser Annahme hatte man es früher allerdings leicht ge-

[18] Vgl. etwa Westf. UB. (Wilmans) III Nr 35. 84. 1631.

[1] Besonders durch Laband, Vermögensrechtl. Klagen S 235 ff.; Stobbe, Auflassung S 166 ff. Dagegen für die ältere Ansicht mit neuer Begründung Sohm, Fränk. Recht und röm. Recht, in Z der Sav.-Stift. I, german. Abth. S 41 ff.

nommen und schlechthin das Interesse an Publicität der Handänderungen wegen der politischen Bedeutung des Grundbesitzes geltend gemacht. Sohm besonders hat dann den obligatorischen Charakter der gerichtlichen Fertigung auf ein Recht des Gerichtsherrn zu Ratification der Veräusserungen und hinwiederum dieses Recht auf die Vogtei- und Abgabenpflicht der Güter zurückgeführt, was Schröder[2] noch dahin erweitert hat, dass der Consens des Gerichtsherrn aus einem ursprünglichen Bodenregal, d. h. Obereigenthum des Königs an sämmtlichem Grund und Boden stamme. Eine sichere Lösung der Frage ist dadurch erschwert, dass die landrechtlichen Quellen nirgends das Princip und das Motiv desselben klar und sicher aussprechen.

Keinem Zweifel unterliegt die Nothwendigkeit grund- und gerichtsherrlicher Bestätigung von Liegenschaftsveräusserungen im Hofrechte. Hier musste der Erwerber den Hof von dem Grundherrn empfangen, und es hat sich vielfach bis in späte Zeit die Form erhalten, dass der Veräusserer das Gut dem Herrn bezw. seinem Meier auflässt und dieser es an den Verkäufer übergiebt[3]; dass das im Meierdinge, im Hofgerichte, geschehen musste, wie die Weisthümer übereinstimmend vorschreiben, ist damit freilich noch nicht erklärt, es mag sich das mit der Ausbildung des Hofrechtes festgestellt haben, in Folge welcher die Bethätigung des Grundherrn bei solchen Handänderungen ihren rein privatrechtlichen Charakter einbüsste und als Herrschaftsakt erschien, der in Ausübung der herrschaftlichen Gewalt, als Amtshandlung zu vollziehen war, wenn man nicht den Einfluss genossenschaftlicher Rücksichten und Interessen als wirksam ansehen darf.

Aber auch in den Städten ist die gerichtliche Fertigung aus einem solchen Genehmigungsrechte des Stadtherrn abzuleiten, nur liegen die Verhältnisse hier nicht so einfach wie in der Regel noch in den Hofrechten. In diesen letzteren führt die gutsherrliche Bestätigung doch auf eine directe Beleihung des Bauern seitens des Herrn zurück, in den Städten dagegen giebt es noch in mancherlei Hand, zumal in der von Klöstern und Stiftern, freies Eigen, welches der Stadtherr bei Handänderungen nicht zu verleihen hat. Solche Grundeigenthümer sind dann oft selber wieder zu einer Hofverfassung und hofrechtlichen Gerichtsbarkeit über die auf ihrem Eigen angesiedelten Leute gelangt.

---

[2] Die Franken und ihr Recht, in Z der Sav.-Stift. II, germ. Abth. S 80.

[3] Grimm, Weisth. II 172 Z. 18 v. o.: Wenn einer ein gut verkauft, so in des closters gericht liegt, so soll verkaufer uf den nechsten gerichtstag kommen und soll dem schultessen den halm geben, so soll der kaufer kommen und des halms begeren, dass in das gericht insetze. Ebenso IV 204 Mitte.

wie die grösseren Klöster in den Städten, so dass der Liegenschaftsverkehr innerhalb dieses Kreises den hofrechtlichen Grundsätzen anheim fiel; ein Verkehr dieser Klöster über ihren Grundbesitz nach aussen fällt kaum in Betracht, da sie in der Regel nichts davon veräusserten; soweit das aber je geschah (etwa bei Abtauschungen), standen sie (vorbehältlich besondrer Exemtion) unter dem Stadtrechte und nöthigenfalls unter der Gerichtsbarkeit der stadtherrlichen Beamten, gleich den übrigen vereinzelt noch vorkommenden Grundeigenthümern. Dieser Verkehr über Eigen der Stadteinwohner und zumal über städtische Liegenschaften steht nun aber, so weit zurück wir ihn verfolgen können, unter der Controle des Stadtherrn. Fassen wir den Verkehr der Privatpersonen speciell ins Auge, so wirkten zwei Gründe zusammen, um die Einwilligung des Stadtherrn zu Liegenschaftsveräusserungen nothwendig zu machen: einmal die in den meisten, wenn nicht in allen Städten auf Grund stadtherrlicher Vogtei eingetretene dingliche Belastung aller städtischen Grundstücke mit einem Zinse (Wortzinse), und sodann die persönliche Gebundenheit und Unterthänigkeit der Stadtbewohner gegenüber dem Stadtherrn. Denn auch die höheren Classen der städtischen Einwohner standen als Ministerialen oder als (freie) Censualen in starker persönlicher Abhängigkeit von dem Herrn und durften auch ihr Eigen nicht ohne Consens desselben veräussern und damit aus seiner Gewalt bringen, zumal nicht an geistliche Anstalten und am wenigsten an auswärtige. Es sind uns viele Beispiele überliefert, dass (entsprechend dem in den Rechtsbüchern dargestellten Dienstmannenrechte) städtische Bürger sogar freies Eigen, das sie ausserhalb der Stadt hatten, nur durch die Hand ihres Stadtherrn veräussern durften, der bei dieser Gelegenheit sich gern von dem Erwerber einen Zins versprechen liess[4]. Wie viel mehr war das

[4] Bemerkenswerth sind in dieser Hinsicht die Züricher Urkunden, wonach bis an das Ende des 13. Jahrhunderts Ministerialen der Abtei, zugleich Bürger von Zürich, ihr Eigen, das sie ausserhalb der Stadt unter fremder Gerichtsbarkeit hatten, und das sie an kirchliche Anstalten vergaben wollten, doch der Aebtissin auf den Altar der Fraumünsterkirche aufliessen, welche es dann ihrerseits dem Bedachten übertrug. v. Wyss, Gesch. der Abtei Zürich S 61; Urk. Nr 60. 64—66. 86. 173. 174. Aehnlich Urk. von 1273 im Geschichtsfreund der fünf Orte I 198: Cum abbatissa et conventus de Rathusen bona quedam proprietaria a quibusdam hominibus ad monasterium Lucernense pertinentibus legitime compararint, que bona, licet absoluta et nulli censui obnoxia semper extiterint, tamen quia ratione hominum qui ad monasterium Lucernense tamquam de familia existentium pertinere noscuntur, si sine nostro (abbatis Morbacensis et prepositi monasterii Lucernensis) consensu fieret, posset super hujusmodi alienationis contractu, utrum foret firmus aut invalidus, in posterum in dubium revocari ac per hoc abbatissa et conventus

erforderlich bei städtischen Liegenschaften, wo zu der persönlichen Abhängigkeit des Veräusserers noch die dingliche des Gutes hinzukam. Für diese letzteren Fälle mag schon früh die Vollziehung im Stadtgerichte aufgekommen sein, während für Veräusserung auswärtiger Liegenschaften die Genehmigung des Stadtherrn aussergerichtlich ertheilt wurde, da ja dieses Verhältnis das Stadtgericht nichts anging[5]. In der Folge, als mit dem Verschwinden der Hörigkeit aus den Städten die separaten Hofgerichte der grösseren Klöster eingingen und das Stadtgericht sich zu dem ausschliesslichen Gerichte aller Stadtbewohner erweiterte, zog es alle Liegenschaftsveräusserungen vor sich und trat auch hiefür in die Stelle jener Hofgerichte ein, sodass der Zinsmann, der ein Haus von einem Stifte oder Kloster zu Erbzinsrecht hatte, dasselbe auch vor Stadtgericht fertigen liess, wenn er es verkaufte, und so ist für alle städtischen Liegenschaften die Fertigung vor Stadtgericht nothwendig geworden.

Fragen wir nun, ob auch im Landrechte nicht vielleicht ähnliche Veranlassungen bestanden haben, für den Verkehr an freiem Grundeigenthum gerichts- (landes-) herrliche Genehmigung zu fordern, so finden wir, dass das in der That der Fall ist. Beginnen wir gerade mit den Freigütern in Sachsen.

Für Westfalen und die Freigüter der westfälischen Freigrafschaften findet sich ein Einspruchsrecht, somit die Nothwendigkeit eines Consenses des Gerichtsherrn bestimmt bezeugt in der Richtung, dass Veräusserung von Gütern aus der Grafschaft heraus, besonders an geistliche Anstalten und dann wohl jeweilen mit Befreiung von den bisher darauf liegenden öffentlichen Leistungen und Abgaben, an die Bewilligung des Freigrafen geknüpft war, und diese Bewilligung sogar nur ertheilt wurde, wenn durch Tausch ein anderes Gut, das den Charakter von Freigut erhalten konnte, für das weggegebene unter die Grafenrechte und in den Nexus der Freistuhlgüter trat. Das erfahren wir aus einer Mittheilung des Joh. v. Bilstein[6], welche von

possent in sua possessione perturbari, ideo nos consensum contractui venditionis adhibemus. Vgl. Wirtemberg. UB. I Nr 74. 187. Auch die Aachener Urkunden (Lörsch), wo den Auflassungen vor Gericht die Frage des Veräusserers vorausgeht, ob er den Verkauf thun könne.

[5] Dass aber in solchen Fällen zu der Auflassung vor dem Gerichte der belegenen Sache auch bisweilen solche vor dem Gerichte des Wohnorts des Veräusserers hinzukam, wohl eben wegen des Consenses von dessen Herrn, zeigen viele Beispiele: Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1631; Trouillat I Nr 441, II Nr 207. Vgl. Heusler, Verfassungsgesch. von Basel S 152 f.

[6] Im UB. von Westf. (Seibertz) III Nr 1100: Vestra noverit discretio, quod nulli secularium vel religiosorum virorum bona libere condicionis ex causa emptionis

Seibertz in das Ende des 13. Jahrhunderts gesetzt wird, aber einen Rechtssatz ausspricht, der laut einer grossen Zahl von Urkunden schon im 12. Jahrhundert Geltung hatte[7]. Wir dürfen wohl daraus den allgemeinen Grundsatz ableiten, dass der Gerichtsherr alle Veräusserungen hindern (irren, sagt Ssp I 34) konnte, wenn seine landesherrlichen Rechte auf Leistung des Reichsdienstes oder auf Bezug der an dessen Stelle getretenen Vogteisteuer dadurch beeinträchtigt wurden, und das war immer der Fall, wo ein Gut aus dem Freistuhlverbande gelöst und auswärts, in eine geistliche Immunität, gelangen sollte. Für die westfälischen Freigüter handelt es sich wesentlich um Rechte auf Abgaben, denn schon seit dem 12. Jahrhundert sind dieselben durchweg mit ansehnlichen Steuern öffentlich-rechtlicher Natur zu Gunsten der Landesherrn (Stuhlherren) belastet. Es liegen hiefür merkwürdige Zeugnisse vor, welche schon Wigand[8] zu der Aeusserung veranlasst haben: „Blicken wir in die alten Register der Lehns- und Dienstmannen, so erstaunen wir, wenn wir sehen, wie gebunden das meiste Eigenthum war. Freistuhlgüter standen in ebenso scharfem Verbande gegen die Territorial- oder Gerichtsherrn als das Gut der Hofhörigen zum Grundherrn.“ Und Seibertz[9], nachdem er von den Reichsabgaben der Freien für den königlichen Fiscus gesprochen, bemerkt von den zu der Freigrafschaft gehörigen Gütern: „Alle diese Güter

possint approbari, nisi illa liberorum bonorum transactio fiat cum concambio bonorum aliorum, que eciam libera possint approbari, et hoc precipue fieri debet de voluntate liberi comitis, sub quo illa bona fuerint constituta. Et hoc etiam de voluntate heredum bonorum predictorum. Insuper predicta transactio in presencia liberi comitis seu coram libera sede debet confirmari.

[7] Man vergleiche etwa: Westf. UB. (Wilmans) III Nr 793: Nos Engelbertus comes de Marcha notum esse volumus, quod Gerewinus de R. noster castellanus domum in liberum comitatum suum, quem ipse de manu nostra tenet, attinentem, ab omni jurisdictione et obnoxietate, qua eadem domus eidem libero comitatui fuit astricta, expediens, tytulo permutationis exemit, proprietatem ejusdem Johanni de Broke assignando, domumque in H., que eidem Gerwino proprietatis tytulo attinebat, ejusdem comitatus sedis liberi comitis, liberorum et scabinorum interveniente consensu in locum et jus predicte domus subrogando . . . . et dedit Johannes arras consuetas liberis et scabinis (v. J. 1267). Aehnlich das. III Nr 1045. Vgl. Nr 1333. Kindlinger, Münster. Beitr. III 1 Nr 6 u. 8, auch Nr 11 (v. J. 1144) und Nr 40 (s. d.): quorum bonorum cambitio sub jurisdictione Rathardi comitis in loco M. sententia et consensu scabinorum annuente sub regio banno est stabilita. In Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1273 assigniert der Bischof von Münster tamquam dux et terre dominus dem Stifte St. Moritz Güter, die es erworben hat.

[8] Provinzialrecht von Paderborn und Corvey II 20.

[9] Die Freigrafschaft Stalpe, in Z f. vaterländ. Gesch. und Alterthumskunde Westfalens Bd. 23.

entrichteten Abgaben an Hafer, Eiern, Hühnern und Geld, sie waren also die Freistuhlgüter, deren Besitzer ihre alten Abgaben an den königlichen Fiscus nunmehr an die Stellvertreter desselben, den Stuhlherrn, und beziehungsweise an den kaiserlichen Freigrafen bezahlten[10]." Das ist der census, quem mansus ab antiquo solvere consueverat sedi que in vulgo dicitur vriestol, oder mansus, qui comicie nostre que vulgo vrigrafscap appellatur pertinuerat et sedi comicie nostre pensionem quandam que communi nomine vocatur hamerscult ab antiquo solvere tenebatur[11].

Auch in Ostfalen galt der Grundsatz, dass Veräusserung von Freigütern aus dem Grafschaftsverbande heraus nur gegen entsprechenden Ersatz unter Genehmigung des Gerichtsherrn statthaft sei. Im Jahre 1215 schreibt der Graf Hildebold von Limmer an den Bischof Friedrich von Halberstadt, er habe Güter, die sein Eigen seien, an das Kloster Marienthal verkauft, und bitte ihn als den Inhaber der Grafengewalt daselbst, dem Kloster diese Güter zu bestätigen; er könne das um so ruhiger thun, denn videtur sane discretis viris, quod hoc salvo jure facere possitis, cum non tam empta sint bona a nobis quam quodam concambio commutata[12]. Allerdings waren im 12. Jahrhundert und zur Zeit des Sachsenspiegels die Freigüter, wie es scheint, noch nicht so wie in Westfalen durch Belastung mit öffentlichen Abgaben in vogteiliche Abhängigkeit von der landesherrlichen Gewalt versetzt. Aber dafür trugen die Güter dann noch die Heerbannspflicht, und für den Grafen bestand das gleiche Interesse, den Bestand der Grafschaftsgüter zusammenzuhalten und scharfe Controle darüber zu üben, dass für jedes veräusserte Gut ein Ersatz in die Grafschaft gelangte, wäre es auch nur durch Zahlung einer Geldsumme, wie z. B. Otto von Glinde i. J. 1220 bei Verkauf eines Dorfes an das Kloster Marienthal

---

[10] So auch Graf v. Landsberg-Velen, in Z f. Gesch. und Alterthumskunde Westfalens XXVIII 143: „Die Freien waren dem Freigerichte in solcher Weise untergeben, dass sie nicht ohne weiteres sich einem andern Gerichtsherrn unterstellen konnten. Es bedurfte der Einwilligung des Gerichtsherrn, des Freigrafen. Auch über ihre Güter hatten sie nicht unbedingtes Verfügungsrecht, vielmehr waren sie gehalten, diese Güter zusammenzuhalten und weder zu zersplittern noch zu versetzen, vielmehr veräusserte Theile wieder zu erwerben."

[11] Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1302. 1333. Vgl. das. Nr 126: zwei Brüder verkaufen an das Stift Kappenberg mansum et aream que allodii jure posse-derunt, presente et annuente atque confirmante domino Gerwino liberorum comite, consentiente quoque matre ejus G. et uxore ejus S. Eidem Gerwino comiti, ut ratam haberet hanc donationem, ab ecclesiastico Hugone de Werne due marce sunt date.

[12] UB. des Hochstifts Halberstadt I Nr 487—489.

dem Grafen von Mühlingen zwölf Mark zahlte, ut emptioni confirmationem adhiberet[13].

Ein weiteres Recht des Grafen und Landesherrn in Bezug auf die Freigüter erfahren wir für Niedersachsen aus einer Hoyer Urkunde: der Graf und wie es scheint sogar der Herzog von Sachsen hatten ein Vorkaufsrecht bei jeder Veräusserung freien Grundeigenthums[14].

Wir sehen somit, wie der durch Veräusserung des freien Eigens an geistliche und weltliche Herrschaften bewirkten Schmälerung der Freigüter, und damit der Gefährdung des Grafschaftsbestandes und der landesherrlichen Rechte, durch das Erfordernis des gräflichen Consenses Einhalt gethan ist. Diese Erlaubnis musste aber in gesessenem Gerichte[15] und durch Spruch der Schöffen erlangt werden, dictante sententia scabinorum, ja selbst mit Consens der Schöffen, liberorum scabinorum interveniente consensu (oben Anm 7), und die ganz regelrechte

---

[13] C. d. Anhalt. II Nr 46. Vgl. UB. der Stadt Halberstadt I Nr 79 (= C. d. Anhalt. II Nr 190): Graf Heinrich II. von Anhalt gestattet Verkauf einer halben Hufe in Gross-Quenstedt an das Hospital zu H. de nostra licentia et permissione possidendum. Das. Nr 107: Graf Ulrich von Regenstein bezeugt, dass sein Gogreve Dietrich von Klein-Harsleben eine Hufe daselbst verkauft habe nostra ad hoc accedente licentia et voluntate, nichil nobis vel heredibus nostris in manso reservantes servitii vel honoris. Das. Nr 140: die Grafen von Regenstein gestatten, dass ein Bürger von Halberstadt einen mansus, der seine proprietas ist, der Kirche des heil. Bonifatius verkaufe a jugo advocatie penitus absolutum.

[14] Hoyer UB., Urk. des Klosters Schinna Nr 35 (v. J. 1255): Ego Arnoldus de Schinna canonicus ecclesie Mindensis volens quedam libera bona mea conferre ecclesie in Sch., prius ipsa bona mea ad vendendum exhibui ut juris est comiti de Hoya tamquam ipsorum bonorum patrono, deinde Johanni dicto Vrilink et omnibus consanguineis meis, et nullus erat qui dicta bona comparare sibi vellet titulo emptionis. Tandem sententia quesita in judicio quod vridink dicitur inventum fuit, ex quo nec comes de Hoya nec aliquis amicorum bona sibi vellet comparare, quod ipsa possem vendere pro mee beneplacito voluntatis. Dazu Nr 41 in ähnlicher Sache, wo der Graf von Hoya selbst das Freigericht abhält, die Ausübung seines Vorkaufsrechtes ablehnt und dann dictante sententia et visis super hiis voluntate et literis domini nostri Saxonie ducis a magistro Arnoldo nobis exhibitis die Fertigung stattfindet.

[15] Es giebt einige Beispiele, wo der Gerichtsherr aussergerichtlich die Einwilligung ertheilte, aber sie sind aus verhältnismässig später Zeit und zeigen, dass ein solches Vorgehen incorrect war und entschuldigt werden musste: Westf. UB. (Wilmans) III Nr 809 (v. J. 1268): collationem non minus validam debere existere quam si sollempniter facta esset in judicio. Das. Nr 922 (v. J. 1272): in nostra (des Bischofs von Münster) caminata . . . . . hujusmodi resignatio et proprietatis collatio facte sollempniter coram nobis summo comite libero utpote dyocesis nostre duce non minus erunt valide quam si facte fuissent coram libero comite et wimenotis . . . . Das. Nr 954 (v. J. 1274) ebenso.

Form war sogar Aufgabe an den Richter und Verleihung durch diesen[16]. Ich denke, darum, weil es nicht eine Privatsache des Landesherrn war, sondern eine Verfügung über ein öffentliches Recht, eine Amtshandlung, Entlassung eines Gutes aus dem Nexus der Grafengewalt, daher durch den Bann auf Grund Urtheils zu befestigen[17]. Der Bann ist hiefür so nothwendig wie für die Präclusion der Erben. Möglicherweise hatte auch die ganze Gerichtsgemeinde ein Wort mitzureden; denn sie war doch auch dabei betheiligt, es war für keinen Gerichtssässen gleichgiltig, ob der Güterbestand, auf dem ihre politische Verbindung beruhte, auseinandergerissen werde. Und hatte nicht auch die Gerichtsgemeinde darüber Urtheil zu finden, ob die Veräusserung stattfinden dürfe, ob das vom Veräusserer als Ersatz angebotene Gut genüge u. dgl., wenn sie der Graf „irren" wollte? So musste denn auch die Handlung vor dem Gerichte stattfinden, in welches das betreffende Gut gehörte[18].

Durch das bisher Betrachtete scheint das Erfordernis gerichtsherrlicher Genehmigung für Veräusserungen aus dem Grafschaftsverbande hinaus sicher gestellt. Aber es bliebe nun immer noch die Frage offen, ob gerichtsherrlicher Consens und Gerichtsspruch auch zu solchen Veräusserungen (und Belastungen) nothwendig war, welche sich im Kreise der Genossen eines und desselben Gerichts vollzogen, das Gut also im Nexus der gerichtsherrlichen Rechte liessen. Dass auch dieser interne Verkehr unter den Gerichtssässen der öffentlichen Controle unterstellt war, wird nicht wohl zu beanstanden sein. Ssp I 34 § 1 verlangt, dass einer bei Verkauf seines Eigens doch wenigstens eine halbe Hufe und eine Hofstatt behalte, wovon er dem Richter seines Rechtes pflegen könne; auch in dieser Beziehung suchte man das Aufgehen des kleinen Grundbesitzes in die grossen Grundherrschaften und damit die Zerstörung der Freigrafschaften zu durchkreuzen; es musste das aber auch für den Verkehr im Innern der Grafschaft beobachtet

---

[16] S. oben § 94 Anm 4. Stobbe, Auflassung S 193 ff. Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1011. Dagegen Lörsch, Der Ingelheimer Oberhof: Nr 373 ist eine Erbung, die der Richter und nicht der Tradent durch Reichung des Halms gethan hat, unkräftig.

[17] Wie sehr der Bann im Vordergrund steht, zeigt die Thatsache, dass geistliche Herren ihn oft und gern durch den kirchlichen Bann zu ersetzen bestrebt sind oder durch den letzteren noch verstärken. Beispiele in den Urkundenbüchern fast auf jeder Seite.

[18] Reg. Westf. (Erhard) II Nr 477: in comitatu quo situm est predium. Ausnahme in zwingendem Falle das. Nr 451: hec donatio sub regio banno in loco B. coram Th. comite stabilita est, quod ideo factum est in loco illo, quoniam bannus, in quo bona illa sita sunt, certum tempore illo non habuit provisorem.

werden, damit sich der Grundbesitz innerhalb einer solchen nicht in den Händen Weniger anhäufe und schliesslich keine Gerichtsgemeinde mehr übrig bleibe. Auch davon waren die Grafschaftseinsassen sehr direct berührt[19]. Darf man vollends so weit gehen und sagen, „dass sich die Angehörigkeit an die Freigrafschaft bereits als eine Art Hörigkeit ausgebildet hat“[20], so wäre auch schon wegen der persönlichen Abhängigkeit der Grundbesitzer von dem Gerichtsherrn die Einwilligung des letzteren zu Veräusserungen nothwendig gewesen. Und schliesslich war, seitdem alle Lasten des öffentlichen Dienstes (Heerbannspflicht u. s. f.) oder die an deren Stelle getretenen Vogteisteuern in engste Beziehung zu dem Grundbesitze gesetzt waren, die in der gerichtlichen Fertigung liegende Oeffentlichkeit der Handänderungen schon darum nothwendig, um den Gerichtsherrn auf dem Laufenden zu erhalten bezüglich der zu Kriegsaufgebot oder Steuer verpflichteten Grundbesitzer; es ist anzunehmen, dass schon früh Güterverzeichnisse und Heberegister geführt wurden, so gut wie in Grundherrschaften, und die Veränderungen in den Besitzverhältnissen darin nachgetragen wurden, so dass jederzeit Aufschluss zu finden war über die Personen, welche die Güter zu vertreten hatten. Daher mussten auch Verpfändungen, musste sogar die Leibzuchtsbestellung zu Gunsten der Ehefrau vor Gericht erfolgen[21]. Man mag immerhin annehmen, dass in unverfänglichen Fällen die gerichtsherrliche Controle und die durch Gerichtsspruch ertheilte Bestätigung factisch mehr oder weniger eine Formsache war und vom Gerichtsherrn ohne Chicane nicht konnte verweigert werden, aber vom strengen Rechtsstandpunkte aus war doch das Hinderungsrecht des Herrn sehr unbeschränkt, wie denn auch Ssp I 34 § 3 gegen „Irren mit Unrecht“ nur eine sehr prekäre Aushilfe an die Hand giebt.

Wir dürfen also schon für das Landrecht als zu Recht bestehend ansehen, was die Statuten von Duderstadt aus dem 15. Jahrhundert[22] aussprechen: Niemand soll Eigen und Erbe, das in der Stadt Schoss (schote, Steuer) liegt, an jemand anders als an unsre Mitbürger verkaufen, damit solch Gut nicht aus der Stadt Schoss komme; und man

---

[19] Analogie Westf. UB. (Wilmans) III Nr 437: der Bischof ertheilt seinen Hof zu Beckum nach Weichbildrecht an die dortigen Bürger, et adjectum est, ut nullus de agrorum tentoribus aliquem ex dictis agris alicui hominum vendere possit, nisi hoc faciat cum consensu ratmannorum.

[20] So Stüve, Gogerichte S 28.

[21] Ssp I 21 § 1. Ssp Lehnr. 55 § 8.

[22] Wolf, Gesch. von Duderstadt, Urk. Nr 55 (S 47 f.). Auch bei Gengler, Cod. jur. municip. I 925 II.

soll das Gut vor dem Rathe auflassen, damit man wisse, wo das Gut bleibe.

Findet sich somit bei den Schöffenbaren des Sachsenspiegels und den westfälischen Freischöffen, deren Stellung bezüglich persönlicher Freiheit und dinglicher Unabhängigkeit man besonders günstig zu veranschlagen pflegt, die Nothwendigkeit gerichtlichen Consenses zu Veräusserungen ihres Eigens, so wird man um so weniger in den süddeutschen Verhältnissen anderes erwarten, denn hier ist durchgängig die freie Landbevölkerung, die sich noch unter dem Landrechte erhalten hat, in Vogteiabhängigkeit von den Landesherrn getreten. In dem Landrechtsbuche Ruprechts von Freising c. 32 (v. Maurer S 44) wird auch der Ssp I 34 reproduciert, aber freilich ist diese Stelle für Süddeutschland nicht besonders beweiskräftig, da der Verfasser selbst bemerkt, es sei das „ettwo gewonhait, ettwo nicht". Dagegen ist schon Bd. I § 39 auf die Gerichtsgemeinden freier Leute in der Schweiz hingewiesen worden, welche besondere Freiämter mitten in den herrschaftlichen Besitzungen bilden und ihren Richter, den Freiamtmann, von der Herrschaft nicht in ihrer Eigenschaft als Grundherrschaft, sondern in der des Inhabers des Landgrafenamtes erhalten. Die Analogie der Freiämter mit den westfälischen Freigrafschaften ist in mancher Hinsicht zu erkennen; diese Freiamtleute haben den höchsten Grad von Freiheit, der überhaupt noch bei der Landbevölkerung zu finden ist; aber ihr Eigen ist doch immer mit Vogtsteuer belastet, die Güter heissen frye vogtbare Güter, und die Offnung der freien Bauern in der Grafschaft Kyburg vom 4. Mai 1433 Art. 7 lässt über das Recht des Herrn von Kyburg, zu Veräusserungen seinen Consens zu ertheilen, keinen Zweifel: „Wer och derselben fryen güter verköffen und versetzen wölti, er sye ein fry oder nit, der sol daz verrichten und volfüren vor dem gericht vor den fryen und sust nendert anderswa, durch des willen, daz ein Herr von Kiburg wisse, wie es umb die fryen gütter gangi und och daz es sust recht darumb ist. Ob aber daz anderswa beschächi denn vor dem fryen stab alz vorstat, so sölti es doch gantz unkrefftig sin und sölti einem Herrn von Kiburg nach frag sine recht darinne behalten sin[23]."

Oft ist es auch hier schwer zu ermitteln, ob die persönliche Abhängigkeit der Veräusserer oder die dingliche Belastung des Gutes das Maassgebende war, so wenn Ludwig von Ysenburg i. J. 1273 einen Verkauf bestätigt de nostro consensu et permissione, cum nostre atti-

[23] Z f. schweiz. Recht XIX Abth. 2 S 9.

nerent jurisdictioni (venditores)[24]. Es weist das auf jene Controle zurück, welche die städtischen Obrigkeiten über den Liegenschaftsverkehr ihrer Bürger ausübten, und welche noch in dem Urkundenstil des Aachener Gerichtes sich ausspricht, z. B.: R. petivit ab uno scabinorum in sententia, utrum domum dare posset aut vendere cui vellet. Et cum sibi responsum esset justa et unanimi scabinorum sententia, quod domum bene posset dare aut vendere, et quod cuicumque ab ipso daretur domus, talis donatio rata deberet existere atque firma, dedit eam etc.[25].

Auf Grund aller dieser Zeugnisse scheint die Thatsache nicht zu bezweifeln, dass auch bei dem unter Landgericht und Landrecht stehenden freien Eigen der Gerichts-(Landes-)Herr zu Veräusserungen wie überhaupt zu allem liegenschaftlichen Verkehre seine Genehmigung zu ertheilen hatte. Fraglich ist mir aber, ob dieses Recht auf ein Bodenregal, ein Obereigenthum des Königs an sämmtlichem Grund und Boden darf zurückgeführt werden, wie Schröder (oben Anm 2) annimmt. Ein Beweis, und ein nicht zu unterschätzender, könnte etwa darin gefunden werden, dass in Baiern zur Zeit des Bestandes des alten Herzogthums der Consens des Herzogs zu Veräusserungen ungemein häufig ertheilt wird, wie bei Meichelbeck und Kleinmayrn (Juvavia) auf jeder Seite zu lesen[26]. Bei letzterem ist namentlich noch die Stellung König Arnulfs zum Grundeigenthum im Salzburgischen bemerkenswerth. Mit Nothwendigkeit lässt das freilich nicht auf ein Bodenregal im Schröderschen Sinne schliessen, es kann sich alles aus grossem herzoglichen Privatbesitz erklären. Und wie müssten wir uns dann zurechtlegen, dass wir gerade aus fränkischen Gebieten in den vielen Veräusserungsurkunden solchen Consens des Königs nicht erwähnt finden, und jedenfalls die Form der Gericht-

---

[24] Hess. Urk. (Baur) I Nr 140.

[25] Lörsch, Aachener Urk. Nr 5. 6. 7 u. s. f. Ebenso UB. von Arnsburg (Baur) Nr 47: vor Burggraf und Schöffen von Friedberg in strata publica civitatis sollempniter contulerunt (conjuges) duos jurnales. Requisitum autem ibidem fuerat per civilem sententiam, si bona eadem possent pari manu conferre libere quibus vellent, et signatum fuit publice per scabinos, quod hoc facere bene possent. Ebenso Guden, Sylloge S 240.

[26] Noch sonst Vereinzeltes: Hist. Frising. Nr 404 erzählt von einer Vergabung, die nicht ausgeführt worden propter iracundiam Engilberti centinarii, quam ipse erga hanc sanctam domum semper habuit. UB. St. Gallen Nr 49: consentiente Cozperto comite ante pagensis nostros omnem rem nostram et hereditatem paternam tradidimus. Nr 211 erwähnt ein tributum dominicale, Nr 226 illud quod partibus comitum exire solebat, Nr 312 einen census, welchen liberi homines in pago Brisichaua ad fiscum persolvere solebant.

lichkeit noch nicht bestand? Ich würde immer noch vorziehen, den gerichtsherrlichen Consens als das Ergebnis der Abschliessung der Gerichtsbezirke auf die hauptsächlich seit dem 10. Jahrhundert festgestellten Amtskreise der erblich gewordenen Grafenämter zu betrachten. Man darf doch wohl ein starkes Gewicht darauf legen, dass mit dieser Bildung neuer Gerichtsbezirke, welche die alte Gauverfassung sprengte, für die Gerichtsherren ein bestimmter Antrieb gegeben war, dieses neue Amtsgebiet möglichst zu consolidieren und zumal gegen die geistlichen Grundherrschaften und Immunitäten abzuschliessen, auch schon zu einer Zeit, da das alte Heerbannsprincip noch bestand und die Dienstpflicht der Freien noch nicht durch Vogteisteuern ersetzt war, die freien Güter also noch nicht in ihrer Mehrzahl pfleghaft geworden waren. In dieser Beziehung scheint die Annahme von Sohm[27], dass die Genehmigung des Landrichters und damit die gerichtliche Auflassung aus der Entstehung des pfleghaften Eigens zu erklären sei, modificationsbedürftig: sie gilt auch für das schöffenbarfreie Eigen.

Auch so erklärt es sich, dass der Herrenstand seine Güter, zumal wenn sie in seiner eigenen Grafengerichtsbarkeit lagen, nicht vor das Landgericht zur Fertigung brachte[28]. In anderen Fällen unterwarf er sich ihr aber auch. Eine sichere Abgrenzung dieser verschiedenen Fälle und die Ermittelung eines festen Rechtsprincips in dieser Hinsicht scheint fast nur erreichbar auf Grund von Specialuntersuchungen über den Güterbestand dieser Herrschaften und die rechtliche Natur der in Frage kommenden veräusserten Güter, zumal ihre Angehörigkeit in den Nexus einer Gerichtsbarkeit oder ihre Exemtion von solcher.

§ 96. c. Bedeutung der gerichtlichen Fertigung für den Eigenthumserwerb.

Das ist eigentlich erst die Hauptfrage, die nun zu beantworten bleibt. Man streitet sich eifrig darüber, ob gerichtliche Auflassung zu dem Uebergange des Eigenthums am Grundstücke von dem Veräusserer auf den Erwerber nothwendig gewesen sei. Die Frage ist vielleicht so zu vag gestellt und wird daher leicht verschieden beantwortet, obschon bei näherem Zusehen sich leicht ergeben möchte, dass die Meinungen gar nicht weit aus einander gehen und im praktischen Erfolge nahezu Uebereinstimmung herrscht. Wir wollen die

[27] Fränk. Recht und röm. Recht S 51.

[28] Stobbe, Auflassung S 170. Sohm a. a. O. S 52.

Frage gleich bestimmt so stellen: Hatte alles, was ohne gerichtliche Fertigung geschah, selbst die (aussergerichtliche) traditio (Sale) und Besitzübergabe, für die Parteien nur obligationenrechtliche Wirkung, sodass daraus für den Erwerber nur ein persönlicher Anspruch gegen den Veräusserer auf Erfüllung des Kaufgeschäfts u. dgl. resultierte, aber kein dinglicher Anspruch, namentlich kein solcher gegen einen Dritten, dem der Veräusserer nachher erst das Gut durch gerichtliche Fertigung übertrug? Nach Sohms (S 46 f.) Darstellung, scheint mir, müsste diese Frage bejaht werden. Denn nach seiner Meinung ist die „Investitur", worunter er die Auflassung versteht, Voraussetzung für den Eigenthumserwerb und nur in der Form der gerichtlichen Auflassung rechtsgiltig, daher die Auflassung überhaupt nur noch als gerichtliche Auflassung existiere. Hiergegen habe ich mehrfache Bedenken. Einmal ist mir nicht sicher, ob es keine aussergerichtliche Auflassung mehr gab; eine solche wird zwar urkundlich sehr oft erwähnt, aber es beweist das nichts gegen Sohm, weil es, soweit ich sehe, durchweg Fälle betrifft, wo man zweifelhaft sein kann, ob wegen der Person des Auflassenden oder wegen des durch einen geistlichen Fürsten über die Vergabung gewirkten Bannes die Fertigung vor Gericht überflüssig erschien. Sonst vermisst man sie allerdings in den Urkunden. Aber es kommt mir weniger darauf an, weil ich die Ueberschätzung der Auflassung und die Unterschätzung der Sale für den Eigenthumserwerb (s. o. § 93 a. E.), wie sie bei Sohm hervortreten, beanstande. Die Sale ist doch schon der rechtserzeugende Akt, wenn auch der Rechtserwerb dadurch noch nicht allseitig unanfechtbar geworden ist; eine aussergerichtliche Sale ist aber meistens der gerichtlichen Fertigung vorausgegangen. Und weiter: die gerichtliche Handlung besteht keineswegs blos aus der Auflassung, wie Sohm annimmt, sondern schliesst auch die Sale in sich; die Klosterleute bringen sogar die Reliquien ihres Heiligen mit vor Gericht, damit die Schenkung auf sie kann vollzogen werden[1]. Das wäre für die blosse resignatio, Auflassung, nicht nöthig gewesen. Gerichtliche Fertigung findet daher auch bei Verpfändung und bei Leibzuchtsbestellung statt, wo doch die Auflassung fehlt. Das Verhältnis von aussergerichtlicher und gerichtlicher Handlung ist also nicht: Sale mit obligationenrechtlicher, Auflassung mit dinglicher Wirkung, sondern: Eigenthumsübertragung mit

[1] C. d. Anhalt. II Nr 220: instaurato judicio H. et heredes sui proprietati renunciantes in cenobium contulerunt, scrinio reliquiarum quod matrone secum deportaverant, suis manibus imponentes. Ebenso UB. des Hochstifts Halberstadt I Nr 512.

relativer und Eigenthumsübertragung mit absoluter Wirkung, daher die gerichtliche Fertigung als ein confirmare, stabilire, oder geradezu als ein iterare[2] bezeichnet wird. Die Frage ist also dahin zu stellen: war bei aussergerichtlicher Uebertragung (und Auflassung) der Eigenthumserwerb nur relativ (gegenüber den Erben, dem Gerichtsherrn) unvollkommen, oder absolut (gegen jedermann, selbst den Veräusserer) nicht vorhanden? mit andern Worten: war die gerichtliche Fertigung nur in dem Sinne „obligatorisch" (d. h. zum Eigenthumserwerb erforderlich), dass ihr Mangel Anfechtbarkeit der Eigenthumsübertragung seitens des Richters und solcher Personen, welche schon vorher ein Recht an das Gut hatten, begründete, oder war sie nothwendig in dem Sinne, dass (etwa nach dem Princip modernen strengen Grundbuchrechtes) durch aussergerichtliche Auflassung überhaupt noch keine Eigenthumsübertragung vollzogen, der Erwerber noch nicht als Eigenthümer angesehen und gegenüber einem späteren, durch gerichtliche Fertigung legitimierten Erwerber schutz- und rechtlos war? Denken wir uns den recht prägnanten Fall, dass A. dem B. aussergerichtlich sein Gut veräusserte und aufliess, ihn sofort in den Besitz einwies und versprach, auf nächstem echten Dinge die gerichtliche Fertigung vorzunehmen, dieser Abrede zuwider aber im nächsten Gerichte dasselbe Gut an den C. fertigte. Konnte in solchem Falle der B., wenn er selbst zugegen war, sofort, oder wenn er durch echte Noth am Besuche des Gerichts gehindert war, binnen Jahr und Tag diese Fertigung anfechten, oder war ihm die Klage versagt, weil er noch kein Eigenthum erworben habe? Nehmen wir es mit dem Obligatorium der gerichtlichen Auflassung zum Eigenthumserwerbe im Sinne von Sohm ernsthaft, so müssen wir dem B. das Klagrecht gegen C. absprechen, gerade wie heutzutage unter strengem Grundbuchsystem ein nicht im Grundbuche eingetragener Erwerber einem erst später Erwerbenden, aber im Grundbuche Eingetragenen weichen muss. Hiervon aber, scheint mir, kann für die Zeit der Rechtsbücher keine Rede sein[3]. Oder denken wir uns den Fall, dass A. nach einer aussergerichtlich in bester Form, mit eigener und seiner Erben Resignation vollzogenen Tradition sich weigerte, das Gut an den Erwerber B. herauszugeben. Konnte da B. nur die persönliche Klage mit dare debes

---

[2] Reg. Westf. (Erhard) II Nr 296: Eppo allodium suum Deo contradidit, quam donationem nos (episcopus) banno nostro confirmavimus. Deinde ipse secundum leges terre nostre coram comite Cuonrado hanc donationem iteravit et comes banno regali stabilivit.

[3] Für das Magdeburgische Weichbildrecht könnte es vielleicht aus Weichb. (Mühler) Art. 23 gefolgert werden.

anstellen, welche der Beklagte A. mit seinem Eide entkräften durfte, oder hatte er die dingliche Klage mit malo ordine possides, die ihm besseren Erfolg verhiess? Doch wohl das letztere, denn es war ihm schon tradiert, und wozu hätte man überhaupt aussergerichtliche Traditionen vorgenommen, wenn sie nichts galten?

Es ist nämlich nicht zu verkennen, dass der Sinn der ganzen Operation, welche die gerichtliche Fertigung bildet, nicht darauf geht, das Rechtsgeschäft der Eigenthumsübertragung zwischen Veräusserer und Erwerber zu vollenden, sondern den Consens der dabei Betheiligten zu erzwingen, indirect dadurch, dass man ihnen Anlass giebt zu widersprechen mit der Wirkung des Sich-verschweigens bei Unterlassung der Anfechtung. „Ervengelof" und „des richteres orlof" werden in den Quellen[4] vorzugsweise genannt als die den Rechtserwerb nach aussen sichernden Momente; haben die Erben und der Richter keinen Grund oder kein Verlangen, aus eigenem Interesse die Veräusserung zu hindern, so besteht keine Veranlassung, den Eigenthumserwerb des Käufers u. s. f. zu beanstanden. Ein Dritter kann ihn nicht angreifen, weil das Aufgebot gegen Erben und Richter nicht erfolgt sei. Wenn das heutige Recht dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu Liebe einen andern Weg eingeschlagen hat, so ist das eben unter dem Einflusse eines Motivs geschehen, das wir dem alten deutschen Rechte doch kaum schon zuschreiben dürfen. Dass darum, weil das Gut gegen die Erben nicht aufgeboten worden war, ein Dritter den Eigenthumsübergang nicht anfechten konnte, scheint mir sehr annehmbar; eher könnte man wegen nicht erlangten richterlichen Consenses eine solche allgemeine Anfechtbarkeit vermuthen, aber das Soester Recht von 1120 spricht doch auch gegen diese Annahme, indem es in Art. 33 für diesen Fall, wo das Gut ab auctoritate debita nicht ist empfangen worden, blos Nachzahlung der Handänderungsgebühr an den Schultheissen verlangt[5].

Ob im Hofrechte die strengere Consequenz gezogen war, lasse ich dahingestellt. Die Weisthümer drücken sich oft sehr kategorisch dahin aus, dass ein aussergerichtlich vollzogener Kauf weder Kraft noch Macht habe[6], und es ist wohl denkbar, dass ein dingliches Recht des Erwerbers am Gute selbst dem Veräusserer und allfälligen späteren Käufern gegenüber nicht mochte anerkannt werden, solang nicht die

[4] Wie in Ssp I 52 § 1 und I 34 § 1.

[5] UB. Westfalen (Seibertz) I Nr 42.

[6] Grimm, Weisth. I 26 Z. 17 v. u., 57 Z. 18 v. o., 196 Z. 25 v. o., III 771 Mitte, IV 618 § 6, V 138 § 9 u. v. a.

Rückgabe des Gutes an den Herrn und die Verleihung von Seiten desselben stattgefunden hatte. Wir finden auch bezeugt, dass der Veräusserer, so lange er die gerichtliche Handlung der Auflassung nicht vollzogen, von der Herrschaft immer noch als der Inhaber des Gutes angesehen wurde, und dass daher, wenn er vor der Auflassung starb, der Fall von dem Gute musste entrichtet werden[7]. Freilich tritt auch schon vielfach die Abschwächung hervor, dass auf Unterlassung der hofgerichtlichen Fertigung blos eine Busse gesetzt ist[8]. Das ist dann namentlich in vielen Stadtrechten der Fall, das ursprüngliche Recht ist möglicherweise auch hier strenger gewesen. Wenn wir aber sehen, dass diese mildere Auffassung schon in den ältesten Stadtrechtsquellen adoptiert ist, so ist nicht wohl anzunehmen, dass sich in den freieren Verhältnissen des Landrechts zu gleicher Zeit das strengere Princip noch eingebürgert habe.

Auch wenn wir also für das Landrecht ein Obligatorium in obigem (modern grundbuchlichen) Sinne nicht annehmen, behalten doch die ziemlich absolut lautenden Sätze der Quellen, wie namentlich Ssp I 52 § 1, ihren vollen Werth. Denn erst die gerichtliche Fertigung gab die amplior certitudo, machte die Handänderung zu einer stäten, befestigten, daher sie geradezu auch stedigunge, stabilire heisst[9]. Diese Stätigung bestand in dem durch die Gerichtshandlung erlangten Vortheile der sog. rechten Gewere, welcher gewichtig genug war, um jeden Erwerber zu veranlassen, möglichst rasch auf gerichtliche Fertigung zu drängen. Davon ist jetzt noch speciell zu reden.

§ 97. d. Sog. rechte Gewere[1].

Die gerichtliche Fertigung schliesst, wie wir gesehen haben, die Aufbietung der Liegenschaft und die Aufforderung an Ansprecher zur Geltendmachung ihrer Rechte spätestens innerhalb Jahresfrist in sich. Mit Ablauf dieser Frist müssen also nicht anhängig gemachte Ansprüche präcludiert, muss der Erwerber gegen sie irgendwie geschützt sein.

---

[7] Grimm, Weisth. I 397 Z. 7 v. o.: Welcher diser güter hett und die verköffte, und stürb davon ee er die ufgeb, so verfiel er ein val, dann es ist diser güter recht, welcher ein gut verkouffen will oder verkoufft, so soll er das ufgeben den lehenherren oder jrem amptman, und der köffer das von jnen empfachen.

[8] Grimm, Weisth. I 484 § 7, I 660 § 20, III 253 § 7, V 133 § 18 u. v. a.

[9] Ssp II 30, oben § 94 Anm 2; Schwsp 22 = Dsp 25 a. E.: dev stift haizzet staet dev vor dem richtaer geschicht.

[1] Laband, Vermögensrechtl. Klagen § 37 u. 38. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I § 72 u. 73. Sohm, Fränkisches Recht und römisches Recht, in Z der Sav.-Stift., german. Abth. I 53 ff.

Die heutige Litteratur bedient sich hiefür des Kunstausdrucks, dass durch unangefochtenen Besitz von Jahr und Tag dem Erwerber eine rechte Gewere entstanden sei[2]. So allgemein das gelehrt wird[3], so wenig steht es im Einklange mit den Quellen des 12. und 13. Jahrhunderts. Die eine Stelle des Ssp, auf die man sich vorzugsweise stützt, Ssp II 44 § 1, bezieht sich wahrscheinlich, wie schon § 83 Anm 13 bemerkt, auf einen andern Fall. Im Sprachgebrauche des Ssp bedeutet rechte Gewere nichts andres als eine zu Recht bestehende Gewere, eine legitima possessio, speciell in Anwendung auf die durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworbene die durch gerichtliche Fertigung erlangte. Denn wie die gerichtliche Fertigung erst den Eigenthumserwerb völlig sicher stellt und in diesem Sinne eine „rechte" Eigenthumsübertragung, legitima traditio ist, so heisst auch die durch gerichtliche Fertigung erlangte Gewere eine rechte von dem ersten Augenblicke der Fertigung an, nicht erst nach Ablauf der Jahresfrist. Das beweisen die Rechtsbücher[4] wie auch Urkunden und Schöffensprüche[5].

Soweit handelt es sich nur um Richtigstellung des Ausdrucks, denn es ist allerdings wahr, dass erst mit Ablauf von Jahr und Tag die Wirkung der rechten Gewere in die Function tritt, von der wir hier zu reden haben, und deshalb ist es materiell unverfänglich, wenn man von rechter Gewere als der durch gerichtliche Fertigung begründeten und durch unangefochtene Dauer von Jahr und Tag gestärkten spricht. Wichtiger aber ist die Frage, ob auch durch aussergerichtliche Uebertragung eine rechte Gewere mit den einer solchen zugeschriebenen Rechtsfolgen habe entstehen können. Wir müssen sie verneinen aus einem sachlich absolut zwingenden Grunde. Wie wir sofort sehen werden, besteht die Rechtswirkung der rechten Gewere

---

[2] So z. B. Stobbe, Handbuch II 2. Aufl. S 24: „Durch den Zeitablauf hat sich die Gewere des Besitzers zur rechten Gewere verstärkt."

[3] Das Richtige finde ich blos bei Duhn, Deutschrechtliche Arbeiten S 9.

[4] Ssp II 42 § 2: Hevet aver ir en ene rechte were an deme gude jar unde dach gehat ane rechte wedersprake etc. Oder, wenn man dieser Stelle als einem späteren Zusatze die Beweiskraft abspricht, Ssp III 38 § 1: Svat die man jar unde dach in rechten geweren nicht ne hevet. Vgl. Verm. Ssp I 43 d. 3: Daz habe ich in myne gewer bracht mit richter unde mit schepphen . . . . unde habe daz obir jor unde tag in mynen rechten gewern gehad.

[5] C. d. Anhalt. I Nr 411 (v. J. 1155): a quo nos bonis eisdem more gentis illius ab eis ore, digito culmoque usque quaque projectis unam ut vulgo dixerimus rechte cheware recepimus. Magd. Fr. I 6 d. 8: Wirt eyme eyn erbe vor gerichte gesaczt, der hat eyne rechte gewere doran. Vgl. Frankfurter UB. (Böhmer) S 26: in generali placito in legitimam possessionem acceperunt.

darin, dass Ansprüche Dritter an das übertragene Gut durch Ablauf von Jahr und Tag präcludiert werden, diese Wirkung beruht aber nothwendig auf der Voraussetzung der gerichtlichen Aufbietung und Bannlegung (§ 94); ohne solche verjähren die Ansprüche erst nach dreissig Jahren (oder 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen). Es ist dem Begriff der rechten Gewere, soweit derselbe in der hier in Betracht kommenden Richtung gebraucht wird, geradezu inhärent, dass diese Gewere aus gerichtlicher Fertigung hervorgeht. Deshalb erwähnen auch die Quellen, wo sie davon sprechen, die gerichtliche Fertigung nicht ausdrücklich, sie liegt schon in der Natur der Sache[6].

Folgendes sind nun die maassgebenden Rechtssätze:

Wer in der Gerichtsversammlung anwesend ist, in welcher die Fertigung vollzogen wird, muss sofort allfälligen Widerspruch, zu dem er sich berechtigt glaubt, geltend machen, widrigenfalls er mit späterer Anfechtung nicht mehr zugelassen wird, denn „svelke gave die man siüt, ne weder redet he des tohant nicht, dar na mach he's nicht weder reden", und „weret dat de erve de upgift sach unde do nicht wedder ne sprak do it gescach, oft he se nu wedderspreken moge, so vintme he ne moge"[7].

Abwesende dagegen können innerhalb der Frist von Jahr und

---

[6] Für den Hauptvertreter der irrigen Ansicht, Laband, ist der Grund, warum er auch durch aussergerichtlichen Erwerb eine rechte Gewere entstehen lassen will, nur der, dass die Quellen die Voraussetzung gerichtlicher Fertigung nicht erwähnen, wenn sie von der Wirkung der rechten Gewere nach Ablauf von Jahr und Tag reden. Sieht man näher zu, so bemerkt man, dass die Quellen bei Besprechung dieses Punktes die gerichtliche Fertigung als selbstverständlich im Auge haben, und haben müssen; z. B. Ssp I 8 § 1 sagt schlechtweg: wer Eigen giebt oder setzt; es ist aber aus dem Nachfolgenden ersichtlich, dass nur gerichtliches Geben gemeint ist, denn es wird vom gerichtlichen Zeugnis gehandelt. Oder noch auffälliger: Laband führt S 312 Anm 51 die Verdener Statuten Art. 102 (Pufendorf, Observ. jur. I app. S 110) dafür an, dass von einer gerichtlichen Auflassung als Erfordernis der rechten Gewere nicht die Rede sei, indem der Beklagte nur beweisen müsse, das Gut sei sein Eigen und er habe es Jahr und Tag besessen. Aber auf S 319 Anm 70 citiert er dieselben Verdener Statuten Art. 17 (das. S 83) dafür, dass Auflassung (und darunter versteht er immer gerichtliche Fertigung) den Beginn der Jahresfrist gebildet habe. Dazu nehme man noch den Art. 15, wo ausdrücklich gesagt ist, wer Gut „verlassen" wolle, soll es vor Rath und Richtevogt thun. Folgt also aus Art. 102 nichts gegen die Nothwendigkeit der gerichtlichen Fertigung, so ist es auch bei allen gleichlautenden anderer von Laband angeführter Stadtrechte nicht der Fall. Damit wird auch der von Laband aufgestellte Gegensatz zwischen Landrecht und Magdeburger Recht hinfällig. — Die richtige Ansicht bei Planck I 649 f.

[7] Ssp II 6 § 4. Richtst. Landr. 25 § 3.

Tag, d. h. nach der oben Bd. I S 58 gegebenen Erklärung in den nächsten drei echten Dingen, die Veräusserung noch anfechten, gemäss der Bedeutung des an die gerichtliche Auflassung angeschlossenen Aufgebotes als einer Auskündung zu Geltendmachung von Ansprüchen (S 87).

Hier bleibt eine Frage offen. Im echten Dinge, in welchem die Fertigung ja stattfinden muss, sind alle Gerichtseingesessenen über 21 Jahren zu erscheinen verpflichtet[8]; haben nun solche Dingpflichtige, wenn sie nicht zugegen gewesen sind, doch noch das Recht, binnen Jahr und Tag Widerspruch zu erheben? Ich möchte annehmen, dass sie (abgesehen von genügendem Entschuldigungsgrunde echter Noth) dieses Recht verwirkt haben, und dass mithin die Frist von Jahr und Tag nur noch denjenigen für Anfechtung offen steht, die nicht dingpflichtig sind, also beispielsweise der Ehefrau, Erbberechtigten zwischen 12 und 21 Jahren (für solche unter 12 Jahren läuft die Frist überhaupt erst vom 12. Jahre an), auswärts Wohnenden.

Endlich kommt selbst die Frist von Jahr und Tag seit der Fertigung nicht zur Anwendung gegen solche, die durch Abwesenheit ausser Landes[9] oder echte Noth[10] (im Lehnrecht, wo gerichtliche Fertigung fehlt, durch Unkenntnis)[11] an der Erhebung der Klage in dieser Zeit gehindert sind. Gegen solche beginnt die Frist erst zu laufen mit der Rückkehr oder dem Wegfalle der echten Noth (bezw. mit der Kenntnis)[12].

Durch ruhigen unangefochtenen Besitz von Jahr und Tag[13] er-

---

[8] Gemäss Ssp I 2 § 1 und 2.

[9] Gosl. Stat. 25, 18. Verm. Ssp I 42 d. 2. Hamburger Stadtrecht v. 1270 I 6 a. E. u. s. f.

[10] Richtst. Landr. 27 § 3.

[11] Ssp Lehnr. 38 § 1. Richtst. Lehnr. 15 § 5.

[12] Vgl. überhaupt Laband a. a. O. S 298 ff.; Planck a. a. O. I 673 f.

[13] Man könnte fragen, ob factische Besitzergreifung des Erwerbers des Gutes dazu nothwendig gewesen sei. Solche folgte ja in der Regel allerdings der gerichtlichen Fertigung auf dem Fusse nach, aber es war doch möglich, dass sie sich aus verschiedenen Gründen verzögerte. Da die Quellen (vgl. bes. die Urk. von 1155 in Anm 5) die rechte Gewere mit der gerichtlichen Fertigung und der in ihr enthaltenen (sog. symbolischen) Investitur eintreten lassen, so ist anzunehmen, dass die Frist sofort mit der gerichtlichen Fertigung begann, was auch einzig im Sinne der damit verbundenen Aufbietung liegt. Aber freilich unter der selbstverständlichen Voraussetzung, dass der Veräusserer wirklich in der Gewere war. Ein Dritter, der die Gewere hatte, wurde nicht davon betroffen und nicht präcludiert, z. B. ein Satzungsgläubiger durch Verkauf und Auflassung seitens des Eigenthümers an einen Andern. Hatte aber der Veräusserer die Gewere, so war auch der Erwerber von diesem Augenblicke an in der Gewere des Gutes, weil er von da an die Nutzung bezog und der Veräusserer bis zur reellen Besitzeinweisung rechtlich sein Verwalter war. Anders stellte sich die Sache, wenn der Veräusserer sich

langt der Erwerber der rechten Gewere ein prozessualisches Recht von grosser materieller Tragweite: er braucht sich dem jetzt erst seinen Besitz angreifenden und Herausgabe des Gutes verlangenden Kläger gegenüber nicht mehr auf eine Discussion über das gegnerischerseits behauptete Recht an der Sache einzulassen, dem Kläger ist Geltendmachung und Beweis eigenen Rechts abgeschnitten, denn er hat sich verschwiegen, und der beklagte Besitzer hat das Recht gewonnen, zunächst den unangefochtenen und ununterbrochenen Besitz von Jahr und Tag (falls solcher bestritten wird) mit sechs Zeugen zu beweisen, und hierauf sola manu, durch seinen Einhandseid, ohne Eideshelfer, seinen Besitztitel, seine eigenliche, Lehns-, Leibzuchts-, Satzungsgewere u. s. f. zu beschwören, was nach dem oben S 24 f. Bemerkten nicht bedeutet, er beschwöre wirklich Eigenthum u. s. w. erworben zu haben, sondern er beschwöre vom Veräusserer das Gut unter dem Titel des Eigenthums u. s. f. erworben zu haben[14]. Praktisch äussert sich dieser Vortheil so, dass der Besitzer auf Grund der rechten Gewere sich nicht mehr über seinen Erwerb durch Ziehen auf den Autor rechtfertigen muss, also nicht mehr Gefahr läuft, das Gut herausgeben zu müssen, wenn der Autor sein Recht daran nicht erweisen kann, sondern vermittelst des Eides sein eigener Gewährsmann sein darf, wie das aus Ssp I 9 § 5 hervorgeht. Das altsalische, noch in den Niederlanden fortdauernde Recht war dem Beklagten noch günstiger und gestattete ihm, sich schlechtweg der Antwort zu wehren[15]. Das entspricht auch der ursprünglichen Bedeutung der richterlichen missio in bannum und Aufbietung, welche eben für Einspruch unbedingt nur die Frist von Jahr und Tag eröffnet. Die sächsische Praxis erscheint daher auf den ersten Blick fast unverständlich, erklärt sich aber wohl genügend aus einem Umstande, der auch geeignet ist begreiflich zu machen, warum die Quellen da, wo sie von der rechten Gewere und ihrer Wirkung sprechen, die von Laband vermisste gerichtliche Fertigung als Voraussetzung derselben nicht erwähnen.

Die betreffenden (bei Brunner a. a. O. angeführten) niederländischen Quellen nämlich halten an der Auffassung fest: wer von der gerichtlichen Fertigung an während Jahr und Tag besessen hat, ist zu schützen. So blieb der Zusammenhang mit der ursprünglichen

---

Niessbrauch vorbehalten hatte und als Nutzniesser in der Gewere blieb. Von diesem Falle werden wir in § 99 reden.

[14] Ssp Lehnr. 13 § 1. Hamb. Stadtr. 1270 I 6. Lüb. R. (Hach) Cod. I 78. Soester Stadtr. Art. 34 (UB. Westfalen, Seibertz, I Nr 42).

[15] Siehe Brunner, in Z der Sav.-Stift., germ. Abth. IV 238 f.

Bedeutung der missio in bannum und der rechten Gewere im Bewusstsein. Die sächsischen Quellen aber drücken sich so aus: wer von der Erhebung der Klage rückwärts gezählt Jahr und Tag besessen hat, wird geschützt. So war die Herkunft der rechten Gewere von der missio in bannum verdunkelt, wenigstens nicht äusserlich erkennbar ausgesprochen, und hauptsächlich: der Beweis selbsiebent richtete sich nicht mehr darauf, dass seit der gerichtlichen Auflassung Jahr und Tag verstrichen, also dass die Bannfrist abgelaufen sei, sondern darauf, dass im letzten Jahre der Besitz unangefochten gewesen sei. So konnte man dazu gelangen, noch den Eid über den Erwerb zu fordern. Zu dieser Aenderung des sächsischen Rechtes hat aber wohl ein sehr praktischer Grund veranlasst. Wir sehen aus vielen Prozessen (bei Wasserschleben und sonst), dass der Beklagte oft ruhigen Besitz nicht blos von Jahr und Tag, sondern von zehn und mehr Jahren geltend machte, sodass schon eine sehr lange Zeit seit der Auflassung verflossen war, und es vielleicht Schwierigkeiten gehabt hätte, noch sechs Zeugen für ruhigen Besitz während des ersten Jahres ausfindig zu machen, während sie für das letzte Jahr ohne Mühe zur Hand waren. Dann fehlte aber freilich der Beweis über den Erwerbsakt selbst, ein Beweis, der im andern Falle in dem Beweise des ruhigen Besitzes während des ersten Jahrs seit der gerichtlichen Fertigung schon an sich enthalten war, und es musste daher noch der Eid darüber hinzukommen.

Eine letzte Frage ist nun aber noch die, ob die Jahresfrist dergestalt gegen alle Ansprüche an das Gut ohne Ausnahme schützte oder ob in gewissen Fällen dieser Vortheil nicht Platz griff, mit andern Worten, ob alle Berechtigten ausnahmslos sich durch passives Verhalten während Jahr und Tag verschwiegen. Man nimmt in der Regel an, dass allerdings alle entgegenstehenden Besitzrechte präcludiert wurden, also jedes Recht davon betroffen war, dessen Durchführung dem neuen Erwerber den nutzbaren Besitz des Grundstücks oder das betreffende Recht entziehen würde[16]. Dem gegenüber hat Planck[17] die Ansicht aufgestellt, dass nur diejenigen ihre Rechte verschweigen, deren Zustimmung die Rechtsgiltigkeit der Gabe bedingt, dass also besonders die Rechte der Anwärter, nicht aber die Rechte derjenigen verloren gehen, welche ein vom Autor des Erwerbers völlig unabhängiges Recht am Gute haben oder das Recht auch des Autors am Gute von vornherein bestreiten, wie z. B. der wahre Eigenthümer, der bei der Straf-

[16] Laband a. a. O. S 322 f. Stobbe, Handbuch 2. Aufl. II 28.
[17] A. a. O. I 630. 636 ff.

vertheilung des vermeintlichen Eigens eines Andern, ohne zu widersprechen, zugegen ist, oder der wahre Erbe, der einen Nichterben das Erbgut an einen Dritten veräussern sieht.

Dieser letztere Fall mag wohl der in der Praxis am ehesten mögliche gewesen sein, andere sind nicht leicht denkbar, wenn man in Betracht zieht, dass doch sehr zur Seltenheit ein ganz Unberechtigter ungehindert über ein Gut verfügen und der Erwerber während Jahr und Tag in ruhiger Gewere und Nutzung sich behaupten konnte. Für jenen einen Fall spricht nun allerdings das Goslarer Recht den von Planck verfochtenen Satz aus[18], eben so bestimmt aber das Magdeburgische das Gegentheil[19], und ich sehe keinen Grund, diese Magdeburger Uebung (mit Planck) als eine Neuerung anzunehmen. Das Landrecht schweigt darüber, und Ssp I 29 sagt nichts auf unsre Frage Bezügliches, sondern spricht nur den Satz aus, dass der vermeintliche Erbe, der (ohne gerichtliche Fertigung) ein Erbgut in Besitz genommen hat, dem wahren Erben gegenüber erst nach dreissig Jahren und Jahr und Tag geschützt ist. Es scheint mir aber, dass für das Landrecht die Plancksche Ansicht[20] durch die ursprüngliche Bedeutung der proclamatio und der missio in bannum und damit der daraus entspringenden rechten Gewere ausgeschlossen und die Bestimmung der Goslarer Statuten als eine singuläre und inconsequente anzusehen ist. Das Magdeburger Recht dürfte auch in dieser Hinsicht originäres Recht enthalten.

Ueberhaupt aber ergiebt sich nun, dass der in neuerer Zeit und namentlich nach dem Vorgange Labands angenommene Gegensatz zwischen dem Landrechte und dem Magdeburgischen Rechte hinsichtlich der Eigenthumsübertragung im wesentlichen nicht besteht. Das Wichtigste, eine Differenz bezüglich der Voraussetzung der rechten Gewere, muss fallen gelassen werden. Höchstens das kann vielleicht aufgestellt werden, dass das Magdeburger Recht das Requisit der

[18] Gosl. Stat. 26, 25: Of en en erve vorkoft, dar he nicht an ne hedde, noch nen vormund an ne were, of he de dat koft wol jar unde dach beholden hedde in sinen weren ane ansprake, dat ne hilpt ime nicht, he ne mochte des vulkomen alse recht is, dat it mit sinem willen were, de sik dat eghen mit rechte to ten mochte. — Diese Stelle ist sehr verunstaltet und nicht verständlich im Verm. Ssp I 44 d. 3.

[19] Vgl. z. B. Magd. Fr. I 2, 25; Glogauer RB. Art. 13; Wasserschleben S 228 c. 74, S 374 c. 23; Planck a. a. O. S 639.

[20] Für welche am ehesten noch angerufen werden könnte Verm. Ssp I 45 d. 1, wonach als die durch die gerichtliche Fertigung zum Einspruch Provocierten nur genannt werden diejenigen, so dorin icht zu sprechen hetten von anefelle adder von schulde wegen.

Gerichtlichkeit der Fertigung für den Eigenthumsübergang allseitiger und grundsätzlicher durchgeführt hat, als das im Landrechte möglicherweise der Fall gewesen ist, sofern man wenigstens aus folgender Einzelheit einen Schluss auf das Allgemeine ziehen darf. Ein Veräusserer hatte die Liegenschaft zwar dem Käufer übergeben, sie ihm aber noch nicht gerichtlich gefertigt, und nun verbrannte das Haus in den Händen des Käufers. Es fragte sich, wer den Schaden zu tragen habe, und das Gericht überband ihn dem Verkäufer, weil dem Käufer der Hof nicht aufgelassen worden[21]. Es scheint mir nicht recht denkbar, dass schon nach altem Landrechte so wäre entschieden worden, hier hätte doch wohl eher der Gedanke überwogen, dass der Käufer, weil in die Gewere gesetzt und den Nutzen ziehend, auch den Schaden zu tragen habe. Man müsste denn annehmen, dass schon das Landrecht die im Magdeburger Recht allerdings stark entwickelte Auffassung gehabt habe, nur die durch gerichtliche Fertigung erlangte rechte Gewere sei für die Besitzverhältnisse rechtlich maassgebend.

Bestimmt lässt sich eine Neuerung des Magdeburger Rechtes gegenüber dem Landrechte nur annehmen und nachweisen bei solchen Veräusserungen, bei denen der Vergabende sich Nutzung und Gewere vorbehielt. Dieser Punkt wird bei den Veräusserungen auf den Todesfall (§ 99) zur Sprache kommen.

Im Bisherigen haben wir für die rechte Gewere ausschliesslich Quellen aus Sachsen berücksichtigt, und zwar darum, weil sie hier am grundsätzlichsten ist ausgebildet worden und sich auch zumal im Gebiete des Magdeburger Rechtes in dieser principiellen Gestalt durch das ganze Mittelalter erhalten hat. Dem gegenüber sehen wir im süddeutschen Rechte das Institut schon zu der Zeit der Rechtsbücher einer Verkümmerung anheimfallen. Zwar ältere Quellen weisen noch deutlich den Zusammenhang mit dem sächsischen Rechte und den gemeinsamen Ursprung und gleiche Bedeutung auf, so beispielsweise für Franken das Wormser Hofrecht des Bischofs Burchard Art. 1[22], für Schwaben das Augsburger Stadtrecht von 1156 Art. 4[23], für Baiern

---

[21] Wasserschleben S 169. 440.

[22] Et hoc annum et diem non proclamatum possidet. Dazu Guden, Syll. S 238: conjuges curiam in judicio Wormat. sicut moris est et juris civitatis nostre, tradiderunt, plenam warandiam per annum et diem secundum civitatis nostre consuetudinem promittentes.

[23] Bei Gaupp, Stadtrechte II 204: Si quis curtile annum et diem sine contradictione possederit, quod de cetero nullius impetitioni respondeat, nisi hoc impetitor probaverit, quod causa hostilis necessitatis vel inopiae absens proclamare non

die von Merkel[24] zusammengestellten Belege. Aber schon der Schwabenspiegel[25] spricht doch recht zweideutig von der rechten Gewere: (L.) Art. 209 ist wie seine Vorlage Ssp II 44 § 1 und Dsp 156 eher auf den oben in § 83 Ziffer 3 besprochenen jährigen Besitz als auf unser Rechtsinstitut zu beziehen, und dasselbe gilt möglicherweise von (W.) 248.

Das ist überhaupt der Punkt, von dem aus in Süddeutschland das hier behandelte Institut der rechten Gewere verdunkelt und verdorben worden zu sein scheint: man unterschied die beiden Arten jährigen Besitzes nicht mehr recht und gerieth darüber in Verwirrung[26]. Eine Folge davon war, dass das Bewusstsein der Herkunft des Instituts von der richterlichen Bannlegung verschwand und man neue Fristen aufstellte, welche local sehr unter sich abwichen. Auf einem Landtage des Buchsgaues wurde am 15. Juni 1284 das Weisthum ertheilt, dass ruhiger Besitz von sechs Wochen und drei Tagen jede Klage auf das Gut ausschliesse[27]. Namentlich aber wirkten die römischen Ersitzungs-

---

potuerit, vel quod nondum annos discretionis habuerit. Augsb. Stadtrecht (Meyer) Art. 109. Vgl. auch Berner Handfeste Art. 22 und sonst manche Stadtrechte.

[24] Das firmare des bair. Volksrechtes, in Z f. RG II 162 ff.

[25] Schwsp (L.) 209: swer eine gewer hat iar und tag ane rehte wider sprache, der hat ein rehte gewer dar an, die sol im nieman brechen wan mit gerihte. Schwsp (W.) 248, auch (L.) 302 b: swaz der man jar unde tac in rehter gewer niht enhat, da sol er umbe antwürten, swer in dar umbe beklaget.

[26] Man vergleiche beispielsweise den Schöffenspruch Nr 230 bei Lörsch, Der Ingelheimer Oberhof S 283: Ein Gut war veräussert, aber nicht gerichtlich gefertigt worden. Der Erbe des Veräusserers klagte nach langen Jahren auf Herausgabe; er habe erst jetzt erfahren, dass das Gut in die Erbschaft gehöre. Der Spruch lautet: beschwört Kläger, dass er in Jahresfrist seit erlangter Kenntnis von der Zugehörigkeit des Guts zum Erbe die Klage erhoben habe, so soll Beklagter, dieweil keine gerichtliche Fertigung stattgefunden hat, das Gut herausgeben. Im Sinne des classischen Rechts müsste auf die Jahresfrist gar nichts ankommen, weil nicht gerichtlich gefertigt worden ist. Dass es sich um blossen Besitzprozess handelt, wo dann das Urtheil besser erklärlich wäre, scheint nicht anzunehmen.

[27] Die Urk. ist in den Fontes rerum Bernensium III Nr 391 abgedruckt: Nos Henricus comes de Buchegke landgravius scire volumus . . . quod cum coram nobis apud Kilchberg in placito generali quod vulgo landtag dicitur sententiam nostram et aliorum prudentum virorum nobilium et ministerialium honestorum . . . Petrus abbas de Truba perscrutari desideraret, quanto tempore quis res sive possessiones sibi adeptas possidere debeat, ita ut possessio postmodum maneat inconvulsa nec de jure ab alio valeat infringi vel impugnari, tandem de predictorum virorum unanimi consensu condictum et compertum est, quod quilibet qui aliquas res de novo adipiscitur, per sex septimanas et tres dies debet quiete et pacifice possidere, et extunc cessare debet omnis actio que potest jus possessionis infringere vel debilitare. In horum testimonium sigillum nostrum duximus presentibus appendendum.

wendiges Requisit der Eigenthumsübertragung enthielt; in das Landrecht wurde dies nicht herübergenommen, und so blieb doch der Hauptgegensatz bestehen. Das Stadtrecht blieb nun auf dem alten Boden, wonach jede Veräusserung gerichtlich zu fertigen war und der Veräusserer während Jahr und Tag Gewährschaft leisten und dieselbe durch Bürgschaft oder Liegenschaftspfand (und nur im Nothfalle durch seinen Eid) sicherstellen musste[6]; das Landrecht dagegen beruhte auf folgenden Grundsätzen: durch aussergerichtliche Fertigung wurde der Veräusserer zu der Gewährschaft während Jahr und Tag verpflichtet und musste dieselbe durch Bürgschaft oder Fürpfand sichern. Hatte er weder Bürgen noch Pfand zu geben, so konnte er vor Gericht gehen und mit dem Eide Fertigung und Gewährschaft zu thun begehren; der Richter liess dann die Liegenschaft dreimal aufrufen und fertigte sie, wenn kein Widerspruch erfolgte, dem Erwerber sofort zu, mit der Wirkung, dass der Veräusserer auch nicht einmal mehr während Jahr und Tag Gewährschaft zu leisten brauchte, die Ansprüche Dritter sofort mit der gerichtlichen Zufertigung präcludiert waren: ein Resultat, welches Einspruchsberechtigte ausserordentlich hart treffen konnte[7].

Auch im alamannischen Gebiete ist die Gewährschaftsfrist des Landrechtes auf Jahr und Tag reduciert; als der für Währschaftsleistung gebräuchliche Ausdruck tritt jetzt, im 14. Jahrhundert, das Wort Fertigung auf, wie es z. B. in einer Urkunde von 1368 heisst: ich gelobe ihnen die Gült nach Recht und Gewohnheit zu fertigen für unbekümmert Gut gegen allermenglich Jahr und Tag[8].

Die Städte sind der Hauptsitz der gerichtlichen Vollziehung der Eigenthumsübertragung geblieben. Aber freilich die alten Motive dafür bestanden auch hier nicht mehr: die Grundherrschaft, bezw. die

---

[6] Stadtrecht von München (Auer) Art. 31, bei Heumann S 150 Art. 22.

[7] Das bair. Landrecht von 1346 giebt hiefür die Grundlage in Art. 200, auf welchen sich die vielen Urkunden, die uns dieses Verfahren genau schildern, immer berufen. Vgl. z. B. Mon. Bo. IX 236 Nr 132, 291 Nr 162, X 109, XIX 283 Nr 34; Gerichtsverhandlungen, wo der Veräusserer erklärt, weder Bürgen noch Fürpfand geben zu können, und nach des Buches Sage das Gut mit seinem Eide fertigen zu wollen. Dann wird dreimal aufgerufen, ob Jemand wäre, der wider Kauf und Fertigung zu reden hätte, und wenn Niemand sich meldet, so schwört der Verkäufer, dass das Gut sein frei ledig Eigen sei und dass er es von Noth wegen verkaufen müsse, geht dann in die Schranken und übergiebt das Gut dem Richter, der es dem Erwerber überantwortet, den Bann darüber wirkt und den Fertigungsbrief ausstellt. — Dieses Verfahren scheint mir der Ueberrest einer früher allgemein nothwendigen und gebräuchlichen gerichtlichen Fertigung zu sein.

[8] Mone, Z V 69; s. ausserdem das. V 73. 80. 82. 87. 95. 355, VI 190. 224. 325. 330; auch Mon. Bo. VII 190, X 67 u. s. w.

landesherrliche Vogtei des Stadtherrn war in den grösseren Städten ganz untergegangen, der Rath hatte selber das Gericht erworben, und auch das Einspruchsrecht der Erben war oft verschwunden. In unerschütterlicher Festigkeit erhält das sächsische, insbesondre das magdeburgische Stadtrecht das alte Princip der rechten Gewere aufrecht, während im Süden Schwankungen auch hinsichtlich der Präclusionsfrist eintreten. Namentlich geschah das da, wo sich die gerichtliche Fertigung aus dem gesessenen Gerichte in die Schreibstube des Gerichtsschreibers zurückzog. Das daraus schliesslich hervorgehende Ergebnis war, dass die Protokollierung der Handänderung behufs öffentlicher Auskündung zu Geltendmachung von Einsprachen auf kurze Frist von sechs Wochen oder drei Monaten u. dgl. erfolgte und nach Ablauf der Frist erst der Gerichtsbrief ausgefertigt wurde, welcher letztere Akt dann als die Fertigung galt, mit welcher das Eigenthum überging[9]. Der Zusammenhang mit dem alten Rechte war hiermit ganz gelöst und erhielt sich blos noch in dem Falle der gerichtlichen Adjudication einer Liegenschaft an den Gläubiger, der dieselbe wegen versessener Zinse gefrönt hatte[10].

In manchen Rechten schwächte sich die Form der gerichtlichen Fertigung in die der öffentlichen Siegelung ab, sodass dann die Notare an die Stelle des Gerichts traten, und schliesslich ein Bürger, der ein eigenes Siegel hatte, fand, er bedürfe nichts weiter, sondern könne „seine eigene Kanzlei" sein. So ist in Zürich das Recht der Stadtbürger entstanden, ohne Gericht und Notar das Eigenthum an Liegenschaften zu übertragen[11].

Dasselbe war aber auch in den freien Ländern der Schweiz der Fall, in denen die gerichtliche Fertigung schon früh in Abgang kam, weil „grundherrliche und Vogteilasten nicht mehr auf den Liegenschaften ruhten, Landessteuern aber nur selten, und dann in der Regel nicht blos von Grund und Boden, sondern vom Vermögen im allgemeinen erhoben wurden, die Obrigkeit also kein Interesse hatte, den

---

[9] Manche Modalitäten, die ich hier nicht näher verfolgen kann, bei Stobbe, Auflassung S 206 ff.

[10] Z. B. Rechtsq. von Basel I Nr 82: als dahar beziehung hüser und ander ligender gütere vor gerichte beschehen sint und ein kleger die koufte, als das gewonlich und harkomen ist, umb ein phunt und drye schilling zinsphenningen, darumb er iar und tage beiten mus, eb der kouf in sin kraft gange. Ueber 1 Pfd. 3 Schill. vgl. meine Geschichte des Concursprozesses in Z f. schweiz. R VII 123.

[11] Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich II 96. v. Wyss, Die Gült und der Schuldbrief, in Z f. schweiz. R IX 29 Anm 2.

jeweiligen Eigenthümer einer Liegenschaft zu kennen“ [12]. Es ist das um so bemerkenswerther, als in den abhängigen Landschaften der heutigen Schweiz die gerichtliche Fertigung sich ungeschwächt erhalten hat [13].

Recht im Gegensatze zu dieser auf Verdrängung der gerichtlichen Fertigung auslaufenden Bewegung steht die in grösseren Städten schon früh auftretende Tendenz der Einrichtung eines Grundbuches. Ich meine damit nicht jene Gerichtsprotokolle oder Stadtbücher, Gerichtsbücher u. s. f., welche die Liegenschaftsfertigungen einfach chronologisch aufführen, sei es vermischt mit den andern Gerichtsgeschäften, sei es in besondern libri resignationum, impignorationum u. s. f. Ich rede hier nur von Büchern, welche schon durch ihre ganze Anlage, durch eine gewisse, leichte Uebersichtlichkeit gewährende Anordnung der Eintragungen das moderne Grundbuchsystem im ersten, wenn auch oft noch embryonenhaften Keime vorbereiten. Am frühesten sind solche Versuche, wie es scheint, in Köln gemacht worden, später finden wir auch Ansätze dazu in Hannover, Riga, Rostock, München, indem neben dem chronologisch geführten Verlassbuch auch schon ein Verzeichnis der Liegenschaften von Strasse zu Strasse erstellt wurde [14]. In Köln, berichtet Homeyer a. a. O., bestand eine Theilung der Bücher nach einzelnen Strassen und Thorbezirken und es wurde zugleich bei einer Eintragung auf das letzte, dasselbe Grundstück betreffende Notum, das „vurgeschricht“, hingewiesen. Näheres über die älteste Einrichtung dieser Schreinsbücher erfahren wir nun durch die Arbeiten von Höniger [15]. Ich hebe hier nur das heraus, dass schon früh eine Gruppierung der Eintragungen nach dem Gesichtspunkte der örtlichen Beziehung versucht worden, aber missglückt war und lange nicht mehr aufgenommen wurde. Selbst die sachliche Trennung nach dem Charakter des Rechtsgeschäfts geht nach einem mangelhaften Versuche wieder verloren. Die Uebelstände, welche das Fehlen einer übersicht-

[12] Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratien I 436.

[13] Blumer a. a. O. II 2 S 63. Vgl. auch Kothing, Das Hypothekarwesen im Canton Schwyz, Z f. schweiz. R VI 173.

[14] Homeyer, Die Stadtbücher des Mittelalters S 46. Ueber die Bannrollen in Metz (Register der gerichtlichen Aufbietungen) s. Prost, Etude sur le régime ancien de la propriété, in Nouv. Revue histor. de droit français et étranger 1880 (4me année) p 308 ss.

[15] Höniger, Der älteste Aktenbestand der städtischen Verwaltung Kölns, in Höhlbaums Mittheilungen aus dem Stadtarchiv von Köln Heft 1. Ders., Der Ursprung der Kölner Stadtverfassung, in Westdeutsche Z f. Geschichte und Kunst. Besonders: Kölner Schreinsurkunden des 12. Jahrhunderts, herausg. von Höniger, in Publicationen der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde I.

lichen und praktischen Methode des schriftlichen Verfahrens hervorrufen musste, wurden deutlich empfunden, dafür sprechen die wiederholten Versuche der Abhilfe (Schreinsurkunden S 10).

Blieb so das formelle Grundbuchrecht noch höchst unentwickelt, so wurde dagegen ein wichtiger Grundsatz des materiellen Grundbuchrechtes schon früh in Köln verwirklicht, nämlich der, dass alle Handänderungen, auch die durch Erbgang und Eheschluss erfolgenden, mussten eingetragen werden. Was Schröder in seiner Geschichte des ehelichen Güterrechtes als Kölner Eheverträge behandelt, ist, so viel ich sehe, nichts andres als solche Eintragung von Liegenschaften des einen Ehegatten auf den Namen auch des anderen, nicht auf Grund eines Ehevertrags, sondern schon kraft Gesetzes. Man begreift, wie wünschenswerth die Führung einer genauen Controle des Eigenthumsbestandes gerade in Köln erscheinen musste, wenn man bedenkt, dass grosse städtische Besitzungen altkölnischer Geschlechter durch viele Generationen hindurch keiner Realtheilung unterzogen waren (oben Bd. I S 235). War wegen der Verwendung dieser grossen Areale zu Arbeiterwohnungen, die unter einem Dach verbunden waren, eine Realtheilung geradezu unthunlich, so war es um so nöthiger, eine grundbuchliche Controle über die zahllosen Bruchtheile der einzelnen Familienglieder zu führen[16].

Es muss an den in diesem Paragraphen gegebenen Andeutungen sein Bewenden haben. Im sächsischen Landrechte des 13. Jahrhunderts und im magdeburgischen Schöffenrechte, welchem wir in unsrer Lehre wesentliche Uebereinstimmung mit dem Landrechte zuerkennen müssen, ist der Höhepunkt systematischer Vollendung erreicht; was darauf folgt, ist Auflösung der Grundlagen des alten Rechtes und ein Suchen nach neuer Gestaltung, die aber noch kein bestimmtes Ziel gefunden hat. So wichtig diese Uebergangszeit für eine historische Betrachtung der Fertigung ist, so wenig bietet sie dem hier verfolgten Zwecke.

§ 99. 4. Veräusserungen auf den Todesfall.

Ich spreche hier von einem Gegenstande, der in den Lehrbüchern regelmässig als Theil des Erbrechtes behandelt wird. Dem Erbrechte gehört er allerdings nach seinem Zwecke, seiner ökonomischen Wirkung

---

[16] Solche weitgehenden Bruchtheile z. B. Ennen und Eckertz, Quellen II Nr 134: proprietas quinte partis dimidie domus et proprietas quinte partis de quarta parte trium mansionum sub uno tecto. Nr 272: ex morte avi sui septimam partem sexte partis de dimidietate domus obtinuerunt (also 1/84). Nr 370: dimidietatem quarte decime partis domus.

an, aber in Hinsicht der rechtlichen Form bewegt er sich vollständig auf dem Gebiete des Sachenrechtes und zwar des Eigenthumsübergangs unter Lebenden. Die Vergabungen einzelner Grundstücke auf den Todesfall — und nur damit befassen wir uns hier — sind weder formell noch materiell Bestandtheil des Erbrechtes, formell nicht, weil sie weder Testamente noch Codicille noch sonst Verfügungen besondrer Art sind, sondern sich durchaus in der Form der Eigenthumsübertragung unter Lebenden vollziehen; materiell nicht, weil sie weder ein Erbrecht noch einen Legatanspruch an den Erben erzeugen, sondern sofortiges Eigenthum in der Person des Begabten begründen[1]. Erst damit, dass solche Vergabungen auf ganze Vermögen oder Quoten von solchen ausgedehnt werden, wird das erbrechtliche Gebiet bezüglich der Function der Vergabung wenigstens gestreift, wenn auch nicht festen Schrittes betreten. Doch werde ich letzteren Punkt im Erbrechte behandeln. Die Eigenthumsübertragung einzelner Grundstücke auf den Todesfall aber gehört unter allen Umständen an diese Stelle im Sachenrechte.

Die gewöhnliche Form der Vergabung auf den Todesfall im alten Rechte ist die Eigenthumsübertragung mit Vorbehalt des Niessbrauchs, etwa nach der Formel: Trado ad monasterium S. Bonifatii totum quod proprie hereditatis visus sum habere in villa M. ea ratione, ut quamdiu vivam usufructuario per beneficium abbatis predictas res possideam, post obitum vero meum absque omni diminutione et sine ulla contradicente persona in potestatem S. Bonifatii redeant[2]. Dabei wird der Zusammenhang mit der gewöhnlichen traditio auf das augenfälligste gewahrt. Denn es findet nicht nur in regelmässiger Weise traditio und investitura statt[3], ohne Zweifel auch Auflassung, und darauf Rückübertragung zu beneficium oder Niessbrauch, sondern es tritt auch, damit der Akt der Eigenthumsübertragung besonders sichtbar zur Erscheinung gelange, die sessio triduana ein, d. h. dreitägiges Sitzenbleiben des Bedachten auf der übertragenen Liegenschaft, auf welches erst das Zurückgeben zu Niessbrauch folgt[4].

Daneben findet sich aber auch, besonders häufig in Baiern, die donatio post obitum schlechtweg, etwa nach der Formel: tradimus ita

---

[1] Mit Jhering (Geist des RR I § 4 Anm 19) könnte man sagen: die anatomische Structur und Function sei sachenrechtlich.

[2] Vgl. etwa C. d. Fuld. Nr 517—520. 550 u. öfter.

[3] Wie es etwa im Anschluss an obige Formel weiter heisst: facta est hec traditio in monasterio . . . . item testes vestitionis ejusdem traditionis, quam suscepit H. presbiter.

[4] Darüber oben § 83 zu Anm 10.

ut post obitum nostrum ibi sit stabilis, oder ea ratione trado ut post obitum meum firmiter permaneat ad S. Mariam u. dgl.[5]. Hier fand blos traditio per cartam statt, aber keine Investitur, so weit wenigstens die Quellen der Historia Frisingensis es erkennen lassen; der Bedachte war also zufolge lex Bai. I 1 durch Niederlegung der Urkunde auf den Altar Eigenthümer geworden, so dass ich bezüglich der rechtlichen Wirkung einen Unterschied gegenüber der ersten Form nicht finden kann[6].

Eine dritte Modalität sodann, die ich nicht vor der Mitte des 9. Jahrhunderts nachzuweisen vermag, obschon sie älter sein kann, ist

---

[5] Beispiele Hist. Frising. Nr 29. 32. 41. 47. 48. 53. 60. 62. 64. 65. 70. 75 und eine Menge sonst.

[6] Anders Loening, Gesch. des Kirchenrechts II 656. 659: donationes post obitum seien einfach römische donationes mortis causa mit Verzicht auf Widerruf gemäss l 13 § 1, l 35 § 4 D de mort. c. don. 39, 6. Der Schenkung sei hier der Tod des Schenkers als aufschiebende Bedingung beigefügt, erst mit dem Augenblicke des Todes des Gebers solle die Uebertragung des Eigenthums an den Beschenkten erfolgen. Dagegen bei Schenkungen mit Niessbrauchsvorbehalt werde sofort das Eigenthum übertragen, sofort die Schenkung vollzogen, ohne dass es einer besonderen Uebergabe durch die Erben bedurft hätte (absque ullius exspectata traditione). — Darnach hätten also im ersten Falle nach dem Tode des Schenkers dessen Erben erst die Tradition vornehmen sollen. Und wenn sie es nicht thaten? Dann klagte eben die Kirche auf Grund ihres schon erworbenen Eigenthums mit malo ordine possides auf Herausgabe, sie bedurfte nicht erst der Uebertragung des Eigenthums. Der von Loening gemachte Unterschied wird auch durch die Urkunden nicht bestätigt. Die Abweichungen der Freisinger Traditionen in beiden Fällen sind sehr unbedeutend; wie es bei den trad. post obitum regelmässig heisst: trado ut post mortem meam stabilis sit, so sagt Hist. Fris. Nr 21 (ähnlich 36): in beneficio utendi diebus vite mee suscepi, et post obitum meum illuc in perpetuum stabilivi. Oder Nr 68: dedimus in beneficium nepoti meo, ut exinde censum redderet et post obitum ejus in perpetuum stet ad S. Mariam. Aehnlich Nr 171. Andererseits Nr 32: Trado hereditatem meam, ut post obitum meum ad domum S. Marie firma hec traditio et stabilis permaneat. Es ist auch gleichgiltig, ob man sagt: absque exspectata traditione recipiant, oder wie Hist. Fris. Nr 75: post obitum sit hec omnia in potestate ejus tenendi, donandi, et quicquid exinde voluerit facere faciendi. Oder in Nr 102: dedi coloniam post obitum meum, ut quicquid exinde rectores monasterii facere voluerint, post obitum meum liberam habeant potestatem faciendi, ist die Besitzergreifung absque exspectata traditione sicherlich inbegriffen. Noch deutlicher Nr 108: hereditatem meam dono ab hodierno die, ut post obitum meum ad domum S. Marie ad possidendum tradidi (verschrieben für firma sit oder dgl.). Die Eigenthumsübertragung ist also „vom heutigen Tage" erfolgt. Dann wieder Wendungen, welche beide Formen vereinigen. Nr 119: Hereditatem post obitum nostrum firmiter condonavimus, et ab episcopo in beneficium usque ad finem vite nostre accepimus, post obitum vero nostrum ipsam rem nullus contradicere ullo modo valeat domui S. Marie. Aehnlich Nr 132. 183. 297. 299. 301. 315.

die schon oben S 26 f. besprochene der Zinsbestellung zum Zeichen der Gewere. Hier liegt ein juristischer Unterschied gegenüber der traditio reservato usufructu und der traditio post obitum vor: in diesen letzteren Fällen hat der Veräusserer die Gewere bis zu seinem Tode, der Bedachte kraft seiner nuda proprietas die (allerdings unentziehbare) Anwartschaft, den Anfall. Bei dieser dritten Form, dem census pro investitura, hat der Bedachte schon die Gewere, der Veräusserer ist rechtlich blos sein Verwalter. Das war doch ein erheblicher Vortheil für den Beschenkten, so gering auch meist der Betrag des Zinses war: er war berechtigt, die Klage auf das Gut zu erheben, in eigenem Namen, wenn es dem Inhaber, dem Schenker mit oder ohne dessen Willen abhanden kam, er konnte es direct vertreten bei Angriffen seitens Dritter. Und wie erst die gerichtliche Auflassung mit dem Aufbieten der Erben und die rechte Gewere sich bildet, wird er auch schon bei Lebzeiten des Schenkers dieses Vortheils der rechten Gewere theilhaftig. Denn wie die Vergabungen auf den Todesfall durchaus in dem Rahmen der Tradition unter Lebenden behandelt sind, so nehmen sie von selbst an allen Schicksalen Theil, welche überhaupt die Eigenthumsübertragung an Immobilien treffen.

Es ist also natürlich, dass, sobald für die Auflassung von Eigen die Gerichtlichkeit Rechtens geworden war, auch in dieser Beziehung die Vergabungen auf den Todesfall gleich behandelt wurden, schon einfach darum, weil sie nicht als ein anderes Rechtsgeschäft galten. Somit hätte jetzt auch, wo über eine gerichtliche Vergabung auf den Todesfall Jahr und Tag hingegangen war, der Bedachte müssen geschützt werden. Hier tritt nun eine gewisse Schwierigkeit zu Tage. Bei Eigenthumsübertragungen, die sofort durch Uebergabe des Gutes in die Gewere des Erwerbers effectuiert wurden, entstand durch die gerichtliche Auflassung die rechte Gewere und auf Grund derselben der Schutz des besitzenden Erwerbers gegen Ansprüche, die erst nach Jahr und Tag erhoben wurden. Dagegen bei Vergabungen auf den Todesfall konnte der Bedachte, wenn ihm nur in der Form der traditio reservato usufructu oder traditio post obitum, also ohne Bestellung eines Zinses pro investitura, übertragen war, des Vortheils nicht geniessen, den ruhiger Besitz von Jahr und Tag gab, weil er die Gewere nicht ein Jahr lang gehabt hatte. Was hätte aber dann das der gerichtlichen Fertigung wesentliche Aufbieten des Gutes zu Erhebung von Einsprachen binnen Jahr und Tag noch für einen Sinn gehabt? Ein gewisser innerer Widerspruch zwischen Vergabung auf den Todesfall ohne Gewereeinräumung und der ursprünglichen Bedeutung der gerichtlichen Auflassung und Aufbietung hätte da unvermeidlich vor-

gelegen. Es scheint nun in der That das ältere Landrecht hier nur die Möglichkeit zwischen zwei Modalitäten geboten zu haben: entweder der Erwerber liess sich wirklich eine rechte Gewere bestellen, hielt dann das Gut während Jahr und Tag in ruhigem Besitz und gab es nun erst dem Vergabenden zu Niessbrauch zurück, oder er liess sich sofort einen Zins pro investitura bestellen, sodass er durch den Zins die Gewere ausübte und der Vergabende das Gut behalten konnte.

Die erste Modalität bezeugt uns der Sachsensp. I 34 § 2 allerdings nicht für den Fall der Vergabung auf den Tod, wohl aber für den der Veräusserung des Guts und des Rückempfangs zu Lehn seitens des Tradenten[7]. Man kann vielleicht sagen, das Rechtsbuch hätte allgemeiner gesprochen, wenn das auch für andere Fälle, nicht blos für diesen speciellen der Lehnswandlung, erforderlich gewesen wäre. Es lässt sich aber auch sagen, dass nur von dem Lehn gesprochen sei darum, weil bei dem uns hier angehenden Falle viel einfacher durch Zinsbestellung gesorgt werden konnte und auch wirklich dieser Weg regelmässig vorgezogen wurde. Aber auch in unserm Falle der Vergabung auf den Tod findet sich der Brauch, dass der Begabte sich durch Besitz von Jahr und Tag die rechte Gewere sicherte, bevor er das Gut wieder dem Schenker überliess. Praedium donavit, sagt eine Zürcher Urkunde[8], nobis possessionem tradendo et in ipsam inducendo, sicut in puris donationibus fieri consuevit. Nos post annalem possessionem adeptam C. et uxori sue eadem bona commisimus quamdiu vixerint utenda et fruenda. In Basel tritt uns der das ganze Mittelalter hindurch geübte Rechtssatz entgegen, dass man bei Vergabung einer Liegenschaft dem Bedachten sechs Wochen und drei Tage lang deren Besitz lassen und erst dann sie wieder zurückempfangen soll[9]. Bezüg-

---

[7] Svelk man sin gut gift unde dat weder to lene untveit, dem herren hilpt de gave nicht, he ne behalde dat gut in sinen ledichliken geweren jar unde dach. Sint mach he't sekerliken jeneme weder lien, so dat he, noch nen sin erve, nen egen dar an bereden mach.

[8] v. Wyss, Gesch. der Abtei Zürich, Urk. Nr 192. Vgl. Nr 285: da lobte mir min vrouwe diu Ebtischenne, swenne si dasselbe guot besessin jar und tag, als gewonlich und recht ist, das siu mir das selbe guot wider lühin ze rechtem lipgedinge unz uf min tod.

[9] Ungedruckte Urk. aus dem Archiv des St. Peters-Stifts zu Basel v. J. 1352: vor Schultheiss offnet P. v. B., Caplan zu St. Peter, an sein selbst und des Capitels Statt, um das Haus, das ihm B. R. geben hat durch Gott, dass er das Haus an sein selbst und des Capitels Statt besessen hat und in Gewalt und Gewer gehabt hat drei Tage und sechs Wochen nach der Stadt Recht und Gewohnheit. Urk. von 1376: vor Schultheiss macht Heman Witlikon an der neuen Pfründe Statt, so Frau Metze von Sarburg gestiftet hat, kund, dass er das Haus auf dem Nadel-

lich der Frist von sechs Wochen und drei Tagen erinnere man sich der Urk. von 1284 oben § 97 Anm 27, wonach eben überhaupt die Verjährungsfrist so verkürzt war.

Häufiger war aber die zweite Modalität, Bestellung eines Zinses[10]. Das reichte völlig aus und das Landrecht hatte keine Veranlassung, darüber hinauszugehen und noch weitere Erleichterungen zu gewähren.

Das Magdeburger Recht aber hat hier einen Schritt gewagt, den man wohl als Bruch mit der alten Theorie der rechten Gewere ansehen darf[11]. Es giebt bei solchen Vergabungen auf den Todesfall (besonders auch unter Ehegatten) dem Bedachten die Vortheile der rechten Gewere, auch wenn er gar nicht in die Gewere gelangt ist, falls nur Jahr und Tag seit der Verreichung vor Gericht ohne Einspruch verflossen ist. Auf den Besitz kommt nichts mehr an, die gerichtliche Auflassung ist das einzig Entscheidende. Durch sie sind alle Einspruchsberechtigten zur Anfechtung provociert, und machen sie hievon binnen Jahr und Tag seit der Verreichung in gehegetem Dinge keinen Gebrauch, so sind sie präcludiert und ist die Gabe kräftig geworden. Das Magdeburger Recht hat das mit voller Bestimmtheit durchgeführt. In dem Falle bei Wasserschleben S 138 c. 5 hatte ein Vater einem seiner Kinder vor gehegtem Ding ein Gut vergabt, ohne ihm doch den Besitz einzuräumen; nach seinem Tode verlangte der bedachte Sohn, dass ihm dieses Gut vorweg zugetheilt werde, weil die Gabe Jahr und Tag bestanden habe, und dass er im übrigen Vermögen mit den Geschwistern zu gleichen Theilen als Erbe zugelassen werde. Die Geschwister fochten diese Vergabung an: sie seien mit einander in

---

berg, so die Metze ihm und der Pfründe gegeben hat, an sein selbst und der Pfründe Statt besessen habe und in Gewalt und Gewer gehabt habe drei Tage und sechs Wochen, nach der Stadt Recht und Gewohnheit, und im J. 1379 leiht er der Frau Metze dieses Haus zu ihrem rechten Leibgeding, um ein Huhn jährlich an Martini zu zahlen. Spitalarchiv Urk. von 1466: vor dem Richter zu Uetingen wollen Rudi Rich und seine Frau von Uetingen einander ihr Gut vermachen, und fragen, wie es zu machen sei, dass sie darum nicht bedürften nach etlichen Gerichten, Rechten und Gewohnheiten sechs Wochen von Haus und Hof zu gehen. Erkannt: da sie ihr Vermögen mit einander gewonnen und keine Leibeserben haben, so brauchten sie nicht von Hofe zu gehen und sollen ihr Gut, das sie einander vermachen wollen, dem Richter an den Stab mit Hand und Mund aufgeben und von demselben jeder seine Gabe wieder empfangen. Vgl. Grimm, Weisth. I 391 Z. 21 v. u.: Welcher mayer sein gutt von hande geben und seine kind enterben will, der soll das thon vor dem stul zu Vischbach, und soll davon gon und daruff nit me komen in sechs wochen und dreyen tagen.

[10] C. d. Anhalt. I Nr 413; Hist. Frising. II Nr 50. Beide Urk. oben S 27 Anm 2. Trouillat II Nr 54. 69. 172. 370 u. s. w.

[11] Hierüber Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im MA I 635 f.

des Vaters Gut bestorben und sie alle seien von des Vaters Brot nie geschieden gewesen und der Vater sei der Gabe wie der übrigen Güter bis zu seinem Tode Verweser geblieben. Das Gericht sprach dem Bedachten die Gabe zu, weil sie die andern Erben während Jahr und Tag verschwiegen haben[12].

Von rechter Gewere konnte hier nicht mehr gesprochen werden, und es ist charakteristisch, dass das in der That nicht geschieht, sondern gesagt ist, die Gabe habe er innegehabt Jahr und Tag, die Gabe habe gestanden Jahr und Tag, während in den Fällen, wo der Angegriffene wirklich Besitz erlangt hat, das Urtheil noch darauf gestellt wird, er sei in ruhiger Gewere gesessen Jahr und Tag[13]. Für solche Fälle, wo sofortige Uebergabe im Sinne des Geschäfts lag, wurde das alte Princip festgehalten, obschon nicht zu verkennen ist, dass auch da schon der Nachdruck nicht mehr auf die Gewere, sondern auf die Gabe und Ablauf von Jahr und Tag seit der Verreichung gelegt wird[14].

Es hat v. Martitz[15] vollkommen Recht, wenn er von dieser Sache als einer überaus wichtigen Reform spricht, die im System der Vergabungen von Todeswegen (und damit im System des ehelichen Güterrechts) tiefgreifenden Einfluss erlangt habe. Namentlich ist dadurch die Vergabung ganzer Vermögen oder von Quoten solcher erheblich erleichtert worden. Nur möchte ich den Ausdruck vermeiden, den v. Martitz S 245 Anm 15 braucht: „dieser folgenschwere Umschwung, dass zur Erlangung der rechten Gewere lediglicher Besitz nicht mehr erfordert wird". Abgesehen davon, dass von lediglichem Besitz (in technischem Sinne) überhaupt nicht zu reden ist — denn solcher war für die rechte Gewere nicht nothwendig, es genügte einfache hebbende Gewere —, ist zu sagen: der folgenschwere Umschwung bestand darin, dass der Erwerber gegen Einspruch nach Jahr und Tag geschützt wurde, obschon er keine jährige Gewere erlangt hatte. Das Magdeburger Recht fingiert nicht, wie es nach der Fassung v. Martitz' zu denken wäre, eine rechte Gewere ohne Gewere, sondern es streicht aus den Requisiten für Präclusion der Einspruchsberechtigten die jährige Gewere und begnügt sich mit der Verreichung im gehegten Dinge auch ohne Besitzübergang.

---

[12] Aehnlich Wasserschleben S 195 c. 59; Magd. Fr. I 12, 3 verbis: dornoch als dy gobe were geschen.

[13] Wasserschleben S 114 c. 238, S 267. 272. 318. 348. 374 c. 22.

[14] Magd. Fr. I 2, 25, I 6, 4, I 7, 23.

[15] Das eheliche Güterrecht des Ssp S 245.

Im süddeutschen Rechte ist neben der Form der gerichtlichen Auflassung auch noch, wohl von alter Zeit her und in Weiterentwicklung der traditio per cartam, eine Vergabung durch Brief und Siegel in sehr starkem Gebrauche. Die berühmte und oft sehr verschieden interpretierte Schwabenspiegelstelle Art. 22 sagt darüber: Will Jemand seinem Freunde Gut schaffen nach seinem Tode, will er es ihm sicher machen, so soll er ihm Schrift darüber geben, oder er soll vor seinen Richter fahren oder seinen Herrn; will er es ihm aber ganz stät (fest) machen, so setze er ihm einen Zins daraus. Das letztere, die Zinsconstituierung, ist keine dritte Art, die statt einer der beiden erstgenannten kann gewählt werden, sondern die bekannte Verstärkung durch Bestellung eines census pro investitura, die sowohl bei traditio per cartam als bei gerichtlicher Auflassung vorkommen kann. Denn unter der Schrift, welche die Gabe stät macht, ist doch kaum etwas anderes zu verstehen als Uebereignung durch Urkundenbegebung, bezw. das im späteren Rechte aus dieser Hervorgegangene[16]. Denn wie schon oben S 74 bemerkt, ist die traditio cartae in altem Sinne verschwunden, die Urkunde ist blosses Beweismittel und erhält ihren Hauptwerth durch das Siegel, das ihre Echtheit beglaubigt, daher auch der Schwabenspiegel ein besonderes Gewicht darauf legt, dass das Siegel eines Bischofs oder eines Laienfürsten, eines Klosters oder einer Stadt an der Urkunde hange. Doch ist der historische Zusammenhang mit den donationes post obitum und durch diese mit dem alamannischen und dem bairischen Volksrechte wohl nicht zu beanstanden, und so hat sich in dieser neuen Gestalt die traditio per cartam speciell auf dem Gebiete der Vergabungen von Todeswegen (denn nur von solchen spricht die Schwabenspiegelstelle und es ist kein Grund, sie auch auf Vergabungen a die praesente zu beziehen) in starker Uebung erhalten.

Der Art. 22 des Schwsp ist, der Form nach etwas verändert, dem Inhalte nach gleich, im bair. Landrechte v. 1346 Art. 116 reproduciert[17]. In Art. 222 enthält dasselbe eine daran anschliessende Bestimmung für die sog. neuere Satzung, d. h. die Satzung ohne Besitzeinräumung, für die es ebenfalls Bestellung durch Brief und Siegel verlangt. Dieser Artikel theilt also mit Schwsp 22 das Princip, dass, wo nicht sofortige Besitzübergabe erfolgt, der Erwerb des dinglichen Rechts

---

[16] Jedenfalls nicht mit Sohm, Fränk. Recht u. röm. Recht, in Z d. Sav.-Stift. I 45: „der Abschluss des Veräusserungsgeschäfts, noch nicht der Eigenthumserwerb".

[17] v. Freiberg, Samml. IV 431; Heumann, Opusc. S 84. Bei ersterem die falsche Lesart: und sol er etlich guot jaerlich einnemen, statt gült (der census pro investitura ist gemeint).

durch Ausfertigung der Urkunde eintreten kann. Dass das bei Eigenthumsübertragung a die praesente auch gegolten habe, erscheint mir darnach zweifelhaft. Das spätere bairische Recht bringt wenigstens den Unterschied zu klarer Erscheinung. Der Art. 116 des Landr. v. 1346 ist nämlich in der Reformation des Landr. v. 1518 tit. XXV Art. 4 dahin erweitert: Wer ainem sein aygen guet vermachen oder übergeben will, das mag derselb mit brief und syglen wol thun, oder jne sölhs guets bey lebenndigem leyb in nütz und gewer setzen wie Recht ist. Also bei Vergabung auf den Todesfall Brief und Siegel, bei Veräusserung unter Lebenden Besitzeinräumung.

In den Urkunden finden sich beide Modalitäten von Schwsp 22 vertreten, beide häufig in Verbindung mit dem census pro investitura, etwa: ain gans ze urchkunde, daz der maister unde der convente nutze unde gewere habin an dem hof, daz er si anhore nach unser thot immer mere[18].

Drittes Kapitel.

Das Leibzuchtsrecht.

§ 100.

Leibzucht, liftocht, ist der sächsische, lipgedinge, Leibgeding, der schwäbische Name für Niessbrauch. In dem Namen selbst liegt es schon ausgesprochen, dass das Gut blos auf Lebenszeit des Inhabers gegeben ist und mit seinem Tode dem Eigenthümer wieder von selbst ledig fällt.

Die Bestellung des Leibzuchtsrechtes findet in gleicher Weise statt wie die Eigenthumsübertragung, mit Ausnahme der Auflassung, welche hier, bei der Leibzuchtsbestellung, dadurch ausgeschlossen ist, dass der Tradent sein Eigenthum bewahren will, also nicht auf das Gut verzichtet. Wo die gerichtliche Eigenthumsübertragung erforder-

---

[18] UB. Augsburg I Nr 196, ähnlich Nr 210. 227. 242. 249. 250 u. a. Mon. Bo. IX 29 Nr 21; IX 203 Nr 111: Ich Margret Chuonrat des Waten eliche hausfrau habe mit gunst und willen meines ehemanns geschafft durch meiner sel heil dem gotzhaus zu F. zu einem ewigen selgerät 20 ℔ pfennig. Des zu sicherheit geb ich disen brief besigelt mit Bertold des Aeusenhovers sigel und under meines mannes sigel.

lich ist, wird auch gerichtliche Leibzuchtsbestellung verlangt[1]. Sollte nun der Niessbraucher sofort mit der Bestellung der Leibzucht in den Genuss des Gutes treten, so war die Sache einfach: er erhielt durch die gerichtliche Tradition die Gewere, und zwar rechte Gewere, die ihn nach Jahr und Tag gegen Einspruch der Erben und Anderer schützte. Aber in dem Hauptanwendungsfalle, den die Quellen bei Erwähnung der Leibzucht im Auge haben, bei Einräumung einer solchen seitens des Ehemannes an die Ehefrau auf den Fall seines Vorabsterbens, wurde das Leibzuchtsrecht scheinbar ohne sofortige Besitzeinweisung constituiert, denn der Ehemann blieb in der Gewere des Gutes. Die herrschende Ansicht[2] nimmt daher auch an, die Erben hätten während der Dauer der Ehe noch keine Veranlassung gehabt ihren Einspruch geltend zu machen, dazu seien sie erst mit Tod des Mannes genöthigt gewesen, und zwar habe mit diesem Momente die Frist von Jahr und Tag hiefür zu laufen begonnen; bis zu seinem Tode sei nämlich der Ehemann in eigenlicher Gewere des Gutes geblieben[3], woraus folge, dass für die Anfechtung der Erben erst mit dem Todesfall actio nata sei. Hiegegen lässt sich mancherlei einwenden. Die gerichtliche Bestellung der Leibzucht bedingt, dass der Bann darüber gewirkt wird; die Bedeutung des Bannes aber ist, dass nach Jahr und Tag Einsprüche präcludiert sind; eine Suspension der Wirkung des Bannes bis nach Eintritt des Todesfalls des Mannes ist nicht wohl annehmbar. Aus der gerichtlichen Fertigung schon, scheint mir, muss sich ergeben, dass das ursprüngliche Landrecht bei Leibzuchtsbestellung zu Gunsten der Ehefrau auf Herstellung der Gewere in ihrer Person gleichermaassen Bedacht nahm wie bei Vergabung von Todeswegen, d. h. dass entweder das Gut während Jahr und Tag in die ledigliche Gewere des Vormunds, welcher nach Ssp I 44 der Frau zur Empfangnahme der Leibzucht geordnet wird, gelegt, oder dass ein census pro investitura, ein Recognitionszins, für diese Zeit an den Vormund zu Handen der Frau entrichtet wurde. Damit war auch für die Erben actio nata sofort in Folge der gerichtlichen Tradition, und der Ehemann besass fortan das Gut nicht mehr in eigenlicher, sondern in vor-

---

[1] Ssp I 21 § 1, I 44. Die erstere Stelle zeigt, dass die Leibzuchtsbestellung auch unter Erbenlaub steht; ebenso Magd.-Görlitzer R von 1304 § 83 (Homeyer II 2 S 360): gibet ein man sineme wibe sin gut zu irme libgedinge in jehegetem dinge mit der erben urlobe.

[2] v. Martitz, Eheliches Güterrecht des Ssp S 185; Agricola, Gewere zu Vormundschaft S 494.

[3] Agricola a. a. O. nimmt freilich gleichzeitig mit dieser schon eine Leibzuchtsgewere der Frau an, was ich für eine Unmöglichkeit halte.

mundschaftlicher Gewere, was schon oben § 82 Anm 1 noch aus andern Gründen angenommen worden. Das Magdeburger Recht hat dann auch hier wie bei den Eigenthumsübertragungen auf den Todesfall die im vorigen Paragraphen besprochene Neuerung durchgeführt.

Es konnte eine Leibzuchtsbestellung zu Gunsten Mehrerer stattfinden, worüber das Augsburger Stadtbuch (Meyer S 157) manches enthält, im wesentlichen übereinstimmend mit Schwsp (W.) 34. Die Augsburger Urkunden geben viele Beispiele von Leibgedinge zu einem, zu zwei, zu drei, zu fünf Leibern[4]. Das Verhältnis ist entweder das, dass einer nach dem andern das Gut haben soll, z. B. Kinder und Grosskinder nach des Vaters und der Kinder Tode, wie schon sehr häufig in den alten St. Galler Traditionen vorbehalten war, oder alle zusammen zu gesammter Hand, so dass wie bei der Einzinserei ein Trager unter ihnen für die allfällige Vertretung des Gutes bestellt wird[5], die Mitberechtigten als Gesammthänder Einspruchsrecht gegen Veräusserung oder Aufgeben der Leibzucht seitens eines Einzelnen haben[6], und durch Tod des einen die Nutzung desselben den andern accresciert.

Bezüglich der Nutzung des Leibzüchters gilt seit alter Zeit, wie die alten Urkunden über Traditionen mit Niessbrauchsvorbehalt regelmässig einbedingen, dass sie absque deminutione geschehen soll, d. h. ohne Verschlechterung, „Aergerung" des Gutes[7]. Als solche gilt aber, wenigstens bei der sächsischen Leibzucht der Ehefrau, nicht die Aergerung des Gebäudes[8], welches als Fahrnis der Verfügung der Frau unterliegt (s. oben Bd. I S 361).

Der Leibzüchter kann sein Leibzuchtsrecht veräussern, so auch die Ehefrau nach sächsischem Rechte; das geschieht dann mit Auflassung, welche auch bei Rückgabe der Leibzucht vor der gesetzlichen Endigungszeit vollzogen wird[9].

---

[4] UB. Augsburg I Nr 126. 196. 172. 251.

[5] UB. Augsburg I Nr 251. 271. 284.

[6] Augsburger Stadtbuch (Meyer) S 158 § 6. Ausnahme bei echter Noth, welche Jedem Veräusserung seines Nutzungsantheils gestattet.

[7] Specialanwendung Mon. Bo. X 189 Nr 118: der Eigenthümer klagt, dass der Leibzüchter den Acker, den er zu Leibgeding habe, nicht „wesenlich und baulich" halte, sondern Steine daraus breche und einen Steinbruch daraus mache. Antwort: er habe nur daraus brechen lassen, was den Pflug irre. Urtheil: er soll den Acker ledig und müssig machen und keine Steine daraus brechen; nur so es sich begäbe, dass beim Ackern eine Platte irre oder enge, die mag er herausbrechen mit einer eisernen Stange.

[8] Ssp II 21 § 3.

[9] Ssp I 45 § 2. UB. Augsburg I Nr 242, s. oben S 77 Anm 18.

Viertes Kapitel.

Das Satzungsrecht.

§ 101. I. Begriff und Arten.

Satzung[1] ist die Bestellung eines Gutes als Haftobjectes für eine Verpflichtung. So allgemein diese Definition lautet und vorläufig bleiben mag, so enthält sie doch immerhin das wirklich juristische Motiv und bezeichnet sie die rechtliche Function des Rechtsgeschäftes und des durch sie begründeten dinglichen Rechtes: der rechtliche Kern des Verhältnisses ist der Begriff der Sicherung, der „Sicherheit" für Realisierung eines Anspruchs. Für den Rechtsbegriff an sich gleichgiltig ist es, ob der Schuldner selber diese Sicherheitsbestellung vornimmt oder ob sie der Gläubiger sich selbst verschafft; ebenso, ob die Sache dem Gläubiger in Besitz und Nutzung überantwortet wird oder nur zu diesem Zwecke gebunden in der Hand des Schuldners bleibt; weiter, ob die Nutzung des Gläubigers die Forderung amortisieren soll oder nicht; gleichfalls, ob die Sicherung ihr Ziel in Verfall der Sache an den Gläubiger oder in gerichtlichem Verkaufe derselben und Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlöse findet; endlich, ob die Forderung durch Inanspruchnahme des Pfandes getilgt wird oder das Pfand zur Strafe verfällt, ohne den Fortbestand der Verpflichtung zu berühren. Immer und überall ist das juristische Princip Verschaffung eines Haftobjects für einen Anspruch. Darum die älteste Bezeichnung für dieses Haftobject dasselbe Wort wadium, wadia, guadia, gage, welches auf widan, binden, festmachen, zurückführend alle Sicherheit für Ansprüche umfasst und daher sowohl Bürgschaft als Pfand begreift, wie überhaupt dem Pfand- und dem Bürgschaftsrechte eine gleiche Behandlung und Durchführung zu Theil geworden ist, soweit es sich um Rechtssätze gehandelt hat, welche gleichmässige Normierung ge-

[1] Sattunge, Sazzunge Ssp III 5 § 5, Trad. Garst. Nr 206 (UB. des Landes ob der Enns I 185); settinghe, sazze Henneberg. UB. I Nr 46; sate, satz, obligatio Mon. Bo. XI 21, C. d. Anhalt. II Nr 91, Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1707, Hist. Fris. II Nr 41; ursatz v. Wyss, Abtei Zürich Nr 207; pfant Mone, Z VI 359; wadium NR. UB. I Nr 438; vadimonium Mon. Bo. X 29, MR. UB. I Nr 559; pignus UB. St. Gallen Nr 490, Guden, Cod. dipl. I Nr 237; weddeschat Hamb. Stadtr. 1270 I 7, Lüb. Recht (Hach) Cod. II 146. Verba: setzen, bekümmern Gosl. Stat. 25, 18.

statten (principale Haftbarkeit u. dgl.), und in den ältesten Formeln (Rozière Nr 371—376), welche Verpfändungen betreffen, neben einander Grundstücke und Uebernahme von Dienstleistungen behufs Abverdienen der Schuld als Pfandschatz erscheinen.

Satzung und Satzungsrecht (Pfandrecht) ist Rechtsinstitut durch den ihm immanenten Begriff der Sicherung, der Garantie, nach Grund und Zweck: was eigentlich identisch ist, denn Zweck ist der vorgestellte Grund, der den Handelnden zu der Willensentscheidung treibt. Kraft dieses rechtlichen Grundes und Zweckes ist auch der Rechtsinhalt der Satzung immer nur der eine, den Gläubiger für seine Befriedigung auf die zu Pfand gesetzte Sache zu verweisen. Wie diese Befriedigung des gläubigerischen Anspruchs aus dem Pfande realisiert wird, kann wirthschaftlich betrachtet sehr verschieden sein, ist aber juristisch irrelevant, soweit nur Begriff und Wesen des Pfandrechts in Frage steht. Denn nur verschiedene wirthschaftliche Modalitäten des Pfandrechts sind es, wenn der Anspruch des Gläubigers durch die Nutzung des Pfandes allmählich getilgt werden soll (das sog. vifgage des französischen, die todsate des deutschen Rechtes), oder dem Gläubiger durch die Nutzung des Pfandes die Lösungssumme nicht geschmälert wird. Der einheitliche Begriff des Pfandrechts wird dadurch so wenig afficiert wie durch den Weg, auf welchem es entsteht (Selbsthilfe, richterliche Pfändung, vertragsmässige Einräumung)[2]. Wohl kann die Entstehung des Pfandrechts auf verschiedenen Gründen beruhen, so dass es mehrfache Begründungsarten dafür giebt, wie auch mehrfache Eigenthumserwerbsarten bestehen. Sprechen wir dem Eigenthum trotzdem einen einheitlichen Begriff nicht ab, so haben wir auch keinen Anlass, das Pfandrecht in verschiedene Rechtsinstitute aufzulösen. Selbst in der höchst abgeschwächten Form, in welcher die wadia nur noch als Scheinpfand, als Symbol der Deckung erscheint, verleugnet sie den Charakter einer Sicherung der Forderung nicht, indem der Schuldner auch diese (an sich werthlose) Sache auslösen muss, um nicht fortdauernd haften zu müssen; sie ist die rechtliche Deckung und Sicherung des Gläubigers, insofern als sie den formalen Beweis der Verpflichtung in sich trägt und dem Inhaber die Haftpflicht des Schuldners garantiert, der nicht frei aufathmen kann, so lange diese Deckung in Händen des Gläubigers ist.

Von einer andern Seite möchte man geneigt sein, den Begriff

[2] Anders Stobbe, Handbuch II 2. Aufl. S 293. Besonders v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht, der geradezu Pfändung und Satzung als zwei verschiedene Rechtsgebilde aus einander hält. Dagegen Franken, Das franz. Pfandrecht S 14.

der Sicherung eines Anspruchs für eine bestehende Verpflichtung als für das Satzungsgeschäft unwesentlich, ja unnöthig abzulehnen. Man trifft hie und da auf Fälle, wo ein Gut gesetzt wird, um ganz andere Zwecke zu erreichen, wo besonders der Erwerb des Pfandes für den Pfandgläubiger als das Principale, der eigentliche Zweck erscheint, dem zu Liebe erst Geld gegeben wird. Wenn sich die Stadt Lübeck, um in Holstein einen festen Platz für ihren Waarenverkehr zu gewinnen, vom Grafen Johann III. gegen eine Summe von 2500 Mark den Pfandbesitz der Stadt Segeberg einräumen lässt[3], soll hier noch von Pfandrecht, soll nicht eher von Kauf mit Resolutivbedingung gesprochen werden? Aber es kann doch nicht zweifelhaft sein, dass juristisch das Geschäft eine Satzung zur Sicherung der gegebenen Geldsumme ist, mag auch der Zweck, um dessentwillen es abgeschlossen wurde, von Haus aus ein anderer gewesen sein. Der umgekehrte Fall kommt sehr häufig vor: ein Gläubiger lässt sich zur Sicherung seiner Forderung ein Gut zu Lehn geben, das sog. Pfandlehn oder geliehene Satzung[4]. Hier handelt es sich juristisch nicht um Satzung, sondern das Rechtsgeschäft ist Belehnung und das dadurch erzeugte Rechtsinstitut Lehnrecht, obschon ein pfandrechtlicher Zweck sich dahinter verbirgt, und die Belehnung etwa nur gewählt ist, weil dem Schuldner, z. B. einer kirchlichen Anstalt, Verpfändung des Kirchenguts untersagt ist[5]. Was die Beziehung auf das Pfandrecht einzig darthut, ist die jeweilige Bestimmung der Leihebriefe, dass der Lehnsherr (der Verpfändende) das Gut in vereinbarter Frist durch Zahlung einer Summe lösen könne. Aber nach seiner rechtlichen Wirkung ist das Verhältnis ein rein lehnrechtliches, und darum sagt Ssp Lehnr. 55 § 8: gelegen sattunge dat n'is weder len noch sattunge, womit er dem unmittelbar Vorangegangenen gemäss aus-

---

[3] Pauli, Wieboldsrenten S 137.

[4] Nicht zu verwechseln mit der Lehnssatzung, welche Verpfändung eines Gutes im Landrechte ist, wie das oft vorkam: Westf. UB. (Wilmans) III Nr 323. 337. 356 u. s. f. Ueber die geliehene Satzung s. Homeyer II 2 S 345 f.; v. Meibom a. a. O. S 385.

[5] Beispiele: Westf. UB. (Wilmans) III Nr 913: Ego Henricus burgravius Alberoni bona V. contuli jure feodali in recompensatione XL marcarum, que bona si se facultas obtulerit, tribus annis transactis mihi patebunt redimenda. Mon. Bo. XXXVIII Nr 172: Fratres redditus in feodo tenent, salva nobis eosdem redditus pro CC libris potestate reemendi. Mon. Bo. XXXIII a Nr 80: Cum ego H. episcopus in CL libris domino H. essem obnoxius, quas ab eo mutuo acceperam, ipsum molendino in A. infeudavi, ob pecunie solutionem. Talem conditionem adjungens, ut si quando ego vel aliquis meorum successorum bona redimere voluerimus, quod super hoc liberam habeamus potestatem. Ebenso Nr 87.

drücken will, dass gelegene Satzung eigentlich ein Widerspruch sei und nur entweder die Satzungs- oder die Belehnungsform könne gewählt werden.

Die einzige juristisch erhebliche Unterscheidung der Satzung ist die in Verpfändung mit Uebergabe des Gutes in die Gewere des Gläubigers und solche mit Verbleiben des Gutes in der Gewere des Schuldners. Nach dem Vorgange Albrechts nennt man diese zwei Arten die ältere und die neuere (jüngere) Satzung, weil man angenommen hat, dass die Satzung mit Gewere des Gläubigers die ursprünglich allein giltige Form gewesen sei und die Satzung mit fortdauernder Gewere des Schuldners erst in späterer Zeit sich gebildet habe. Daran wurden dann weitere Unterscheidungen geknüpft: die ältere Satzung sollte Uebergabe des Gutes zu Nutzungsrecht, die neuere Uebergabe des Gutes zu Executionsrecht gewesen sein, jene auf Fruchtgenuss, nicht auf Tilgung einer Capitalforderung gerichtet, diese Anweisung von Executionsgegenständen. Weiter sagte man etwa: die ältere Satzung sei die Satzung des Landrechtes und des gebundenen landrechtlichen Verkehrs, die neuere die Satzung des Stadtrechts und der Mobilisierung der Grundstücke. Das alles findet in den Quellen nicht die geringste Bestätigung. Die sog. neuere Satzung ist ebenso alt wie die sog. ältere Satzung, das durch sie begründete Pfandrecht realisiert sich ursprünglich so gut wie das durch ältere Satzung entstandene in Verfall des Pfandes, nicht in Versteigerung, und umgekehrt läuft in späterer Zeit die sog. ältere Satzung ebenso gut wie die „neuere" auf Versteigerung hinaus; endlich die neuere Satzung kommt auf dem Lande wie in den Städten gleich verbreitet vor. Ich ziehe vor, die Ausdrücke ältere und neuere Satzung gar nicht mehr zu gebrauchen, um alle an denselben klebenden Missverständnisse und Irrthümer zu vermeiden.

Ist aber gerade in dem wichtigen Punkte der Realisierung des Pfandrechts ursprünglich zwischen Satzung mit und ohne Gewere des Gläubigers kein Unterschied, so haben wir auch nach dieser Seite einen einheitlichen Begriff des Pfandrechts im deutschen Rechte. Und zwar können wir nun über den Eingangs aufgestellten allgemeinen Begriff einer Sicherung für einen Anspruch noch zu genauerer Definierung vorschreiten.

Die Pfandsicherung eines Anspruchs kann man sich in doppelter Weise denken, entweder als eine provisorische, seitens des Schuldners noch auslösbare Ersatzleistung (Verfallpfand), oder als eine eventuell vom Gläubiger in Anspruch zu nehmende und durch Versilberung zu realisierende Deckung (Verkaufspfand). Dort ist der Ausgangspunkt

das Baargeschäft, hier das Creditgeschäft, und wenn es auch vollkommen richtig ist, dass man aus rein dogmatischer Reflexion von beiden Seiten her zu gleichem Resultate bezüglich der Art der Realisierung des Pfandrechts kommen kann, so ist doch auch andererseits klar, dass im historischen Prozesse das Ausgehen vom Baargeschäft eher zu Verfallpfand, das vom Creditgeschäft zu Verkaufspfand führen wird, und zwar einfach darum, weil Verfall des Pfandes demjenigen wirthschaftlichen Zustande adäquat ist, in welchem das Baargeschäft vorherrscht, einem Zustande der Gebundenheit des Verkehrs an unmittelbar präsente Güter und also auch der Schwierigkeit eines Umsatzes des Pfandes in Geld, während Verkauf des Pfandes einem wirthschaftlichen Zustande sehr zusagt, der auf entwickelten Credit und (was immer damit zusammenhängt) Geldverkehr basiert ist. Nun hat aber das Pfandrecht des deutschen Mittelalters seinen Ausgang vom Baargeschäft aus genommen, nicht von dem noch unentwickelten Creditgeschäft, und nur als Abschwächung des Baargeschäfts, nicht als Verstärkung des Creditgeschäfts gedacht können wir es verstehen. Denken wir uns in jene Zeit der Naturalwirthschaft hinein, so erwarten wir nicht Pfandversteigerung und Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlöse unter den Factoren zu finden, mit welchen man damals rechnete; damit war auch die Auffassung des Pfandrechts als eines Accessoriums der persönlichen Forderung nicht möglich, die Pfandgabe konnte nur als provisorische Baarleistung behandelt werden: der Gläubiger sollte jetzt sofort etwas erhalten, was ihm das Geschuldete direct und vollkommen ersetzte, dieses provisorisch Gegebene sollte, wenn der Schuldner es nicht löste, die definitive Leistung werden und bleiben. Das entspricht einzig dem mittelalterlichen Zustande des noch so mannigfach gebundenen Verkehrs: der Gläubiger will eine Sicherheit für seinen Anspruch nicht blos in der Form einer Anweisung auf ein Executionsobject, das er erst liquidieren muss, um sich aus dem Erlös zu befriedigen, sondern er will sofort eine Leistung, die ihm als directes Aequivalent für seine Leistung passt und ihn vollständig befriedigt.

Der Charakter des deutschen Pfandrechts besteht also darin, und die Pfandsatzung vollzieht sich dadurch, dass das Gut als Haftobject eingesetzt wird in der Meinung und in dem Sinne, eventuell als die ausschliessliche Befriedigung des Gläubigers zu dienen, falls der Schuldner das Gut nicht durch Erfüllung seiner principalen Pflicht zu lösen vermag. Aus unsern heutigen Anschauungen heraus sind wir leicht geneigt, das so auszudrücken: der Gläubiger sei nicht *berechtigt* gewesen, seine Forderung noch geltend zu machen, nur der Schuldner

habe die Befugnis gehabt, durch Zahlung der Schuld das Pfand zu lösen. Im Sinne der mittelalterlichen Anschauung aber müssten wir sagen: der Gläubiger war nicht verpflichtet, seine Forderung erst noch einzuklagen und den immer langwierigen und zweifelhaften Weg der Pfandbetreibung zu betreten, der Schuldner dagegen hatte die Pflicht, das Pfand als definitive Leistung in der Hand des Gläubigers zu lassen, wenn ihm die Lösung unmöglich war.

Von dieser Betrachtung aus erscheint auch v. Meiboms Unterscheidung der Satzung in Satzung als Strafgeding und Satzung als Tauschgeschäft unbegründet. Das Pfandgeschäft und das Pfandrecht ist in beiden Fällen das gleiche, verschieden ist nur die causa. Aber speciell die Auffassung der Satzung als eines Tauschgeschäftes ist nicht recht klar; es entspräche der eigenen Meinung v. Meiboms mehr, von Kaufgeschäft zu reden, denn es soll darin bestehen, „dass A. für 100 das Pfand, B. 100 für das Pfand erwerbe, also in einem zweiseitigen Vertrage, bei welchem die Hingabe von Geld als Leistung von der einen Seite und die Hingabe des Pfandes als Gegenleistung von der andern Seite in einem synallagmatischen Verhältnisse stehen" (S 266). Das heisst doch Kauf des Pfandes. Aber ist Kauf der verpfändeten Sache oder Kauf des Pfandrechtes oder ein Drittes gemeint? Wir erhalten darüber keinen Aufschluss, und das Verhältnis ist auf diesem Wege auch gar nicht zu construieren. Die Veranlassung zu dieser Formulierung lag darin, dass die Fortdauer der Forderung des Pfandnehmers als mit der Satzung unverträglich betrachtet wurde: der Gläubiger habe kein Forderungsrecht mehr, er habe das Pfand als Aequivalent für seine Leistung empfangen, folglich könne die Satzung nicht mehr als Sicherheitsbestellung für eine bestehende Forderung aufgefasst werden. Es wird dabei das eine übersehen, dass das Pfand nur ein eventuelles Aequivalent für die Leistung des Gläubigers, d. h. unter die Bedingung gestellt ist, dass die Zahlung der Schuld nicht erfolge. Das setzt aber gerade die Fortdauer des Forderungsrechtes des Gläubigers voraus, weil sich in dieser ganzen Zeit, da das Pfand noch nicht verfallen ist, das Recht des Gläubigers auf Innehaben des Pfandes nur durch seinen Forderungsanspruch an den Schuldner rechtfertigen und im Falle der Bestreitung vertheidigen lässt; einer Vindication des Verpfänders oder einer verfrühten oder unvollständigen Pfandlösung desselben kann er nichts anderes mit Erfolg entgegenstellen als den Inhalt seines Forderungsrechts. Dass er nicht selber auf Rückzahlung klagen kann, ändert daran nichts; er kann es nicht darum nicht, weil er kein Forderungsrecht mehr hat, sondern weil er schon die eventuelle Befriedigung in Händen hat, also nicht mehr

erlangen könnte, als was er provisorisch schon hat. Die Quellen lassen auch keinen Zweifel darüber, dass der Pfandgläubiger bis zum Verfalle des Pfandes ein Forderungsrecht hat, und die Sprachweise der Urkunden beruht auf dieser Voraussetzung als etwas Selbstverständlichem: Mon. Bo. XXXVII Nr 158 (v. J. 1199), Verpfändung eines Hauses hoc pacto, ut si secundo anno sors cum usuris non solveretur, extincta esset pignoris obligatio et creditores domum quiete possiderent.

II. Satzung mit Gewere des Gläubigers.

§ 102. A. Satzung und Verkauf auf Wiederkauf.

Die Satzung, von der hier die Rede ist, besteht darin, dass zur Sicherung und als eventuelle Befriedigung für eine vom Setzenden dem Pfandnehmer gegenüber eingegangene Verpflichtung ein Grundstück durch Uebergabe in Nutzung und Gewere des Gläubigers in Versatz gegeben wird. Je bestimmter dabei noch der Gesichtspunkt einer provisorischen Baarleistung obwaltet, desto weniger ist Raum auch nur für den leisesten Zweifel daran, dass der Pfandgläubiger dem Wesen des Geschäfts gemäss die Nutzung des Gutes zu beziehen habe. Es folgt für den Pfandinhaber die Nutzung naturnothwendig aus der Uebergabe des Guts in seinen Besitz.

Es ist von den neueren Bearbeitern der deutschen Pfandrechtslehre, v. Meibom, Sohm[1], namentlich Franken, das Verpfändungsgeschäft dahin bestimmt worden, dass nicht sowohl das Gut selbst, als vielmehr die Nutzung desselben als verpfändet erscheine, der Vertrag auf Uebertragung der Nutzung am Gute gerichtet sei. Sohm findet, die Satzung eines Grundstücks habe kein Mittel gewährt, die Capitalforderung zu befriedigen, sondern blos Fruchtgenuss, das Grundstück sei blos Rentenfonds, nicht Capital gewesen. Franken (S 3 f.) bemerkt, der Immobiliarverkehr habe in älterer Zeit nicht die Fähigkeit gehabt, den Grund und Boden dem Eigenthum nach in erheblichem Maasse umzutreiben; was er umtreibe, sei die Nutzung, die Rente, daher bei der Immobiliarsatzung die Nutzung als Creditunterlage diene u. s. w. Wieweit diesen Aeusserungen ein nationalökonomischer Werth zukomme, mag hier dahingestellt bleiben; was sie für die rechtliche Auffassung des Verpfändungsgeschäfts bedeuten sollen, bekenne ich nicht zu verstehen. Wo liegt das wirthschaftliche Hindernis zu Verpfändung des Gutes selbst, warum soll Grund und Boden

[1] Ueber Natur und Geschichte der modernen Hypothek, in Grünhuts Z V, bes. S 11 ff.

nur der Nutzung, nicht dem Eigenthum nach „umgetrieben" werden können? Es wurde doch genug Grund und Boden durch Verkauf „umgetrieben", und „die verhältnismässige Armuth an baarem Geld" beweist nichts, weil mit Vieh und andern Sachen gezahlt wurde, weil der Grund und Boden noch im Preise verhältnismässig niedrig stand, und weil, wo genug Geld oder Geldeswerth zu Darleihen vorhanden ist, auch genug zu Kauf da sein muss. Warum erhielt aber der Gläubiger die Nutzung des Gutes? Sicherlich nicht, weil die Nutzung das eigentliche Verkehrsobject war, sondern weil sie mit Naturnothwendigkeit sich für den Gläubiger aus der pfandweisen Ueberantwortung des Grundstückes ergab. Wurde einmal das Gut dem Gläubiger zu Pfand übergeben, so verstand es sich ohne weiteres von selbst, dass er die Nutzung bezog, aus dem einfachen Grunde, weil er ohne Nutzung keine Gewere, also auch kein dingliches Recht gehabt hätte, blos Verwalter des Guts gewesen wäre, das der Pfandschuldner also ihm jederzeit durch Verkauf hätte unter den Händen wegziehen können. Das Principale, das eigentlich Beabsichtigte war somit keineswegs Uebertragung der Nutzung auf den Gläubiger, sondern Verpfändung der Liegenschaft.

Bei dieser Sachlage ist höchstens die Frage so zu stellen: warum hielt man an dieser für den Pfandeigenthümer so strengen Form der Verpfändung fest und begnügte sich nicht allgemein mit der schon in älteste Zeit hinaufreichenden Form der Verpfändung ohne Uebertragung der Gewere auf den Gläubiger? Die Antwort darauf darf unbedenklich dahin gegeben werden: weil bei dem damaligen Stande des Creditwesens und der Schwerfälligkeit des Verkehrs überhaupt der Gläubiger für fällige oder doch unbedingt und sicher geschuldete Leistungen diese starke Sicherheit verlangte. Wir werden später sehen, dass Satzung ohne Gewere des Gläubigers vollkommen genügend erfunden war zur Sicherung von Verpflichtungen, bei denen es noch ungewiss war, ob sie je klagbar würden (Währschaftspflicht, Bürgschaftsverbindlichkeit); der Käufer einer Liegenschaft konnte vernünftigerweise nicht verlangen, dass ihm der Veräusserer zur Sicherung seiner, wahrscheinlich gar nicht zur Inanspruchnahme gelangenden Währschaftspflicht ein zweites Gut als Pfand in Gewere und Nutzung gebe. Aber wenn ein Gläubiger ein Darlehn gab oder eine verfallene Busse creditierte u. s. f., wollte er auch eine reelle Sicherheit haben und das Pfand sofort in seine Gewalt bekommen. Beati possidentes! hat es auch hier geheissen, und für die alten Zustände sehr natürlicher Weise.

Indem aber der Gläubiger sofort durch die Satzung das Pfand in seine Gewere, somit nicht nur in seine Nutzung, sondern auch in seine

Vertretung nach aussen erhält, nähert sich diese Form der Satzung einer andern Rechtsform, die im deutschen Mittelalter ausgebildet ist, dem Verkaufe auf Wiederkauf, so bedeutend, dass in der That ein juristischer Unterschied kaum mehr aufzufinden ist und man in der specifischen Satzung und dem Verkaufe auf Wiederkauf am liebsten zweierlei Formen eines und desselben Rechtsinstitutes sehen möchte. Es hat bis jetzt nicht recht gelingen wollen, wirkliche juristische Unterscheidungsmerkmale festzustellen, die rechtliche Function erscheint im wesentlichen bei beiden ebenso übereinstimmend wie der wirthschaftliche Zweck und Erfolg. Bemerken wir zunächst, wie sich die Quellen über die zwei Geschäfte ausdrücken.

Schon das alte Recht der fränkischen Periode weist diese Doppelerscheinung auf, und zwar hauptsächlich in Italien. Die langobardischen Urkunden bieten uns einerseits das pignus, das in pignum ponere, obligare[2], andererseits den bedingten Verkauf, und zwar in reinster Form so, dass Verkauf des Grundstücks unter Resolutivbedingung abgeschlossen wird, d. h. dass der Käufer bei rechtzeitiger Rückzahlung des Kaufpreises, der aber als Darlehen gedacht und sogar so bezeichnet ist, das Gut zurückzugeben verspricht, er und seine Rechtsnachfolger. Diese Form findet sich am deutlichsten in den toscanischen Urkunden, etwa Muratori, Antiq. Ital. III 1161: Ista venditionis carta nomine pignoris tali tenore facta est, quod qualicunque die ab hodie usque ad duos proximos annos A. (Pfandschuldner, bezw. Verkäufer) reddiderit fratribus (Käufern) solidos mille, tunc ista venditio et carta resolvatur, reddatur et nihil valeat.

Stellen wir nun dieser Formel eine möglichst reine Verpfändungsurkunde gegenüber, etwa Cod. Cav. I Nr 70: Ego M. in mutu accepit a te S. tremisse uno de dinari, unde posuit tibi in pigno terra mea in tali tinores, dum ipse aput nos detinueritus fuerit, terra in tua potistatem abendum; et quando nostro proprios abuero tremisse, habeamus potistatem ipso tollendum, unde ipsa terra cuique hobbligare debeamus, et si alicui dederimus et datum paruerit per unc scriptum trasabtibus in tuo ebeniat potistatem (in transactum habeas: das Pfand sei dir verfallen).

Zwischen diesen beiden äussersten Formen bewegen sich verschiedene Uebergangsgestaltungen, einmal die des Cart. Langob. Nr 9, die mehr den Charakter eines suspensiv bedingten Verkaufes hat: et si P. distulerit tibi in constituto pretium adimplere, tunc carta venditionis in suo maneat robore et facias tu dehinc in antea de terra

[2] Cod. Cav. I Nr 56. 69. 70. 73. 91. 147. 203, II Nr 316 u. a.

proprietario nomine quicquid volueritis. Sodann diejenige, welche auf Pfandbestellung, pignus, lautet, aber erklärt, bei Nichtzahlung des Darlehns in gesetzter Frist solle der Gläubiger das Pfand gleichwie verkauft behandeln; so Cod. Cav. I Nr 73: prestasti mihi tremisse uno in tali hordine, ut post annos quadtuor completos ipso tremisse bobis rendo; dafür Einräumung des Mitbesitzes am schuldnerischen Grundstücke mit dem Rechte auf Bezug von zwei Drittel der Früchte, wird aber nach Ablauf der vier Jahre das Darlehn nicht zurückbezahlt, so soll der Gläubiger Miteigenthum am Gute nach Verhältnis des Schuldbetrags haben per isto scriptu sicut per cartulam binditionis. Oder etwas anders Mem. di Lucca V b Nr 424: tunc (bei Nichtrückzahlung des Darlehns) vobis abeatis res in transacto tamquam si vobis eam per cartulam venumdata abuissemus[3].

Bei dieser Sachlage kann von zwei verschiedenen Rechtsgeschäften nicht wohl die Rede sein, die Satzung ist geradezu als bedingter Verkauf gedacht, d. h. man construierte sich den Verfall des Pfandes von Anfang an als Verkauf.

Dieselbe Erscheinung wiederholt sich nun im späteren Mittelalter auf deutschem Boden: Satzung und Verkauf auf Wiederkauf gehen in mannigfachster Weise in einander über. Das Befremdliche, das man in dieser Doppelgestaltung erblickt hat, wird nicht dadurch gehoben, dass man den Verkauf auf Wiederkauf schlechtweg als missverständlichen Ausdruck für den soeben im langobardischen Rechte vorgefundenen bedingten Verkauf (von Brunner ungenau bedingte Investitur genannt) erklärt[4], denn damit ist die Schwierigkeit nicht gehoben, sie wäre nur um vier Jahrhunderte zurück verlegt. Ebenso wenig ist etwas erreicht mit den Ausdrücken Nutzungs- und Proprietätspfand[5], weil damit nur Rubriken gegeben sind, die selber erst müssen mit einem Inhalt ausgestattet werden, wo dann der Versuch, die juristische Verschiedenheit zu ergründen, doch wieder von vorne anfangen müsste. Endlich die Unterscheidung von Nutzungs- und Verfallpfand, die man etwa auch gemacht hat, würde nicht sowohl auf unsern Gegensatz, als auf den von vifgage und mortgage, todsate und gewöhnliche Satzung passen. Das Richtige ist auch hier, dass die Satzung selbst ihrem eigentlichen Wesen nach ein bedingter Ver-

[3] „Habeatis in transacto passt eigentlich nur für das Verfallpfand, nicht für das Verkaufspfand": Brunner, in Goldschmidts Z f. HR XXII 545 Anm 1. Daselbst noch andere auf unsere Frage bezügliche Urkunden und Bemerkungen.

[4] Franken, Franz. Pfandr. S 180 f., unter Billigung Brunners, Zur RG der Urk. S 193 f.

[5] Franken a. a. O. S 207 u. öfter.

kauf ist. Der Beweis hiefür liegt darin, dass auch wo ein reines Satzungsgeschäft vorliegt, dem Schuldner die reemtio, reemendi facultas, also das Wiederkaufsrecht vorbehalten wird[6].

Der in der Litteratur oft geltend gemachte Unterschied zwischen Satzung und Verkauf auf Wiederkauf soll darin bestehen[7], dass bei letzterem sofort das Eigenthum auf den Käufer überging, bei ersterer dagegen der Gläubiger sich bewusst blieb, eine fremde Sache zu besitzen, womit die schon erwähnte Rubrik Frankens von Nutzungs- und Proprietätspfand oder der Satz von Brunner[8], dass entweder das Eigenthum oder nur die Nutzung des Grundstücks zur Sicherstellung des Gläubigers dienen soll, übereinstimmt. Hiegegen ist zu bemerken, dass das nur ein Nothbehelf moderner Ausdrucksweise ist, dass es aber nicht im Sinne des deutschen Rechtes gedacht scheint und im Mittelalter kaum verständlich gewesen wäre, und zwar aus folgendem Grunde. Bei Verkauf auf Wiederkauf wird das Gut von dem Verkäufer nicht aufgelassen, was nach der in § 93 gegebenen Erklärung der Auflassung nicht mehr befremden kann, im Gegentheil selbstverständlich sein muss, weil der Verkäufer eben keineswegs alles sein Recht auf das Gut verwerfen wollte, vielmehr sich den „Anfall" noch vorbehielt[9]. Dann aber ergiebt sich auch ebenso nothwendig,

---

[6] Hier eine kleine Auswahl von Urkunden. Mon. Bo. XXXVII Nr 92: invadiamus molendinum pro X marcis a nobis redimendum. Das. Nr 102: predia in pignore posuit pro CXXXVI marcis, eo pacto, ut soluta pecunia a nobis redimerentur. Ebenso das. Nr 216. 472, XXXVIII Nr 252. Hist. Frising. II Nr 41: possessiones mihi obligate pro quinquaginta marcis redimende. Das. Nr 13. 19. 20 u. öfter. Würdtwein, Subs. dipl. VI Nr 135, VI Nr 88: das Domstift Mainz verkauft an die Brüder von Brunbach eine Burg zu Wiederkauf um 1600 Gulden; und sie wollen uns das Schloss und was ihnen damit versetzt ist, wieder zu kaufen geben auf unser Begehren. Reg. Westf. (Erhard) II Nr 567: impignorant decimam; terminus ad redimendam decimam prefixus est tali pactione, ut si eo termino decimam non redimerent, fructus inde emergens creditoribus in libera possessione permaneat. Westf. UB. (Wilmans) III Nr 202. 1712 u. öfter. Hoyer UB. I Nr 31. NR. UB. I Nr 438: in wadium suscepi . . . si quandoque redimeretur. Das. Nr 455. Henneb. UB. I Nr 37. 46. Verkauf auf Wiederkauf, wo eigentlich Satzung gemeint ist: Mon. Bo. XXXVIII Nr 79.

[7] So Stobbe, Handbuch II 2. Aufl. S 299.

[8] Zur Rechtsgeschichte der Urk. S 193.

[9] Beweis des Mangels der Auflassung z. B. Mon. Bo. IX 125 Nr 38, IX 137, X 101; Henneb. UB. I Nr 145. 146, vgl. mit 147. Ferner die Urk. bei Platner, Der Wiederkauf, in Z f. RG IV 154 Anm 133, und viele andere Beispiele in allen Urkundensammlungen. Ausnahme vielleicht, obschon schwerlich: Pauli, Abh. aus d. lüb. Recht I 106 Anm 167; UB. der Stadt Halberstadt I Nr 25. Dagegen nicht: Michelsen III 39 bei Platner S 154 Anm 132, weil da der Wiederkauf nicht den Verkäufern, sondern Dritten vom Käufer eingeräumt wird. Wenn Platner

dass der Rechtsakt, durch welchen der Schuldner das Gut dem Gläubiger zu Pfand giebt, und der, durch welchen der Verkäufer die Sache an den Käufer unter Wiederkaufsvorbehalt tradiert, juristisch der gleiche ist, nämlich die Sale, gave. Und wie der Pfandgeber gegen Jedermann, der ihm die Sache unrechtmässig vorenthält, wenn er ordnungsmässig die Lösung anbietet, dinglich zu klagen berechtigt ist, so hat auch der Verkäufer auf Wiederkauf, weil er nicht durch resignatio auf alles Recht am Gute verzichtet hat, immer noch den dinglichen Griff auf das Gut[10].

Auch bezüglich des definitiven Eigenthumserwerbes am Pfande durch den Gläubiger stehen sich Satzung und Verkauf auf Wiederkauf gleich. Es finden sich nämlich für beide Fälle zwei Formen, durch welche der definitive Verfall des Guts an den Gläubiger bewirkt wird. Die eine Form ist die umständlichere, vollere und wohl in Deutschland ältere, wonach mit Ablauf der gesetzten Lösungsfrist und Unmöglichkeit der Lösung, bezw. des Wiederkaufes, noch eine förmliche Auflassung stattfindet und so der Eigenthumserwerb des Gläubigers definitiv vollendet ist[11]. Häufiger ist aber im Mittelalter

---

trotzdem in dem Verkauf auf Wiederkauf einen Verkauf sieht, bei welchem der Verkäufer kein dingliches Recht an dem Gute mehr hat, weil er gänzlich auf das Gut verzichtet habe, so ist das eine contradictio in adjecto. Die Erklärung des Umstandes, dass der Verkäufer dennoch gegen jeden Dritten die dingliche Klage auf das Gut hat, ist dann unmöglich, denn wer wird sich mit dem Grunde von Platner befriedigen (S 149), dass der erste Käufer dem zweiten die Verpflichtung, das Gut an den wiederkaufenden Verkäufer herauszugeben, überbunden habe, bezw. diese Verpflichtung durch Uebergabe des ersten Kaufbriefs an den zweiten Käufer auch auf diesen übergegangen sei? Wenn aber der erste Käufer dem zweiten diese Verpflichtung nicht überband und ihm den ersten Kaufbrief nicht aushändigte? wie dann? Der erste Verkäufer hatte dann trotzdem Wiederkaufsrecht und dingliche Klage auf das Gut.

[10] Andererseits ist auch etwa bei reiner Satzung von Uebergabe zu Eigenthum und Rückfall des Eigenthums die Rede, UB. der Stadt Halberstadt I Nr 17: proprietatem bonorum Gozwino ad quinquennium obligarunt, decursis his annis si pecuniam solvere voluerint, ad ipsorum utilitatem proprietas revertatur.

[11] So bei Satzung, C. d. Anhalt. I Nr 166: Predium meum abbati pro C marcis exposui et statuto die cum memorata pecunia solvere proposui. Cum vero prefixus dies advenisset et abbas argentum mihi dudum datum requisisset, minime illud recompensare valens predium abbati in perpetuam possessionis institutam obtuli. Auch so in Kölner Schreinsurkunden, wo freilich hie und da zweifelhaft sein kann, ob Satzung mit Gewere des Gläubigers gemeint ist, vgl. in der Ausg. von Höniger 5 I 5. 6. 9 u. ff., 5 II 12: Hermannus et liberi sui exposuerunt Herbordo domum pro L marcis de pentecosten ultra annum. Si tunc non solverit, Herbordus in proprietatem inducatur; si vero Hermanno placuerit, quod infra annum istum Herbordo domum liberam dimittat, Herbordus ei XI marcas dabit et domum

die andere Form, wonach verabredet wird, dass sofort mit Ablauf des für die Lösung bestimmten Termins das Gut dem Gläubiger zu vollem Eigenthum gehören solle vom Tage der Verpfändung an zu zählen, exnunc prout extunc[12]; einer neuen Auflassung bedarf es nicht mehr, sie ist schon hier bedingt vollzogen.

Ein Unterschied zwischen reinen Verpfändungs- und Wiederkaufsurkunden ist allerdings zu bemerken: in jenen fehlt regelmässig[13] die Einräumung des Veräusserungsrechtes, das Gut wird blos gegeben „zu haben und zu niessen, habendum et fruendum", mehr nicht. Dagegen bei Verkauf auf Wiederkauf wird eingeräumt das jus utendi fruendi, locandi substituendi, vendendi seu quovis alio modo ordinandi usque ad dictum terminum, oder die libera potestas bona in quascunque personas transferendi u. dgl.[14].

Somit bot sich die reine Satzung als für diejenigen Fälle besonders geeignet dar, wo es dem Gläubiger nicht darum zu thun war, wieder zu seinem Gelde zu kommen, vielmehr das Behalten des Pfandes ihm ausschliesslich zu Sinne stand, während er die Form des Verkaufes auf Wiederkauf vorziehen mochte, wo ihm daran gelegen war, sich die Möglichkeit jederzeitiger Wiedergewinnung des gezahlten Capitals zu sichern, was dann, weil Aufkündung gegen den Schuldner nicht anging, durch Einräumung des Verkaufsrechts erreicht wurde. Wenn also z. B. ein Fürst von einem andern sich eine Herrschaft, der Rath einer Stadt sich von dem Bischof das Schultheissenamt, den Stadtzoll u. s. f. verpfänden liess, so geschah das nicht in der Form des Verkaufs auf Wiederkauf, weil es dem Fürsten oder dem Rathe

---

propriam habebit. Bei Verkauf auf Wiederkauf: Verzicht mit Hand und Halm auf Wiederkauf, Henneb. UB. III 205; Platner a. a. O. S 143. 158 Anm 145.

[12] Bei Satzung: Mon. Bo. XXXVII Nr 158, oben § 101 a. E. Henneb. UB. I Nr 47: si infra duos annos non redemerimus, castrum ad manus eorum proprietatis jure libere divolvetur. Mon. Bo. XXXVIII Nr 55: zwei Eheleute nomine pignoris obligant drei Jucharten Weinberges, der Pfandgläubiger soll den Wein verkaufen und den Erlös auf die Pfandsumme verrechnen; ist durch den Erlös der nächsten zwei Jahre die Schuld nicht getilgt, so giebt er den Verpfändern noch vier Pfund et in posterum tria jugera titulo emtionis pleno jure proprietario cum pleno rerum dominio, quod exnunc sicut extunc in eum transferimus, libere possidebit. Aehnlich das. Nr 252. 275. Bei Verkauf auf Wiederkauf Henneb. UB. I Nr 153: anno transacto mansus ad ecclesiam perpetuo pertinebit.

[13] Ausnahmen bei v. Meibom a. a. O. S 348. Auch Guden, Sylloge S 101: cum eadem bona Heinricus obligasset pro octo talentis Cunrado de Steinahen, et rursus idem Cunradus obligasset ea pro octo talentis Ludewico de Heidelberg.

[14] Mon. Bo. XXXIII a Nr 91; das. XXXVIII Nr 2. Auch bei Platner a. a. O. S 145 f.

nicht einfiel, das Pfand je verkaufen zu wollen, im Gegentheil seine eifrigste Sorge auf Bewahrung der Sache gerichtet war. Dagegen wenn es einem Gläubiger wünschenswerth erscheinen mochte, etwa für den Fall, dass der Schuldner die Lösung zu lange verzögere, sich das Capital wieder verschaffen zu können, so zog er den Verkauf auf Wiederkauf vor[15]. Damit ist kein durchgreifender juristischer Unterschied begründet, es sind das solche Modalitäten, wie sie vielfach im Rechte vorkommen, ohne deswegen das Rechtsinstitut selbst stark zu afficieren. So lassen es die römischen Juristen beim Kaufe auf Besicht, auf Gefallen, zweifelhaft und von den begleitenden Umständen abhängig sein, ob es Kauf unter Suspensiv- oder unter Resolutivbedingung sei. Aehnlich entstehen in unserer Frage aus der im Vordergrunde stehenden Absicht der Parteien verschiedene Modalitäten, welche nur die Oberfläche des Rechtsinstituts berühren, die äussere Form beeinflussen, das eigentliche Wesen desselben aber unangetastet lassen.

§ 103. B. Inhalt des Satzungsrechtes.

Das Satzungsrecht wird begründet durch die Uebergabe des Pfandes an den Gläubiger, diese Uebergabe ist die uns von früher her bekannte traditio oder Sale, wie denn auch die Ausdrücke offerre, assignare, delegare ununterschieden für Eigenthumsübertragung und Pfandbestellung gebraucht werden. Auch die gerichtliche Fertigung ist für Begründung des Pfandrechts gegenüber Dritten (im Sinne des § 96) erforderlich[1].

Jedoch muss zum Ueberflusse wiederholt werden, dass bei Satzung keine Auflassung stattfindet, und dass man sich daher nicht so ausdrücken darf, der Setzende vollziehe die Satzung durch Auflassung des Gutes an den Gläubiger. Es folgt das schon mit Nothwendigkeit aus dem oben festgestellten Begriffe des Auflassens, resignare. Könnte noch ein Zweifel sein, so würde er gehoben durch die Thatsache, dass die Urkunden bei Satzung nie von resignare reden, die Statuten immer setzen und auflassen in Gegensatz stellen, jenes für Pfandrechtsbegründung, dieses für Eigenthumsübertragung[2], die Grund-

---

[15] Solche Motive mögen in den paar Beispielen bei Homeyer, Ssp II 2 S 347 f., v. Meibom S 360 Anm 312, Stobbe, Handbuch II 2. Aufl. S 300 Anm 16 dazu veranlasst haben, ein ursprünglich als Satzung abgeschlossenes Geschäft in Verkauf auf Wiederkauf zu verwandeln. Der Gläubiger wollte sein Geld wieder haben, der Schuldner konnte es nicht beschaffen, das Interesse beider Parteien wurde durch diese Umwandlung gewahrt.

[1] Ssp I 8 § 1. Ssp Lehnr. 55 § 8.

[2] Bremer Stat. 1303 Art. 19 u. 23 (Oelrichs S 75 u. 78): setten wicbelethe

bücher in libri resignationum und libri impignorationum geschieden sind, und bei Verkauf regelmässig steht: coram consulibus resignavit, was bei Verpfändungen ebenso grundsätzlich fehlt[3].

Auch für Satzung ist Erbenconsens nöthig[4], daher auch Retractrecht der Erben später oft zugelassen[5].

Wird die Satzung gerichtlich gefertigt, so muss auch eine rechte Gewere des Gläubigers entstehen, in dem Sinne, dass er sich nach ruhigem Besitze von Jahr und Tag nicht mehr auf eine Prüfung der Rechtmässigkeit seines Pfanderwerbs einzulassen braucht[6].

Verschiedene Modalitäten des Satzungsvertrags, die besonders häufig in den Pfandurkunden vorkommen, seien hier noch kurz erwähnt.

1. Es ist ein bestimmter Lösungstermin gesetzt oder die Lösung unterminiert gestattet. Im ersten Falle hat der Ablauf des Termins die Wirkung, dass der Gläubiger und nunmehrige Eigenthümer dem Schuldner, der die Lösung erst nachher anbietet, die Rückgabe versagen kann.

2. Oft ist vorgeschrieben, dass der Schuldner nur mit eigenem Gelde lösen darf[7]. Es erscheint gegen die gute Treue, dass der Schuldner das Lösungsrecht mit andern Mitteln als den seinigen bewirke, in Folge dessen er sofort das Gut wieder verpfänden muss. Es zeigt sich hierin recht die enge Verwandtschaft von Satzung und Verkauf auf Wiederkauf.

3. Der Gläubiger bezieht die Nutzung des Gutes, ohne sie auf das Capital anrechnen zu müssen, oder die Nutzung soll das Capital

---

vor dhen ratmannen, dagegen Art. 20. 24 (Oelrichs S 76 u. 78): uplaten binnen ver benken für Eigenthumsübertragung. Ebenso Lüb. Recht II 36, III 53. 159, bes. II 23 u. 24; Hamb. Stadtr. 1270 I 6 u. 13.

[3] Pauli, Lüb. Zustände im MA, I UB. Nr 14. 15 a. b. d. g. k. l. n. 26 bis 28 u. s. f. sind resignationes, Nr 44. 63. 78. 81. 82 u. s. f. Verpfändungen. Kieler Stadtbuch (Hasse) auf jeder Seite. Wismar, bei Burmeister, Alterthümer, z. B. S 27 f. (Kauf), S 33 (Pfand). Stralsund, Stadtbuch (Fabricius) S 4 ff. resignare bei Verkauf, inwadiare bei Verpfändung.

[4] Magd. Fr. I 12, 8. Goslar. Stat. 26, 37 ff. und andere Beispiele bei Lewis, Succession des Erben S 45.

[5] Goslar. Stat. 23, 10. Verm. Ssp II 4, 15. Wasserschleben I 156 c. 20. v. Meibom a. a. O. S 268 Anm 11.

[6] Berner Handveste 1218 Art. 22. Landfrieden 1281 § 16 bei Zöpfl, Rechtsalterthümer II 313.

[7] Schon früh, Cod. Cav. I Nr 70: et quando nostro propios abuero ipso tremisse, non dalios homines, habeamus potestatem ipso tollendum. Nr 95 ebenso. Später z. B. Würdtwein, Subs. dipl. V 157. Dagegen Trouillat I Nr 321: ein Kloster löst ein Gut, das der Schenker verpfändet gehabt hatte.

amortisieren. Im ersten Falle ist das Pfand ein „unabniessendes", im zweiten ein abniessendes, auch Todsatzung genannt, d. h. die Schuld tödtendes, tilgendes Pfand, vifgage bei den Franzosen, d. h. das Pfand wird frei und ledig, lebendig[8]. Das unabniessende Pfand, das mortgage des französischen Rechts, ist das ursprüngliche und dem Wesen des Satzungsgeschäfts anfangs am besten entsprechende. Dass die Nutzung dem Gläubiger zufiel, war die nothwendige Consequenz der Uebergabe des Guts in seine Gewere, anders war eine dem Gläubiger genügende Sicherheit für fällige Ansprüche nicht zu beschaffen, und so musste sich der Schuldner diesem drückenden Creditmittel eben unterwerfen, wenn er überhaupt Credit finden wollte. Später, als der Verkehr beweglicher wurde, trat erst der Gedanke hervor, dass unter Umständen und je nach Lage der Dinge der Credit auf diesem Wege zu theuer erkauft werde und dass die Amortisation des Capitals durch die Nutzung gerechtfertigt sein könne. Das blieb anfangs der Vereinbarung der Parteien überlassen; das abniessende Pfand wurde nicht mit einem Schlage zum Rechtsprincip erhoben, wodurch das unabniessende verdrängt wäre; im einzelnen Falle entschieden die thatsächlichen Verhältnisse. Erst später, als die Satzung ohne Gewere des Gläubigers ihr Geltungsgebiet ausdehnte, wurde das unabniessende Pfand als wucherlich erachtet und mehr und mehr eingeengt und schliesslich ganz verdrängt. Das alte Recht hätte diese Auffassung gar nicht verstanden, weil eben das Pfand eventuell verkauft und der Gläubiger damit von vorneherein abgefunden war, daher er auch alle Gefahr der Sache trug und alle Reparaturen, Unterhaltungskosten u. s. f. zu seinen Lasten waren[9].

§ 104. III. Satzung ohne Gewere des Gläubigers.

Neben der Satzung, durch welche der Gläubiger das Gut in Gewere und Nutzung erhält, finden wir eine solche, bei welcher Nutzung und Gewere dem Verpfändenden bleibt. Die herrschende Ansicht geht dahin, 1. dass diese zweite Form ein Erzeugnis späterer Rechtsbildung sei, 2. dass sie ein inhaltlich anderes, von der sog. älteren Satzung verschiedenes Rechtsgeschäft zum Ausdruck bringe, daher auch juristisch eine andere Function erfülle. Ich halte beides für unbegründet. Diese Satzung ohne Uebertragung der Gewere ist schon

---

[8] Unabniessendes Pfand z. B. Mone, Z VI 359; Trouillat I Nr 461. Abniessendes: Mon. Bo. XXXVII Nr 461; NR. UB. I Nr 452; Trouillat I Nr 446: fructus percepti sorti adaequati.

[9] v. Meibom a. a. O. S 375.

gleichzeitig mit der anderen in den älteren Quellen nachweisbar[1] und dient hauptsächlich dem Zwecke, eine noch ungewisse Forderung (aus Nachwährschaft, Bürgschaft u. s. f.) sicher zu stellen. In dieser letzteren Hinsicht erfüllt sie allerdings eine von der sog. älteren Satzung verschiedene Aufgabe, aber man kann nicht sagen, eine verschiedene juristische Function. Rechtlich bleibt sie doch dasselbe Institut. Und so übereinstimmend auch die moderne Doctrin lehrt, dass es völlig verschiedene Rechtsgeschäfte seien, so zerfahren zeigt sie sich sofort, wenn sie den Gegensatz angeben soll, und namentlich auffallend ist, dass immer disparate Glieder als Gegensätze aufgestellt sind. So in der Theorie v. Meiboms, welche bei Sohm[2] nur anders formuliert, inhaltlich übereinstimmend ist und auch bei Stobbe[3] der Sache nach wiederkehrt: Tauschgeschäft und Anweisung von Executionsgegenständen (v. Meibom); Uebergabe zu Nutzungsrecht und Uebergabe zu Executionsrecht (Sohm); Aequivalent für die entzogene Nutzung seines Geldes und Anweisung eines Executionsobjectes (Stobbe). Disparat sind diese Gegensätze, weil, wie schon Franken[4] bemerkt hat, das eine Mal ein wirthschaftlicher, das andere Mal ein prozessualischer Gesichtspunkt hervorgekehrt ist; logisch richtige Gegensätze aber müssen sich auf derselben Basis bewegen, also etwa: Verpfändung der Nutzung und Verpfändung der Sache selbst, oder Anweisung eines Aequivalents für die Forderung (Verfallpfand) und Anweisung eines Executionsobjectes (Verkaufspfand). Der erstere Gegensatz hat sich uns schon in § 102 als unrichtig ergeben, und der zweite trifft nicht zu, weil auch bei der sog. neueren Satzung das Pfand ursprünglich Verfallpfand ist.

Ganz anderswo finden Franken und Brunner[5] den Gegensatz. Die sog. neuere Satzung soll eine aus der missio in bannum hervorgegangene amtsrechtliche Verpfändungsform sein: der Gerichtsbann sei die Wurzel der Immobiliarexecution und damit der neueren Satzung. Die Meinung scheint zu sein, dass mit der Frönung des Gutes für

---

[1] Darauf, dass nach Pauli, Abhandlungen aus dem lüb. Recht IV 134 in Lübeck die sog. neuere Satzung urkundlich früher nachweisbar ist als die sog. ältere, lege ich kein Gewicht. Das kann zufällig sein, um so mehr, als das erste namhaft gemachte Beispiel von 1262 datiert, also aus einer Zeit, die in der Gesammtentwicklung des deutschen Rechts nicht mehr eine frühe ist.

[2] In Grünhuts Zeitschrift V 11 f.

[3] Handbuch II 2. Aufl. S 305.

[4] Französisches Pfandrecht S 2 Anm 1.

[5] Franken, Franz. Pfandrecht S 7; Brunner, Zur Rechtsgeschichte der Urk. S 194 Anm 4.

Schulden und der Zwangsversteigerung erst die neuere Satzung möglich geworden sei. Aber ein Zusammenhang zwischen beiden besteht nicht, die sog. neuere Satzung ist zuerst aufgetreten mit demselben Ziele und Zwecke wie die ältere Satzung, als Verfallpfand wie diese. Und selbst wenn der sog. neueren Satzung wesentlich wäre, dass sie nur durch richterliche Execution auf das Pfandobject und Zwangsversteigerung realisiert werden könnte — was aber nicht der Fall ist —, so wäre sie damit nicht ein anderes Institut als die sog. ältere Satzung, weil ja auch bei dieser das Pfandobject der Zwangsversteigerung konnte unterworfen werden und auch oft unterworfen worden ist.

Satzung mit Einräumung der Gewere an den Gläubiger und Satzung ohne Uebertragung der Gewere verhalten sich zu einander wie traditiones a die praesente und traditiones post obitum. Wie diese beiden juristisch nach Wesen und Inhalt das gleiche Rechtsgeschäft sind, so erzeigen sich auch jene beiden Arten der Satzung als dasselbe.

Schon im langobardischen Recht ist die Analogie zwischen donatio post obitum und Verpfändung ohne Uebertragung der Gewere deutlich zu sehen. Wie der Schenker per hanc cartam offert ut post meum obitum omnia in vestra sint potestate, sed dum Deus mihi vitam dederit, omnia in mea sint potestate[6], so verpfändet der Schuldner terra mea ubi residentes fui, ut tollere vobis liceat per adpretiatum de quantum exinde uxor mea vobis tulerit, et firmiter habeatis per ista cartula et supradictam obligationem[7]. Und wie mit der sog. älteren Satzung der Verkauf auf Wiederkauf concurriert, so mit dieser sog. neueren ein bedingter Verkauf, der das Grundstück in Nutzung und Gewere des Verkäufers belässt; es soll nur verkauft sein im Falle der Nichthaltung der übernommenen Verpflichtung: wenn die Ehefrau des Verkäufers das verkaufte Grundstück kraft ihres Morgengaberechtes dem Käufer schmälern sollte, so mag der Käufer das beim Verkäufer zurückgebliebene Gut angreifen, um sich darauf zu erholen, et semper ipso habeatis per ista (die jetzt ausgestellte) carta[8].

Auch in Deutschland bildet sich die Satzung ohne Uebertragung der Gewere Hand in Hand mit den Vergabungen von Todeswegen aus,

---

[6] Cod. Cav. I Nr 77. 89. 96.

[7] Cod. Cav. I Nr 124; d. h. bei Verkauf eines Gutes wird ein anderes Grundstück dafür eingesetzt, dass die Ehefrau des Verkäufers an jenem verkauften ersten Gute ihre Morgengabequart nicht beanspruche. Geschieht letzteres, so macht der Käufer auf dem ihm eingesetzten Gut sein Pfandrecht geltend durch Wegnahme von ebensoviel, als ihm die Frau vom ersten Gute entzogen hat.

[8] Cod. Cav. I Nr 88. 98. Brunner in Goldschmidts Z f. HR XXII 543.

indem sie bezüglich ihrer Bestellung den Formen folgt, in welchen die Eigenthumsübertragung auf den Todesfall sich vollzieht.

Im sächsischen Landrechte war die Vergabung von Todeswegen in der Form nothwendig, dass der Bedachte, wenn er nicht geradezu das Gut während Jahr und Tag in seine ledigliche Gewere nahm, doch sich durch Zinsbestellung eine Gewere einräumen liess. Die Magdeburger Schöffenpraxis dagegen gab diese Zinsbestellung als unwesentlich auf und damit die Gewere des Bedachten, liess aber doch durch Ablauf von Jahr und Tag seit der gerichtlichen Auflassung die Wirkung der rechten Gewere eintreten. Es stand nichts entgegen, in den dazu geeigneten Fällen bei Satzung die gleichen Grundsätze anzuwenden, also eine Satzung ohne Gewere des Gläubigers zuzulassen. In diesem Sinne glaube ich die merkwürdige, so vielfach interpretierte Entscheidung der Magd. Fr. I 6, 8 erklären zu dürfen. Es hatte einer dem andern in gehegtem Ding sein Gut versetzt und war im Besitze desselben geblieben. Später wollte der Gläubiger das Gut an sich ziehen und berief sich auf rechte Gewere, der Schuldner und Inhaber des Guts aber bestritt seine Gewere und sein Besitzergreifungsrecht; das Gericht entschied: „Wirt eyme eyn erbe vor gerichte gesaczt, der hat eyne rechte gewere doran, unde man sal yn von rechtis weyn doryn wyszen.“ Ich möchte diesen Spruch nicht als Zeugnis eines späteren Rechtszustandes ansehen[9], sondern darin noch den Ausdruck einer älteren Anschauung erblicken, wo man sich noch nicht davon emancipiert hatte, den Effect der rechten Gewere nur bei wirklichem Besitz von Jahr und Tag eintreten zu lassen, und darum dem Gläubiger der gerichtlichen Fertigung zu Liebe Besitz und rechte Gewere zusprach, obschon er in Wirklichkeit nicht die Gewere hatte. Später scheute man sich, wie wir § 99 gesehen haben, bei der Eigenthumsauflassung nicht mehr, dem Bedachten schon auf Grund des Ablaufes von Jahr und Tag seit der gerichtlichen Verreichung auch ohne Gewere alle Vortheile der rechten Gewere zuzuwenden, und so hätte man auch bei der Satzung diese Fiction nicht mehr nöthig gehabt, welche das fragliche Urtheil noch glaubte zu Hilfe nehmen zu müssen. Dafür, dass dieser Entscheid in die Uebergangsperiode vom Landrechte zu der später festgestellten Schöffenpraxis gehört, spricht auch der Umstand, dass noch Einweisung in das Pfand selbst, nicht Versteigerung begehrt und zugesprochen wird.

Deutlicher lässt sich der Parallelismus mit der Vergabung auf den Todesfall in Süddeutschland erkennen. Das Sicherste war bei solchen

---

[9] Wie Stobbe, Gewere S 479 a. E.

Vergabungen gemäss Schwsp 22 das Setzen eines Zinses auf das Gut. Das kommt auch bei Verpfändungen vor, wenn der Schuldner Besitz und Nutzung behalten will; er genügt dem alten strengen Rechtsprincip durch Constituierung eines Recognitionszinses[10]. Dann, wie für jene Vergabungen Brief und Siegel genügen, tritt auch die Satzung in dieser Form auf[11], womit in Verbindung steht, dass die Verpfändung der Liegenschaften auch durch Hinterlegung der Haus- und Grundbriefe stattfinden kann[12]. Und endlich fehlt auch die Analogie mit dem bedingten Verkaufe nicht[13].

Achten wir nun darauf, in welchen Fällen die Satzung ohne Besitzübertragung auftritt, so finden wir sie dann angewendet, wenn noch keine präsente Verpflichtung vorliegt, also blos eine eventuelle Leistung sicher zu stellen ist. In solchen Fällen kann der Gläubiger nicht sofortige Deckung beanspruchen. Die Hauptfälle, die in den Urkunden vorkommen, sind:

1. Satzung für Gewährschaftspflicht. Diese Verpfändung findet sich namentlich in den bairischen Urkunden auf Schritt und Tritt, weil das bairische Landrecht bei Verkauf von Liegenschaften für die Dauer der Gewährschaftsfrist vom Verkäufer Bürgen oder Fürpfand verlangt[14].

2. Satzung für allfällige aus Pacht- oder Rentenverhältnissen entstehende Verpflichtungen[15].

---

[10] Mon. Bo. VI 420 Nr 20: Verkäufer versprechen dem Käufer Gewährschaft, und „umb dieselb gewerschafft setzen wir zu rechtem fürpfand" ein Gut. So lang die Gewährschaft nicht vergangen ist, so sollen die Käufer „ab dem fürpfand jährlich zu nutz und gewer rechter pfandschafft nemen ein hun". Vielleicht gehört auch hieher Quellen von Köln (Ennen u. Eckertz) II Nr 45: G. et R. domum B. obligaverunt ea conditione, quod ipse B. quolibet anno de domo duas marcas recipiet, quousque summam in debitis recipiendis plene consequatur. Das wäre zugleich Recognitionszins und Abniessung.

[11] Das bair. Landr. Art. 222 lässt das zu: Wer dem andern pfant antwurt, und daz pfant dannoch in seiner gewalt beleibt, da sol er im (dem Gläubiger) brief über geben mit sigel. Vgl. v. d. Pfordten, Die Beweisführung nach dem oberbairischen Landrecht, in Z f. RG XII 403.

[12] Bischoff, Ueber Verpfändung der Haus- und Grundbriefe, in Z f. RG XII 37 ff.

[13] Mon. Bo. VIII 30 Nr 22: bei Verkauf einer Mühle durch den Lehnsmann verspricht der Verkäufer den Consens des Lehnsherrn in Jahresfrist beizubringen: quodsi negligentia vel culpa prepediti non fecerimus, curias duas in M. ecclesie loco molendini contulimus perpetuo possidenda.

[14] Vgl. etwa Mon. Bo. VII 173, VIII 541, IX 387, X 86. Auch in Schwaben: Mone, Z VII 460; UB. Augsb. I Nr 89. 134; v. Wyss, Abtei Zürich, Urk. Nr 207.

[15] Mone, Z VIII 169. 221. 338. Würdtwein, Subs. dipl. V Nr 27. Guden, C. d. V 610. Arnold, Zur Geschichte des Eigent. S 127 ff. In Wirzburg

3. Satzung zur Sicherung des Bürgen für allfällig von ihm zu zahlende Schuld[16].

4. Sonst noch vereinzelt für verschiedene erst künftig vielleicht eintretende Schuldpflicht, so für Garantie künftigen Consenses jetzt noch minderjähriger Kinder zu Liegenschaftsveräusserung, für dereinstige Ausweisung des Kinderguts, für Wechselgeschäftsbetrieb[17].

In Baiern heisst dieses Pfand Fürpfand, d. h. eigentlich provisorisches Pfand, das erst durch das rechte Pfand ersetzt werden soll[18], in Schwaben Unterpfand, subpignus, auch hypotheca. Vom Gläubiger sagt man, er habe den respectus auf das Fürpfand.

Man sieht leicht ein: in allen diesen Fällen wäre es sinnlos gewesen, eine Satzung zu bestellen, die dem Gläubiger sofort schon die Nutzung des Gutes eingeräumt hätte, das wäre über alles Bedürfnis und über alles, was der Gläubiger mit Fug verlangen konnte, hinausgegangen. Andererseits ist ebenso klar, dass solche Fälle schon in ältester Zeit vorkamen und berücksichtigt sein wollten. Das langobardische Recht half vorzugsweise mit bedingtem Verkaufe, das deutsche Mittelalter ermöglichte die Satzung ohne Uebergabe des Gutes in die Gewere des Gläubigers, anfangs mit Bestellung eines Recognitionszinses pro investitura, um dem Erfordernisse des strengen Rechtes zu genügen, später ohne solche. Daraus ergiebt sich die Unrichtigkeit der Meinung, als sei diese Pfandform durch den erleichterten Verkehr der Städte hervorgerufen worden, denn sie ist im Landrechte ebenso alt. Ebenso ist damit ausgeschlossen die Theorie von Sohm, dass sie gegenüber der sog. älteren Satzung ein neues wirthschaftliches Moment juristisch zum Ausdruck gebracht habe, das Product veränderter wirthschaftlicher Zustände sei, in welchen das Grundstück nicht mehr blos Rentenfonds sei, blos Gebrauchswerth habe, sondern selbst Capital und Zahlungsmittel geworden, zur Mobilie gemacht sei. Namentlich aber tritt das, was nach v. Meibom, Franken, Brunner u. A. das juristische Merkmal der sog. neueren Satzung sein soll, anfangs so wenig wie später hervor: die Verschiedenheit in der Realisierung des Pfandrechtes. Denn auch das Fürpfand ist Verfallpfand, nicht Versteigerungs-(Executions-)Pfand, der Gläubiger darf kraft seines Pfand-

---

ursazze: Rosenthal, Geschichte des Eigenthums in Wirzb. S. 47. Gobbers, Erbleihe, in Z der Sav.-Stift. IV german. Abth. S 151.

[16] v. Wyss, Abtei Zürich Urk. Nr 273 (S 244 letzte Zeile). Hess. Urk. (Baur) I Nr 164. Guden, Sylloge S 185.

[17] Trad. Garst. Nr 206 (UB. des Landes ob der Enns I 185). Pauli, Lüb. Zustände I, UB. Nr 44. 63.

[18] Rosenthal, Beiträge zur deutschen Stadtrechtsgeschichte I 113.

briefes bei Eintritt der Schadenersatzpflicht des Schuldners das Gut als das seinige in Anspruch nehmen[19]. Und in späterer Zeit ist das in die Gewere des Gläubigers gegebene Pfand so gut Versteigerungspfand geworden wie das Fürpfand.

Weil so beide Formen dasselbe Rechtsgeschäft ausdrücken, ist auch die Art der Errichtung bei beiden die gleiche; sie steht unter denselben Voraussetzungen der Gerichtlichkeit, des Erbenconsenses u. s. w. Da die Gewere des Fürpfandes bei dem Schuldner bleibt, so verbieten ihm die Pfandbriefe ausdrücklich Verkauf des Gutes[20], doch schwerlich aus dem Grunde, „weil man die dingliche Wirksamkeit des Rechts bezweifelte, unsicher war, ob der Gläubiger dasselbe auch dem dritten Erwerber gegenüber geltend machen dürfe, und daher durch solche Bestimmung dem Conflict entgehen wollte“ (Stobbe); denn dem Conflict war man ja keineswegs entgangen, wenn der Schuldner das Gut dennoch veräusserte. Die Dinglichkeit des Pfandrechtes muss hier so gut ausser Frage stehen wie bei donationes post obitum das Eigenthum des Beschenkten. Das Magdeburger Schöffenrecht ist in dieser Frage ganz sicher: wenn der Schuldner das Gut veräusserte, so hatte der Pfandgläubiger alle Befugnis, gegen den Käufer sein Satzungsrecht geltend zu machen und das Gut zu bekümmern[21]. Allerdings musste das in der Frist von Jahr und Tag geschehen, denn liess der Gläubiger die rechte Gewere des Käufers während dieser Frist unangefochten, oder liess er in Süddeutschland die Gewährschaftsfrist unwidersprochen ablaufen, so war das Pfandrecht verschwiegen. Das war bei jedem dinglichen Rechte so, auch bei Eigenthum.

Richtig ist nun allerdings, dass in den Städten die Satzung mit Gewere des Schuldners vor der andern vorwiegt. Man hat den Grund dafür in der Lösung des Credits aus seiner Gebundenheit und der freieren Beweglichkeit im Rechtsverkehre finden wollen, so dass die Sicherung für Darlehn auf diesem Wege möglich geworden sei, während das Landrecht und der Verkehr auf dem Lande noch länger der Satzung mit Gewere des Gläubigers hiefür bedurft habe. Aber solche Gründe reichen nicht aus und erklären nichts. Vielmehr ist entscheidend gewesen, dass in den Städten für die Fälle, welche auf dem

[19] Mon. Bo. VIII 541: „und ob es (das Kloster) dehein not oder anspruch angienge, dass dasselb gotzhaus auf demselben fürpfand haben soll den schaden desselben anspruchs.“ Quellen von Köln (Ennen u. Eckertz) II Nr 12. 72 u. a.

[20] v. Wyss, Abtei Zürich Urk. Nr 273 a. E. Stobbe, Handb. II 2. Aufl. S 309, bes. Anm 15 u. 16.

[21] Magd.-Bresl. syst. Schöffenr. IV 2, 51.

Lande die sog. ältere Satzung in Blüthe erhielten, auf andere Weise, und zwar durch den Rentenkauf gesorgt war, der erst später in das Land hinaus drang. Wo es sich um feste, dauernde Capitalanlagen handelte, wurde seit dem 13. Jahrhundert in keiner Stadt mehr Satzung bestellt, sondern eine Rente gekauft, während auf dem Lande und zumal bei dem Herrenstande der Gläubiger es meist auf das Gut selbst abgesehen hatte und daher die Satzung für Darlehn mehr im Gebrauch blieb. Was sich von Verpfändung in den Städten seit dem 14. Jahrhundert findet, betrifft meistens Schulden, deren Abtrag in kurzer Zeit stattfinden soll, und da war es dem Gläubiger selbst nicht einmal besonders angelegen, sich mit der Besorgung einer Liegenschaft zu belasten, die er in einem halben Jahre etwa wieder zurückzugeben dachte. Hätte aber der Rentenkauf nicht in so gewaltiger Ausdehnung bestanden, wir würden ohne Zweifel von dem Satzungsrechte in den Städten trotz allem, was über Mobilisierung der Liegenschaften u. dgl. theilweise übertrieben geschrieben wird, ein anderes Bild haben und die Satzung mit Besitzeinweisung des Gläubigers ebenso verbreitet wie auf dem Lande finden.

Mit Erwähnung des Rentenkaufs haben wir aber einen Punkt berührt, an welchem der ohne Gewere des Gläubigers bestellten Satzung eine für die Folgezeit besonders wichtige Betheiligung zugefallen ist. Rentengeschäft und Satzung gingen eine Verbindung ein und bildeten sich zu der modernen Hypothek um.

§ 105. IV. Verbindung der Satzung mit dem Rentenkaufe[1].

Rentenkauf und Satzung stehen ihrem ursprünglichen Wesen und Zwecke nach in keiner Verwandtschaft mit einander, zumal die Satzung mit Gewere des Gläubigers hat keinerlei Beziehung zum Rentenkauf, beide gehen wirthschaftlich auf ein verschiedenes Ziel und bewegen sich juristisch in verschiedenen Formen. Dagegen hat sich schon in früher Zeit zwischen Satzung ohne Gewere des Gläubigers und Rentenkauf ein Verhältnis hergestellt, in welchem anfangs die Satzung mehr nur eine dienende Rolle spielt und dem Rentenrechte eventuelle Hilfe leistet, allmählich aber das Princip der Satzung die Oberhand erlangt und auch das Rentenrecht sich unterwirft. Es beruht das zunächst auf rein juristischem Entwicklungsgange; wirthschaftliche Factoren sind hier erst sehr secundär wirksam geworden.

---

[1] v. Wyss, Die Gült und der Schuldbrief, in Z f. schweiz. R IX, bes. S 27 ff. Pauli, Die Wieboldsrenten des lüb. Rechts (Abhandl. aus dem lüb. Recht IV).

Wir haben oben S 147 Ziffer 2 gesehen, dass für Pachtzins- und Rentenschulden subsidiär noch weitere Güter zu Fürpfand bestellt wurden. Bei Pacht ist das leicht verständlich; der Verpächter hatte das Recht, bei Verwahrlosung des Gutes oder Säumnis in der Zinszahlung seitens des Pächters das Gut wieder an sich zu ziehen, damit aber war er noch nicht für die Verschlechterung desselben und die versessenen Zinse entschädigt, hiefür musste eben das Fürpfand aufkommen. Bei Rentenkauf lag nun die Sache in denjenigen Fällen gleich, wo die Rente sich mit dem Jahresertrag des rentenpflichtigen Gutes vollständig oder annähernd deckte; war in solchem Falle der Rentenberechtigte, nachdem er mehrere Jahre hindurch die Rente nicht hatte erhältlich machen können, schliesslich genöthigt, das Gut zu fröhnen, d. h. sich durch den Richter in dasselbe executionsweise einweisen zu lassen, so war er damit noch nicht für die versessenen Zinse befriedigt, denn was er fortan aus dem Gute direct bezog, trat gerade nur an die Stelle der künftig verfallenden Renten; für die schon verfallenen Renten musste dann eben das Fürpfand aufkommen. Seit dem 14. Jahrhundert wird diese Verstärkung der Sicherheit des Rentenberechtigten durch weiteres Fürpfand (Unterpfand) immer häufiger und im 15. Jahrhundert ist sie schon ganz allgemein. Der Grund davon liegt wohl weniger darin, dass sich der persönliche Credit freier zu entwickeln begonnen hatte, dass man also schon eine persönliche Haftpflicht des Rentenverkäufers neben die rein sachliche Belastung des Grundstücks stellen konnte, denn die persönliche Haftbarkeit ist eher, wie noch nachher zu zeigen sein wird, die secundäre Folge dieser subsidiären Einsatzung anderer Güter gewesen; vielmehr hat diese Erscheinung ihren Grund in der überaus starken Belastung der Grundstücke mit Renten, die zu jener Zeit im Vergleich mit früheren wirklich auffallend ist. Die Verschuldung des Grundbesitzes hatte bedeutende Fortschritte gemacht, und namentlich der wirthschaftliche Aufschwung war zu einem momentanen Abschlusse gelangt: die Güter waren nicht mehr wesentlich zu bessern wie im 13. Jahrhundert noch, der Rentenkäufer konnte nicht mehr auf eine Werthsteigerung des Gutes rechnen, die ihm in guten Jahren wieder einbrachte, was schlechte versagt hatten.

Für die Rechtsentwicklung war es aber vor allem wichtig, dass die Renten schon längst ablösbar geworden waren. Der Inhaber des belasteten Grundstücks konnte durch Rückzahlung des Capitals das Gut lösen. Aenderte das auch an dem Charakter der Reallast nichts, so hatte es doch die Folge, dass Renten- und Pfandbelastung einander ähnlicher wurden: wie der Pfandeigenthümer durch Bezahlung der

Schuld das Pfand wieder lösen konnte, so war jetzt der Eigenthümer des rentenbelasteten Grundstücks im Falle, dasselbe durch Rückzahlung des Capitals frei zu machen. Und so nimmt die Rechtssprache keinen Anstand mehr, das Gut, auf welchem die Rente haftet, ebenso wie die subsidiär für den Verlust eingesetzten Güter als Unterpfand zu bezeichnen[2]. Ein Unterschied zwischen der Rentenbelastung und der Einsetzung zu Pfand ist jetzt in der That nicht mehr bemerkbar, ausser darin, dass jene das Principale, diese das Subsidiäre ist. Demgemäss lauten nun die Gültverschreibungen in folgender typischer Weise:

Ungedr. Urk. des St. Peters-Stifts zu Basel von 1463: Hans Ferg und Ehefrau verkaufen an J. Eby jährliche Gült eines Guldens Gelts jährlichen Zinses auf St. Gallen Tag von und ab ihrem Hause auf dem Salzberg um 20 Gulden, versprechen das Unterpfand in gutem gewohnlichem Bau und Ehren zu halten und den Gulden jährlich auf das Ziel auszurichten, und ob an solchem Unterpfand abginge, alsdann auf und ab jeglichen der Verkäufer und ihrer Erben Gütern, liegenden und fahrenden, so sie jetzt haben oder hernach gewinnen werden; bei Säumnis mag der Käufer der Gült diese Unterpfänder angreifen, verheften, bekümmern, verbieten, beziehen, verganten und vertreiben, oder so ihm das nicht füglich, die Verkäufer persönlich angreifen, jagen, mahnen, bannen und treiben, bis alles bezahlt ist[3].

Als besonders charakteristische Erweiterung der ursprünglichen Idee bemerken wir hier die Thatsache, dass der „Inbund", wie er in der Schweiz heisst, das will sagen das subsidiär haftbar Gemachte, nicht mehr ein bestimmtes einzelnes Grundstück, sondern das ganze Vermögen ist. Auf diesem indirecten Wege ist man zu der persönlichen Haftpflicht des Rentenschuldners gelangt. Und dazu hat noch ein weiterer Umstand geholfen. Zuerst in den Städten, dann auch auf dem Lande hat sich der Grundsatz, dass das Pfand Verfallpfand sei, mehr und mehr verloren, und ist der Grundsatz an seine Stelle getreten, dass der Gläubiger es gerichtlich aufbieten und versteigern lassen und sich aus dem Erlös bezahlt machen solle. Dieser Umstand erleichterte wesentlich das Aufkommen jener generellen Pfandrechte,

---

[2] Mone, Z V 65: Verkauf von 1 ℔ Heller jährlicher Gült (für 9 ℔) auf und aus einer Wiese und einem halben Morgen Ackers. Bei Zinssäumnis sollen dieselben Unterpfande Wiese und Acker dem Käufer der Gült verfallen sein. So auch das. VII 50. 54 und sonst vielfach.

[3] Beispiele finden sich zahlreich in Urkundenwerken, auch einzelne bei v. Wyss a. a. O. S 37 Anm 1, S 38 Anm 1 u. 2. Vgl. auch Stobbe, Handbuch II 2. Aufl. S 281 Anm 40.

wie sie nach mitgetheiltem Beispiele bei Rentenkäufen üblich wurden. Solange man daran festhielt, dass ein Pfand bei Nichtlösung schlechtweg dem Gläubiger verfallen sei, war man darauf gewiesen, ein bestimmtes Grundstück einzusetzen; dagegen sobald der Gläubiger gerichtliche Versteigerung und Befriedigung aus dem Erlöse suchen musste, war der Weg geöffnet, alles Vermögen unter Pfandhaft zu stellen; der Gläubiger liess dann den Richter pfänden und verganten, soweit als zu seiner Deckung nothwendig war[4]. Damit war die persönliche Haftpflicht factisch begründet.

Nicht überall sind die Rentenbriefe der Art zu Schuldbriefen mit (subsidiärer) Generalhypothek geworden, an vielen Orten haben sie den Charakter einer rein dinglich fundierten Belastung behalten. Aber wie überall das Rentengeschäft dasjenige Institut gewesen ist, in welchem sich die Capitalanlage auf Immobilien realisiert hat, so ist es auch in dieser oder jener Gestalt, sei es als alte rein dingliche Gült, sei es als moderner Schuldbrief mit Unterpfand, der Träger und der Sitz dieser wirthschaftlichen Aufgabe und Function geblieben, und unser modernes hypothekiertes Darlehn hat sich nicht schlechtweg aus der Satzung, sondern wesentlich aus dem Rentengeschäfte, allerdings unter der hier skizzierten Betheiligung der Satzung, entwickelt.

Fünftes Kapitel.

Die Leihe.

I. Das Lehn.

§ 106. A. Die Lehnserrichtung[1].

Die öffentlich-rechtliche, politische Bedeutung des Lehnswesens und des Lehnrechts bleibt hier bei Seite. Aber auch ein zusammenhängendes System des Lehnrechts in seinem privatrechtlichen Bestande

[4] Man vergleiche in den Hallischen Schöffenbüchern mehrfache Einträge, wo es heisst: nach Aufbietung in drei Dingen wird zu dem vierten gefunden, dass der Gläubiger sein Pfand solle verkaufen und sein Geld darab nehmen, und wäre dies Pfand nicht so gut, so soll er sich des andern Geldes erholen, wo er sich des zu thun vermag; ist es mehr werth, so soll er den Ueberschuss herausgeben. S 140 Nr 1378, S 142 Nr 1395 u. öfter.

[1] Homeyer, Des Sachsenspiegels zweiter Theil Bd. II S 313 ff.

darzustellen ist nach früher Bemerktem nicht unser Zweck. Nach dem Plane dieses Buches gehört an die Stelle, zu der wir hier gelangt sind, nur das sachenrechtliche Stück des Lehnrechtes, d. h. das durch die Leihe begründete dingliche Recht am Gute und die für Lehnsherrn und Lehnsmann daraus entspringenden Rechte und Pflichten.

Die Leiheform, die im Mittelalter vorzugsweise, in den sächsischen Rechtsbüchern ausschliesslich, die Bezeichnung Leihe für sich beansprucht und erhalten hat, und daher Lehen, len, genannt wird, wie der Akt des Leihens Lehnung, lenunge heisst, nimmt, soweit sie blos als Institut des Sachenrechts in Betracht kommt, keine von den andern Leiheverhältnissen grundsätzlich verschiedene Stellung ein. Ursprünglich war ihr auch mit denselben der Ausdruck beneficium gemein, der bei Precarie und Niessbrauch häufig vorkommt. Nicht aus sachenrechtlicher Gegensätzlichkeit ist daher die scharfe Trennung des Lehnrechts von den andern Leiherechten hervorgegangen, sondern aus den socialen und ständischen Bedingungen der ritterlichen und der bäuerlichen Leihe.

In Folge dieser socialpolitischen Scheidung stellt das sächsische Lehnrecht die Leihe, das Leihen, lien, lenunge, bestimmt dem utdon to tins unde plege gegenüber, während allerdings das süddeutsche Lehnrecht von Zinslehen, davon man Zins giebt, im Gegensatz zum rechten Lehn spricht[2].

Leihen, lien, heisst das Uebertragen eines unbeweglichen Gutes zu lebenslänglichem[3] Besitze und Genusse gegen Huldigung und Uebernahme ritterlichen Dienstes, Lehnrecht der dadurch begründete Rechtszustand, insbesondere das durch die Lehnsgewere sich realisierende dingliche Recht des Lehnsmanns am Gute.

Unter den Vorgängen, die für das Zustandekommen der Lehnserrichtung in rechtlichen Betracht fallen, unterscheidet das neuere Recht den Lehnsvertrag und die Investitur[4], deren Verhältnis zu einander, analog dem von Verkauf und Tradition, das von persönlicher Verpflichtung bezw. Berechtigung (Contract) und Uebertragung des dinglichen Rechtes ist. Auch das mittelalterliche Recht hielt diese beiden Rechtsakte aus einander. Schon ohne bestimmtes Zeugnis

---

[2] Schwsp Lehnr. 28. Im sächsischen Lehnrecht heisst rechtes Lehn das ordentliche, regelmässige im Gegensatz zu Burglehn, Gedinge und Erbelehn. Homeyer II 2 S 280.

[3] Die Erblichkeit gehört nicht zum Begriffe des Lehns. Homeyer II 2 S 447.

[4] Gerber, System des deutschen PrR § 112. Roth, Mecklenb. Lehnr. § 16.

müsste das als selbstverständlich angenommen werden, weil das praktische Bedürfnis dazu nöthigte. Welcher Herr hätte investiert, bevor über Maass und Umfang des Lehnsdienstes, allfälligen Leihepreis und dergleichen ein festes Abkommen wäre getroffen gewesen? Ein ausdrücklicher Beleg liegt aber auch im Ssp I 9 § 3: Dit selve sal ok de herre dun (nämlich leihen an den Lehnserben), of en man en gut jegen in bekosteget, dat he ime lien unde ledich maken sal, unde of de man er der lenunge stirft. Gleichwie derjenige, der auf Grund Verkaufs die Verpflichtung eingegangen hat, dem Andern sein Eigen vor Gericht aufzulassen, auch dem Erben des Käufers den Vertrag halten muss, so ist der Herr, der gegen Entgelt ein Gut zu leihen versprochen hat, verpflichtet, den Erben des Promissars zu belehnen. Wie viel mehr muss dem Promissar selbst geleistet werden. Dieses loven dat he ime lien sal (entsprechend dem loven en egen to gevene in Ssp I 9 § 1) ist der Lehnsvertrag[5].

Hier fällt nur der Akt in Betracht, welcher der Eigenthumsübertragung analog das dingliche Recht in der Person des Lehnsmanns begründet; es ist die lenunge des Ssp, die investitura des liber feudorum. Was dort das laten, uplaten, die Auflassung, das ist hier das lien, die Belehnung. Dass bei dieser seitens des Herrn keine Auflassung stattfindet, ist uns nach der früheren Darstellung des Auflassungsbegriffs selbstverständlich, denn der Herr verzichtet nicht auf alles Recht am Gute. Nach ihrem rechtlich maassgebenden Momente ist aber die Lehnung, trotz ihrer lateinischen Bezeichnung investitura, nicht blos die altdeutsche Besitzeinräumung, sondern sie umfasst auch das in der Sale, traditio, liegende Moment. Allerdings werden diese letzteren Ausdrücke nicht auf sie angewendet, es mangelt aber nicht an Bezeichnungen, welche das gleiche bedeuten, es ist von collatio, concessio feudi die Rede[6], so gut wie die Sale bei Eigenthumsübertragung oft durch conferre ausgedrückt wird. Die Lehnung ist eben nicht blos Besitzübergabe, sie bildet auch den Erwerbstitel des dinglichen Rechts. Dass sie dennoch investitura genannt wurde, erklärt

[5] Vgl. den Lehnsbrief von 1217 im UB. des Hochstifts Halberstadt I Nr 499: Otto imp. et H. de Hardbek et O. nepos ejus sub tali transactione compositionis convenimus, quod ipsi castrum de Hardbek in feodum a nobis susceperunt sub tali forma quod ipsi nobis contra omnes homines fideliter servire non omittent etc. (Lehnsvertrag). Haec tam fide interposita quam sacramento prestito compromiserunt. H. et O. castrum in manus nostras resignarunt et nos illud secundum formam prescriptam illis in perpetuum possidendum reddidimus (Investitur).

[6] Hist. Frising. II Nr 184: collatio seu infeudatio. UB. Westf. (Seibertz) I Nr 395: jure pheodali concesserunt. Homeyer II 2 S 325.

sich aus der hier beibehaltenen Verwendung der alten Investitursymbole, die im Landrechte verkümmert waren; so war allerdings die Investiturhandlung das äusserlich vorzugsweise in die Augen fallende, aber juristisch nicht minder erheblich war das in der Lehnung liegende Element der concessio feudi. Der Name des Aktes wurde von der Solennität hergenommen: im Landrechte war die Auflassung solenn und daher hiess der landrechtliche Akt Auflassung, im Lehnrechte war es die Investitur und davon erhielt die Lehnserrichtung den Namen.

Die Investitur ist ein feierlicher Akt, welcher durch die Huldigung, Mannschaft, d. h. Versprechen der Mannseigenschaft, homagium oder hominium, eingeleitet wird[7] oder, wenn man das Wort investitura im strengen Sinne blos als Handlung des Herrn nimmt, die Hulde zu seiner Voraussetzung hat. Es ist aber die Hulde die alte commendatio in manus und in fidem, das Gelöbnis der Treupflicht und zwar das eidliche Gelöbnis mit Bestätigung durch Kuss; darauf folgt dann eben die Lehnsverleihung durch Investitur, wobei oft noch althergebrachtermaassen der Baumzweig Verwendung findet, wenn schon er meist durch andere Gegenstände ersetzt ist, die zugleich eine bestimmte Beziehung auf die mit dem Lehn verbundene Amtsgewalt haben: so die Fahne bei Fürstenlehn, weil mit diesen das herzogliche Amtsrecht des Heerbanns verliehen wird, als dessen Symbol die hasta signifera gilt; das Scepter bei geistlichen Fürstenlehn, sonst auch der Hut, und viele andere[8]; später einfach der Lehnsbrief, so schon im langobardischen Lehnrecht: breve testatum.

Die Investitur ist an keinen bestimmten Ort gebunden, nur Kirchen und Kirchhöfe sind ausgenommen. Sie muss aber vor des Herrn Mannen geschehen[9]. Vor das Landgericht gehören Belehnungen nicht, denn es giebt keine landrechtliche Investitur, die Lehengüter sind sämmtlich als Reichslehn gedacht, Lehn an Eigen ist Singularität[10], die Lehen fallen daher nicht unter den Gerichtsbann des Landrichters.

Erbenconsens war für Lehnserrichtung nicht nöthig, solang das Lehn mit des Lehnsherrn Tode erlosch, denn dann ging dem Erben nichts verloren. Mit der Erblichkeit der Lehen hat sich auch die Nothwendigkeit der Einwilligung der Erben ausgebildet[11].

---

[7] Ssp Lehnr. 3, 22 § 1 und 2.
[8] Homeyer II 2 S 319 ff. [9] Ssp Lehnr. 55 § 8.
[10] Ssp Lehnr. 71 § 1 und 6. Homeyer II 2 S 281.
[11] So UB. Westfalen (Seibertz) I Nr 395: assensu heredum.

Die Belehnung begründet das dingliche Recht, das Lehnrecht des Vasallen am Gute. Ist bezüglich des Inkrafttretens, des Wirksamwerdens dieses Rechtes kein Vorbehalt gemacht, also sonder Gedinge geliehen, so ist auch mit der Belehnung selbst, wie sich aus deren Benennung investitura schon ergiebt, dem Lehnsmann die Gewere des Guts, die Lehnsgewere erworben, in dem Sinne wie es in § 83 unter Ziffer 1 ist besprochen worden. Solange der Lehnsmann die Gewere des Guts noch nicht hat, d. h. eben noch unter Gedinge steht, ist sein definitiver Lehnserwerb noch von so mancherlei Zufällen abhängig, wie der § 107 zeigen wird, dass noch ganz zweifelhaft ist, ob aus der Belehnung wirklich ein Lehnrecht hervorgehen wird. Darum können die Quellen (Schwsp Lehnr. 96) sagen: Lehen ohne Gewere ist nicht Lehen.

Das Institut der rechten Gewere sollte man im Lehnrechte nicht erwarten, und zwar darum nicht, weil die Lehnserrichtung nicht vor Gericht stattfindet und nicht unter Aufgebot und Königsbann auf Jahresfrist gestellt wird, lauter Dinge, welche die eigentlichen Elemente der rechten Gewere sind. Dennoch finden wir sie auch in das Lehnrecht eingeführt. Ssp Lehnr. 13 § 1 sagt: „Of die herre sinem manne besact gudes, dat die man an sinen geweren hevet ses weken unde en jar na deme dat he it untving, ane des herren rechte wedersprake, of die man die rechten geweren dar an getügen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he al ene uppe'n hilgen unde behalt dat gut ane getüch, of man mit rechter klage die gewere ime nicht breken ne mach[12].“ Es handelt sich hier um eine vor Lehnsgericht erhobene Klage des Herrn gegen den Mann; ebenso gestattet Richtst. Lehnr. 29 § 7 dem Vasallen gegenüber der vor Lehnsgericht erhobenen Klage eines andern Mannes die Berufung auf rechte Gewere. Es ist begreiflich, dass dieses zunächst im Landrechte und Landgerichte ausgebildete Institut der rechten Gewere auch für Lehen im Lehnsgerichte zur Verwendung gelangte, obschon die strengen Voraussetzungen, auf denen es beruhte, hier nicht vorhanden waren, wenn wir bedenken, dass der Zusammenhang der rechten Gewere mit dem alten fränkischen Contumacialrechte schon früh verdunkelt war, und der ruhige Besitz einer-, das Schweigen andrerseits als einzig maassgebend in den Vordergrund getreten waren. Da die Investitur vor den Lehnsgenossen stattfand und im Kreise derselben einer gewissen Publicität genoss, so war die Uebertragung dieses Instituts der rechten Gewere auch auf das Lehnrecht unbedenklich. Aber es ist dabei doch

[12] Dasselbe sagt I Feud. 26 § 1.

festzuhalten, dass eine solche im Lehnrechte erlangte rechte Gewere für das Landrecht und im Landgerichte keine Bedeutung haben konnte. Dem Lehnsmann, der vor Landgericht auf Herausgabe des Gutes beklagt wurde, half hier seine gegenüber dem Herrn und seinen Lehnsgenossen erlangte Lehnsgewere nichts. Denken wir uns den Fall, dass ein Lehnsgut zwischen zwei Ansprechern streitig wurde, von denen jeder es von einem andern Herrn empfangen zu haben behauptete, und der Nichtbesitzer gegen den Besitzer vor Landgericht (denn vor solches gehörte dann der Streit) auf Herausgabe klagte. Er konnte durch eine rechte Gewere des Beklagten nicht präcludiert sein, weil er von der Belehnung desselben gar nichts gewusst hatte und nichts hatte wissen müssen, denn sie war nicht vor Landgericht erfolgt und er war also zu Einspruch gar nie provociert worden. Wie könnte einer sein Recht verlieren dadurch, dass ein Andrer dessen Gut in seinem Lehnshofe zu Lehn giebt, der Belehnte im nächsten Jahre den Zins bei dem Pächter erhebt und dann sich auf rechte Gewere beruft? Da würde überhaupt alles Recht aufhören.

§ 107. B. Lehn mit Gedinge[1].

Es geschieht oft, dass eine Belehnung ohne sofortige Investitur und Einräumung der Gewere stattfindet. Das ist der Fall bei dem Lehn unter Gedinge.

Lehn unter Gedinge will nichts andres sagen als Lehn unter Bedingung, bedingtes Lehn. Der Richtsteig Lehnrechts 21 § 1 nennt hiefür drei Fälle: 1. das Lehn zu Leibgeding, to dineme live, 2. die Belehnung mit einem Gut auf den Fall des lehnserbenlosen Todes seines jetzigen Lehnsinhabers (Gedinge im engeren Sinne), und 3. die Belehnung mit dem zuerst ledig werdenden, folglich jetzt noch nicht bestimmten und nicht bestimmbaren Gute (wardunge). Nur die zwei letzteren Fälle gehen uns hier an.

In beiden erzeugt die Belehnung keine sofortige Gewere des Belehnten am Gute, ihm ist sunder gewere geliehen (Ssp Lehnr. 5 § 1, 57 § 1); natürlich: denn der gegenwärtige Lehnsmann hat die Gewere noch. Dagegen steht bei dem eigentlichen Gedinge, d. h. Belehnung mit einem bestimmten Gute, der Gedingsmann bezüglich des Erwerbes der Gewere dem Erben gleich, d. h. er gewinnt die Gewere unmittelbar durch den Tod des dermaligen Besitzers. Wie es von dem Sohne heisst, der Vater vererbe auf ihn die Gewere des Gutes mit-

[1] Homeyer, Des Ssp zweiter Theil II 329 ff.

sammt dem Gute (Ssp Lehnr. 6 § 1), so ist vom Gedingsmann gesagt, die Gewere des Gutes sei auf ihn erstorben (Ssp Lehnr. 57 § 1). Das Lehn wird also dem Herrn bei Eintritt des Todesfalles, auf welchen das Gedinge gestellt ist, nicht ledig, und wie der Sohn des verstorbenen Lehnsmanns keiner Einweisung durch den Herrn, geschweige einer förmlichen neuen Belehnung bedarf, so ist auch der Gedingsmann berechtigt, bei Eintritt des Falles sich ohne weiteres des Gutes zu unterwinden (Ssp Lehnr. 57 § 3).

Es reproduciert sich hiemit auf lehnrechtlichem Gebiete dasselbe, was wir in analoger Weise bei Eigenthumsübertragungen auf den Todesfall gefunden haben. Wir sahen dort, dass wenn der Vergabende nicht die sofortige Gewere des Bedachten durch Zinsbestellung (census pro investitura) anerkennt, der Bedachte erst mit dem Tode des Veräusserers die Gewere erlangen kann und dann auch erst mit Ablauf von Jahr und Tag von da an durch rechte Gewere geschützt ist. So wenigstens nach Landrecht (nicht nach Magdeburger Stadtrecht). Dieselbe Analogie finden wir bei der Verpfändung in der Form bedingter Veräusserung ohne Besitzübergabe. Auch hier bei dem Gedinge ist der eigentliche rechtsbegründende Akt (der traditio bei Vergabung auf den Todesfall entsprechend) sofort bei der Gedingserrichtung vorgenommen[2], so dass es bei Eintritt der Bedingung keiner weiteren Lehnsbestellung bedarf. Der Unterschied gegenüber den Vergabungen auf den Todesfall besteht aber darin, dass bei diesen, wenigstens nach älterem Landrechte, der Bedachte seinen Erwerb durch eine kürzere oder längere Besitzhandlung sichtbar darstellt und dann das Gut wieder an den Vergabenden zurückgiebt, diese Formalität aber bei dem Lehn mit Gedinge wegfallen muss, weil man dem dermaligen Lehnsträger seinen Besitz nicht entziehen kann.

Darum ist aber auch das Recht des Gedingsmanns während des Schwebens der Bedingung noch mancherlei Gefahren ausgesetzt. Zunächst der Tod des Lehnsherrn in dieser Zeit bricht das Gedinge, sein Nachfolger braucht es nicht anzuerkennen, es ist, wie die Quellen es ausdrücken, keine Folge am Gedinge (Ssp Lehnr. 5 § 1). Ja selbst Veräusserung des Lehns durch den Herrn (in Verbindung mit Verweisung des dermaligen Lehnsmanns an den neuen Herrn) macht das Gedinge hinfällig (Ssp Lehnr. 57 § 5). Wenn man daraus schliesst, dass der Tod des Gedingsmanns ebenfalls das Gedinge breche und sein Erbe kein Recht geltend machen könne, so hat das um so mehr Wahrscheinlichkeit für sich, als das Gedinge noch nach andern Rich-

[2] Lenrecht hevet he (der Gedingsmann) dar an, sagt Ssp Lehnr. 10 § 2.

tungen, wo es viel seltsamer ist, einem Wegfalle unterliegt, nämlich bei Veräusserung des Guts durch den Lehnsmann: Ssp Lehnr. 5 § 1. Hier kann man freilich auch wiederum sagen, dass das gleichwerthig sei mit Veräusserung durch den Lehnsherrn selbst, weil ja der Lehnsherr seine Einwilligung zu geben habe. Sehen wir dann andrerseits, dass der Herr dem Gedingsmanne bisweilen das Versprechen ablegt, er wolle das betreffende Lehn Niemand anders leihen, an den es der jetzige Lehnsmann etwa verkaufen sollte[3], so folgt aus allem, dass es zwar nicht für anständig galt, ein Gedinge durch solche nachherige Dispositionen über das Gut illusorisch zu machen, dass aber der Gedingsmann, wenn es dennoch geschah, in Rechten schutzlos dagegen war.

Nicht auffällig jedoch ist es, dass das Gedinge durch Geburt eines Lehnserben des dermaligen Inhabers gebrochen wird (Ssp I 33), weil es eben nur auf den Fall des Mangels eines Lehnserben geliehen ist.

So ist das Gedinge bei weitem nicht so fest und sicher wie die Vergabung auf den Todesfall. Diese kann der Vergabende nicht mehr rückgängig machen durch anderweitige Veräusserung, so wenig wie sie durch Nachgeburt von Erben dahinfällt, und der Bedachte hat ein erworbenes Recht, das er auch bei Absterben vor dem Vergabenden auf seine Erben überträgt. Hier beim Lehn wirkt eben der Satz stark ein, dass Lehn ohne Gewere nicht Lehn ist, d. h. solange die Gewere nicht erlangt ist, noch kein rechtes Lehn besteht.

Die Wartung (wardunge an enes unbenümeden mannes gude, lien enes gudes svar't ime [dem Herrn] irst ledich wert) schliesst sich an das Gedinge darin an, dass ihr Folge und Vererbung fehlen; ebenso wird auch Wartung wie Gedinge manlike geliehen, Ssp Lehnr. 55 § 9, d. h. die Hulde findet bei beiden sofort statt, so dass sie bei Eintritt der Bedingung nicht mehr nöthig ist. Daher ist auch der Anwärter unter der oben S 36 besprochenen Voraussetzung zu eigenmächtiger Besitzergreifung des ersten ledig werdenden Gutes berechtigt (Ssp Lehnr. 57 § 3, 10 § 4); doch wird dann wohl die Regel des Schwsp Lehnr. 14 zur Anwendung kommen, dass der Mann einen allfälligen Mehrwerth dem Herrn getreulich bewahren soll.

Immerhin ist die Wartung eine schwächere Nuance der Belehnung als das Gedinge, was sich besonders darin zeigt, dass sie nicht unmittelbar durch den Tod des zuerst sterbenden Lehnsmanns des betreffenden Herrn in Kraft tritt, sondern ein Heimfall des Gutes an den Herrn als nöthig gedacht wird. Die praktische Bedeutung dieser

[3] Beispiele bei Homeyer II 2 S 332 f.

Verschiedenheit liegt in der Bestimmung des Ssp Lehnr. 7 § 1, dass selbst eine ältere Wartung einem späteren Gedinge nachstehen muss, d. h. dass wenn der Lehnsherr an einem benannten Gute Gedinge bestellt hat, und dieses Gut das zufällig zuerst freiwerdende ist, der schon vorher allgemein zu Anwartschaft Belehnte dasselbe nicht beanspruchen kann, denn durch das Gedinge ist der Heimfall des Guts an den Herrn verhindert, somit diese Voraussetzung der Wartung (das Ledigwerden) nicht erfüllt worden.

§ 108. C. Das Lehnsverhältnis[1].

Das durch die Belehnung begründete Verhältnis zwischen Herrn und Mann ist eine merkwürdige Mischung von rein persönlichen Ansprüchen und Verpflichtungen mit dinglicher Herrschaft und Abhängigkeit, merkwürdig dadurch, dass im Laufe der Zeit das persönliche Element der Treue, das ursprünglich den Kern des Verhältnisses bildete, in mancherlei Hinsicht dem dinglichen Rechte am Gute untergeordnet und von ihm abhängig ausgebildet wurde, während es in andern Beziehungen wiederum das Maassgebende blieb, das über das dingliche Verhältnis auch zugleich entschied. Das letztere entspricht einzig der ursprünglichen Intention des Lehnsverbandes: der Mann gelobt Treue durch die Leistung der Hulde, der Mannschaft, d. h. er gelobt treuer Mann seines Herrn sein zu wollen, und empfängt hiefür als beneficium das Gut. Da ist es natürlich, dass bei Untreue das Lehengut dem Herrn verfällt, denn die Voraussetzung, unter der es gegeben worden, ist gebrochen; andrerseits aber ist eine Verfügung des Herrn über das Gut nicht möglich, solange das persönliche Lehnsband besteht und der Mann seine Treupflicht erfüllt. Indem aber in der Folge mehr und mehr das dingliche Element das Maassgebende wird, entsteht die Auffassung, dass das persönliche Treuband Folge des Lehnsbesitzes sei und der Lehnsmann sich unter Umständen Verweisung an einen andern Lehnsherrn in Folge Veräusserung des Gutes an diesen müsse gefallen lassen.

Das Vorwiegen des persönlichen Bandes fand seinen festen Halt in dem Bestande des Verhältnisses als eines Muntverhältnisses. Die Munt war ja ursprünglich die Form gewesen, in der das Vasallenthum zur Erscheinung gelangte, der Mann ergab sich in die Gewalt des Herrn, weil er von ihm auch den besten Schutz erwartete, und wie er diesen bestimmten Herrn gewählt hatte, so war ein Herrenwechsel

[1] Homeyer, Des Ssp zweiter Theil II 370 ff.

ohne beiderseitigen Consens nicht möglich, also nicht ohne Auflösung des bisherigen Verhältnisses. Wir haben schon gesehen, wie bereits seit dem 9. Jahrhundert in diesen Beneficialzuständen das Wesen der Munt abgestumpft ist; die commendatio in manus zwar bleibt und dauert das ganze Mittelalter hindurch fort, aber nur noch als Formalität bei der Hulde; von einer Munt im Sinne der alten strengen Hausherrschaft oder der mittelalterlichen Vogtei ist keine Rede mehr, die persönliche Unterordnung unter einen bestimmten Herrn steht nicht mehr im Vordergrunde, sondern das Lehen wird gesucht, dem zu Liebe man persönliche Verpflichtungen eingeht. Die letzte Consequenz davon hätte sein müssen, dass diese persönlichen Verpflichtungen sich auf bestimmt abgemessene Leistungen und Dienste festgestellt hätten, ähnlich wie das bei der bäuerlichen Leihe stattfand, und dass diese Leistungen dann selbst wieder als Reallasten dargestellt jedes persönlichen Bandes sich entledigt hätten. Dazu kam es aber im Lehnrechte nicht. Das Verhältnis zwischen Herrn und Mann bewahrte eine sittliche Höhe, wie sie der Aufgabe, die das Lehnrecht zu erfüllen hatte, nothwendig war. Herr und Mann standen einander gesellschaftlich und politisch unendlich viel näher als Grundherr und Bauer, die Pflicht des Lehnsmannes war eine edlere und in Folge ihrer politischen Bedeutung direct für die Existenz des Lehnsherrn von Gewicht, es lag nicht nur ein wirthschaftliches, ökonomisches Interesse zu Grunde wie bei der bäuerlichen Leihe, sondern die persönliche Existenz war davon ergriffen. Daher stehen nicht einfach Hingabe des Lehns und genau fixierte Leistungen einander als Aequivalent gegenüber, sondern es ist ein gegenseitiges Treue- und Huldverhältnis, das ebenso gut wie in positiven Handlungen auch negativ in der Ausschliessung alles nachtheiligen und schädlichen Verhaltens seine Erfüllung findet. Gegenseitig: denn auch der Herr soll dem Manne Treue halten und weder durch Rath noch durch That schaden (Ssp Lehnr. 76 § 5). Aber nur der Mann bekräftigt sein Treuversprechen durch den Eid, der dem Umfange seines Inhalts nach dem alten fränkischen Unterthaneneide gleichkommt und alles ausschliesst, was eine Schädigung des Herrn nach sich zöge[2].

Als specielle Pflichten des Lehnsmanns heben sich nun allerdings daraus diejenigen hervor, die als das eigentliche Aequivalent für die Ueberlassung des Lehns erscheinen und daher nicht allgemein gefasst, sondern theils schon durch Gewohnheitsrecht und Gesetz, theils durch besondre Abmachung in ganz festen Beträgen fixiert sind, parallel mit

[2] Einzelne Fälle bei Homeyer a. a. O. S 373.

den wirthschaftlichen Leistungen der Zinsbauern für ihre Zinsgüter. Nur sind es eben nicht wirthschaftliche Leistungen, sondern ritterliche, Kriegs- und Ehrendienste. Immerhin Dienste, die von dem Gute geleistet werden und daher der persönlichen Treupflicht nicht eingeordnet sind. Dieses Dienen des Lehnsmannes besteht in der Heerfahrt (iter in expeditionem) und der Hoffahrt (curiam petere), jenes der Waffendienst im Felde, dieses der Besuch des Hoflagers des Herrn, namentlich des Lehnsgerichtes. Die Heerfahrt ist in den Lehnrechtsbüchern jeweilen als Reichsdienst gedacht, rikes hervart (Ssp Lehnr. 2 § 7, 4 § 1—3, 34 und sonst), und ist ihrer Dauer nach genau bestimmt, auf sechs Wochen in eigenen Kosten des Mannes, und ebenso viel Zeit vor- und nachher geniesst er des Reiches Frieden und Waffenruhe, kann er also weder zu Reichsdienst aufgeboten noch zum Lehnsgerichte geladen werden. Zur Reichsfahrt muss das Aufgebot ebenfalls sechs Wochen vorher erfolgen, der Römerzug aber muss ein Jahr, sechs Wochen und drei Tage vorher angesagt werden, und die Dienstpflicht endigt mit der Krönung zu Rom. Die Pflicht des Mannes, dem Herrn in seine Privatfehden und namentlich zum Angriffe zu folgen, beruht nicht auf gemeinem Lehnrecht, sondern auf Landesherkommen, dem Lehnsvertrage, der besondern Einwilligung des Mannes[3].

Der Vasall hat am Lehngute ein dingliches Recht, und zwar ein Nutzungsrecht in weitem Umfange, das er auch vor Landgericht kraft der ihm zustehenden (Lehns-) Gewere gegen Angriffe vertheidigt, oder falls er die Gewere verloren hat, mit Klage zur Geltung bringt. Aber dieses sein Recht ist doch abhängig von der „Herrschaft" des Lehnsherrn, wie Richtst. Lehnr. 8 § 2 sagt: eft he sin len ute sinen weren lete unde so sines heren herscop wolde los sin. Also Voraussetzung des Lehnsbesitzes ist Herrschaft des Herrn und das Gut selbst steht unter derselben, ist abhängig von dem Bestande der Herrschaft des Herrn, daher, wenn dem letztern seine Herrschaft durch einen Dritten gebrochen wird, etwa der Oberlehnsherr dem Unterherrn seine Lehen wegen Untreue aburtheilen lässt, dadurch auch die Herrschaft des Unterherrn über seine Vasallen gebrochen ist und die letzteren ihre Lehen nicht behaupten können. Ueber diesen Punkt und den Ausdruck der Quellen, dem Herrn sei die Gewere nicht gefernet, ist schon oben in § 82 gesprochen.

Im Grunde ist es dieses dominium, diese „Herrschaft", welche selbst wieder vom Lehnsherrn veräussert und übertragen werden kann,

[3] Näheres über alles dies bei Homeyer a. a. O. S 377 ff.

nicht das Gut selbst oder das Eigenthum am Lehngute. Wir müssen, um das festzustellen, zwei Fälle unterscheiden. Es geschieht oft, dass ein Lehnsherr ein Lehngut, das einer seiner Mannen besitzt, an einen Andern, besonders an eine geistliche Anstalt, übertragen will mit der Wirkung, dass das Lehnsverhältnis nun aufhören und die Kirche das Gut zu freier Verfügung erhalten soll. In solchen Fällen ist nichts andres möglich als dass der Lehnsmann einwilligt, das Gut an den Herrn resigniert (in der Regel gegen Empfang eines andern), und dieser dann das Gut durch landrechtlich-gerichtliche Auflassung an die Kirche überträgt. Hier veräussert der Herr das Gut selbst[4]. Anders aber liegt der Fall dann, wenn der Lehnsherr sein Recht am Gute übertragen will, ohne das bestehende Lehnrecht des Vasallen anzutasten; hier vollzieht er keine Uebertragung und Auflassung des Gutes, sondern eine solche seiner Herrschaft, d. h. seines Rechtes auf die Lehnsdienste und Mannschaft des Lehnsmannes, quidquid nobis de eisdem mansis jure feodali debuit provenire sive hominii sive servitii[5], ähnlich wie ein Erbzinsherr sein Zinsrecht, nicht das Gut selbst veräussert. Es ist richtig, dass der Effect praktisch derselbe ist, wie wenn er das Gut sich zunächst vom Lehnsmann resignieren liesse, es dann übertrüge, und der neue Erwerber es wieder dem gleichen Lehnsmanne leihen würde, und später, im 14. und 15. Jahrhundert, wird auch geradezu von Veräusserung des Eigenthums gesprochen; aber die ältere Zeit hat doch bestimmt unterschieden, und zwar darum, weil die Anschauung bestand, dass man nur ein Gut selber veräussern könne, wenn man es in Geweren habe und die Gewere übergeben könne, weil man nur dann die Vertretung des Gutes und damit die Möglichkeit der Verfügung darüber hatte (oben S 80). Veräusserung eines verpfändeten Gutes durch den Eigenthümer erschien unstatthaft, solche eines zu Zins ausgegebenen Gutes nur möglich durch Verkauf und Uebertragung des Zinsrechtes, woran man selbst eine Gewere (Zinsgewere) hatte. So veräussert man auch bei Lehn die Herrschaftsrechte, wofür die ältere Zeit den besonderen Ausdruck lenware hat[6]. Lehnware kann Lehngewere, d. h. Gewere des herrschaftlichen Lehnrechts heissen, eher aber (weil dann der Ausdruck mit der sonst üb-

[4] Beispiele etwa Westf. UB. (Wilmans) III Nr 226. 254. 809. 848; C. d. Anhalt. II Nr 23. 29. 86. 94; UB. Augsburg I Nr 134; Hess. Urk. (Baur) I Nr 106 u. s. w.

[5] Homeyer a. a. O. S 386.

[6] De lenware over dat gud laten, in einer Urk. bei Gerken, C. d. Brandenb. Homeyer a. a. O. S 384. 386.

lichen Lehnsgewere des Lehnsmanns in Conflict käme) bedeutet es Lehnsgewähr, Recht des das Lehn Gewährenden, jus infeodationis[7].

Diese Veräusserung der Lehnware ist aber, wie schon vorhin angedeutet, erst dadurch möglich geworden, dass das dingliche Element in den Vordergrund geschoben und das Recht auf den Lehnsdienst als reallastartiges Recht zu einer selbständigen Rechtsame und damit zu einem Gegenstande des Rechtsverkehres erhoben war. Immerhin blieb von der persönlichen Seite des Verhältnisses und den persönlichen Rechten und Pflichten soviel haften, dass die Stellung des Mannes durch solche Veräusserung der Lehnware nicht durfte verschlechtert werden: der Herr konnte die Herrschaft an keinen Ungenossen bringen, das rechte Lehn nicht in ein Burglehn verwandeln, das Lehngut nicht theilen, so dass der Mann zwei oder mehr Herren erhalten hätte; für alle diese Fälle, wo das Lehnrecht des Vasallen selbst afficiert wurde, war Einwilligung desselben nothwendig.

Erfolgte eine solche Veränderung der Lehnsherrschaft, so hatte der abtretende Lehnsherr den Lehnsmann an den neuen Herrn zu weisen, und der Lehnsmann musste das Gut binnen Jahr und Tag von dem letzteren muthen oder sinnen, dem Gute an den neuen Herrn folgen. Dieses Muthen oder Folgen war überhaupt bei jeder Lehnserneuerung nothwendig, auch wenn sie durch Tod des Herrn oder des Mannes eintrat. Der Mann musste in gleicher Frist das Lehn bei dem Erben des verstorbenen Herrn muthen wie der Erbe des verstorbenen Mannes bei dem Herrn: Versäumung der Frist zog Aburtheilung des Guts nach sich, daher das Lehnrecht sehr genaue Bestimmungen darüber aufgestellt hat, wann die Frist beginne, unterbrochen werde u. s. w.[8]. Die Bedeutung des Sinnens liegt darin, dass es das Treuband zwischen den neuen Parteien herstellen muss, der Vasall soll dem neuen Herrn, der neue Vasall dem bisherigen Herrn Hulde und Mannschaft thun und das Lehn von dem Herrn empfangen[9]. Dies ist nöthig, obschon in der Gewere des Lehnsmannes, bezw. seines Erben, keine Unterbrechung eintritt, und der Herr die Annahme und die Belehnung des Mannes nicht weigern kann (Ssp Lehnr. 23 § 2); solang diese persönliche Beziehung nicht hergestellt ist, darf der Mann keine Handlung

---

[7] UB. Westf. (Seibertz) I Nr 302: jus infeodationis quod vulgo lenwere dicitur. Bei Homeyer noch feodalis justitia, quae vulgo lenware dicitur.

[8] Vgl. Ssp Lehnr. 48 § 1, 50 § 4. Ueberhaupt Homeyer S 470 ff.

[9] Pertz, Leges II 205: Nos principes, qui Ottonem in regem elegimus, feoda nostra, quae ab imperio tenemus, a manu ipsius recipientes hominium sibi fecimus et fidelitatem juravimus.

vornehmen, die sich als specifisch lehnrechtliche Befugnis charakterisiert, wie Afterverleihung (Ssp Lehnr. 25 § 4), oder lehnsgerichtliche Thätigkeit üben. Dagegen ist er wohl[10] schon vorher zur Nutzung des Gutes berechtigt, weil das keine Ausübung einer Lehnsthätigkeit ist, auch gegentheiligenfalls nicht von ihm gesagt sein könnte, dass er die Gewere habe, die Gewere auf ihn erstorben sei. Auch indirect folgt es daraus, dass die Pflicht des Sinnens und Folgens an den Herrn nicht Begründung des dinglichen Rechtes am Gute zum Ziele hat, sondern nur das persönliche Treuband feststellen soll, daher vorher nur dasjenige unterbleiben muss, was damit zusammenhängt.

§ 109. D. Beendigung des Lehnsverhältnisses[1].

Bei dem engen Zusammenhange und der Wechselwirkung zwischen persönlichem und dinglichem Elemente im Lehnrechte muss mit der Aufhebung des einen auch das andere dahinfallen. Das äussert sich zunächst bei freiwilligem Rücktritte des Mannes, sowohl so, dass Aufgeben des Lehns die persönliche Verpflichtung tilgt, als so, dass Aufkündung der Treue den Verlust des Lehns nach sich zieht. Jenes ist das Auflassen des Guts, die resignatio, an den Herrn, die, wie wir schon sahen, sehr oft zu dem Zwecke stattfand, um das Gut an eine geistliche Anstalt zu bringen. Das zweite ist das Aufsagen der Lehnspflicht, untsecgen, in Folge dessen das Gut dem Herrn ledig wird (Ssp Lehnr. 76 § 3). Der Herr kann aber auch dem Manne aufsagen, und das hat die Wirkung, dass das Gut an den Herrn zurückfällt, falls es dessen Eigen ist, sonst aber, wenn der Herr selber Unterherr ist, er das Recht daran verliert und der Mann nunmehr befugt ist, das Gut von dem Oberherrn zu muthen.

Besonders aber tritt Verwirkung des Lehns ein bei Bruch der Lehnstreue; die Beispiele der Quellen sind sehr mannigfaltig, gemeinsam ist ihnen, dass die Verwirkung nur durch ein Urtheil des Lehnsgerichtes kann ausgesprochen, durch dieses dem untreuen Vasallen das Lehn muss vertheilt werden. Aber auch Handlungen, welche den Mann ehrlos machen, führen zur Entziehung des Lehns[2]. Das Verhältnis als auf Ehre gegründet duldet keine unehrenhaften Handlungen, durch die der Mann der Achtung der Genossen verlustig geht. Der Ehrlose wird nicht mehr im Kreise der Gerichtsgenossen und im Con-

[10] Anders Homeyer a. a. O. S 454.

[1] Homeyer, Des Sachsenspiegels zweiter Theil II 498 ff.

[2] Richtst. Lehnr. 11. Const. a. 1187 (Pertz) II 184. Ssp I 38 § 2.

sortium des Lehnsverbandes geduldet und ist für das Lehnrecht unmöglich geworden[3].

Immer erfolgt die Vertheilung des Lehns zu Gunsten des Herrn, nicht der Erben des Mannes (Ssp Lehnr. 14 § 4). Nur so weit ist man zu Gunsten des Erben gegangen, dass Klagen gegen ihn wegen Felonie des Erblassers nicht mehr zugelassen werden, wenn sie nicht schon bei Lebzeiten des letztern gegen diesen selbst anhängig gemacht waren (Ssp Lehnr. 45 § 2).

Durch die Resignation des Lehnsmanns wie durch den Urtheilsspruch, der ihm das Lehn aberkennt, geht unmittelbar die Gewere des Mannes am Gute unter und ist also nunmehr der Herr in Geweren, sodass der Mann von diesem Augenblicke an der Nutzung verlustig ist[4]. Der Herr hat also auch das Recht, das Gut ohne weiteres und kraft eigener Gewalt an sich zu ziehen, sich desselben zu unterwinden.

II. Die bäuerliche Leihe.

§ 110. A. Arten derselben.

In reicher Fülle und in mannigfaltiger Gestalt treten uns die Zinsleiheverhältnisse sowohl nach den verschiedenen Gegenden Deutschlands als auch nach den Perioden der wirthschaftlichen Cultur vor Augen, aber dieser Reichthum, diese Mannigfaltigkeit ist viel mehr wirthschaftlicher als juristischer Natur, und so lohnend es vom nationalökonomischen Standpunkte aus ist, der Entstehung und der Ausbildung dieser Verschiedenheiten der Leiheverhältnisse bis in ihre kleinsten Einzelheiten und localen Eigenthümlichkeiten nachzugehen, so wenig bleibt verhältnismässig von diesen mannigfachen Modalitäten für die juristische Systematik verwerthbar. Denn im wesentlichen ist der rechtliche Charakter aller Arten der Leihe derselbe, weil sie alle auf dem gleichen Rechtsprincip beruhen und aus einheitlicher Wurzel hervorgewachsen sind, daher auch in ihren späteren Abzweigungen sich als Ausdruck einer und derselben Rechtsform darstellen. Auch der Gegensatz von land- und hofrechtlicher Leihe oder der von Leihe freier und höriger Leute tritt für die uns hier obliegende Aufgabe in den Hintergrund, weil er das sachenrechtliche Princip und die sachenrechtliche Gestalt der Zinsleihe, womit wir es einzig zu thun haben, nicht verändert.

---

[3] Homeyer S 510 und oben Bd. I § 44.

[4] Ssp Lehnr. 39 § 1: Sweme sin gut mit lenrechte verdelt wert oder he't up let, die sal der gewere darven.

In der ersten Zeit des Frankenreichs beherrschen die aus dem späteren römischen Rechte herstammenden, in Gallien vorgefundenen Leiheformen dieses Rechtsgebiet vollständig, ja man kann vielleicht sagen, dass das ganze Leiherecht des Mittelalters auf den von dem römischen Rechte herübergenommenen Grundlagen aufgebaut ist. Abgesehen von Einzelerscheinungen, wie der Erbpacht der Formeln von Angers[1], fällt die bei den kirchlichen Anstalten hergebrachte Precarie besonders in Betracht. Doch wäre es unrichtig, darunter eine bestimmte Art bäuerlicher Leihe zu verstehen. Der Name selbst, precaria, und das Correlat dazu praestaria, sagt an sich nichts andres, als dass der Beliehene ein Bittgesuch um Ueberlassung des Gutes zu temporärem Gebrauche gestellt und der Verleihende diesem Gesuch willfahrend das Gut geliehen hat. Ob es Zinsleihe oder unentgeltliche Leihe ist, ob sie auf jederzeit offenstehenden Widerruf oder auf eine bestimmte Zahl von Jahren gewährt ist, darüber sagt der Ausdruck selbst nichts. Und wie das älteste Recht überhaupt nicht mit einer festen Abgrenzung der Begriffe Niessbrauch, Leihe, Pacht auftritt[2], so finden sich auch unter dem Worte precaria Niessbrauchbestellung und Pachtverhältnisse vereinigt, und der Begriff usufructus und beneficium schliesst die Zinspflicht des Usufructuars nicht aus[3], so wenig wie mit dem Begriff der Leihe an sich schon eine Zinspflicht gegeben ist.

Die Precarie braucht nicht bäuerliche Leihe zu sein. Roth[4] hat auf Grund der zahlreichen von ihm gesammelten Quellenbelege, welche von Einräumung des usufructus und des beneficium per precariam sprechen, die Definition gegeben, „dass die Precarie in der Bestellung eines usufructus auf bestimmte Jahre oder Lebenszeit des Inhabers besteht" — m. E. nach der andern Seite wieder zu eng, denn ein besonders häufiger Anwendungsfall ist doch gerade der von Pacht mit Zinspflicht, und in der Folge wird das so sehr vorherrschend, dass es sich wohl rechtfertigt, sie hier einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

---

[1] Worüber Brunner, Die Erbpacht der Formelsammlungen von Angers und Tours, in Z der Sav.-Stift., german. Abth. V 69 ff.

[2] Vgl. Franken, Franz. Pfandrecht S 38 f. 40, wo die Frage gestellt wird, „ob nicht im deutschen Rechte eine grosse Gruppe von Geschäften zusammengefasst werden kann, welcher Niessbrauchbestellung, die ältere Verpfändung, Viehpacht, Gutspacht, Sachenmiethe, Leihe und Depositum zu unterstellen wären, und die in dem satzen unserer, in dem bailler der französischen mittelalterlichen Quellen ihre technische Bezeichnung fände".

[3] Z. B. C. d. Fuld. Nr 56: ut ipsas vineas dum ego advixero ad usufructuario habere et excolere debeam et annis singulis XII denarios in censum etc.

[4] Feudalität S 168.

Die Precarie, ein kirchliches Institut (abgesehen von unwesentlichen singulären Abweichungen, wie Rozière Nr 338), enthält allerdings in ihrer ältesten Fassung, wie sie in l 14 § 5 C. de sacros. eccl. 1, 2 umschrieben ist, nur die Eigenschaften des ususfructus; sie tritt hier in der Form der sog. precaria remuneratoria auf, wo von einer kirchlichen Anstalt eine Prästarie am Kirchengut damit erbeten wird, dass der Precarist seinerseits der Kirche ein eigenes Gut zu Eigenthum tradiert, welches dann mit dem andern in die Prästarie eingeschlossen wird. Diese precaria remuneratoria ist aber in der Folgezeit nicht die vorwiegende, sondern tritt zurück hinter der sog. precaria oblata, wo der Precarist blos sein tradiertes Gut zu Precarie zurückerhält, und später kommt noch die sog. precaria data hinzu, wo der Precarist ein Gut empfängt ohne Auftragung eines solchen von seiner Seite. Schon die precaria oblata, vollends aber die precaria data gestaltet sich in den meisten Fällen zu einer Pacht. Nicht durchweg und grundsätzlich so, dass nun wirklich verschiedene Rechtsinstitute daraus wären gebildet worden: es kann zinslose precariae oblatae und unter Zinspflicht gestellte precariae remuneratoriae geben; man darf nicht sagen, diese letzteren seien Ususfruct, die ersteren Pacht. Insofern ist Roth beizustimmen, dass diese verschiedenen Arten der Precarie „ihrer rechtlichen Natur nach völlig identisch" seien; nur ist es zu eng, wenn die Precarie „juristisch als Einräumung eines ususfructus" definiert wird (Roth a. a. O. S 147).

Blosser Niessbrauch liegt vor in Fällen wie MR. UB. I Nr 105. 174. 220, wo vornehme Leute, wie Bertha nobilissima feminarum oder Graf Siegfried, Gut an eine Kirche geben, um es mit Kirchengut vermehrt zinslos oder unter blossem Recognitionszinse zurückzuempfangen. Schon einen erklecklicheren Zins zahlen die Grafen, welche mit dem Kloster St. Gallen Precarieverträge eingehen[5], vollends aber handelt es sich doch wohl um rein bäuerliche Pacht in der Mehrzahl der St. Galler Precarien, wo Kleinbauern ihr Gut auftragen und gegen Zins zurückempfangen[6]: eine Pacht mit Wahrung der vollen Freiheit und mit Vorbehalt des Rückkaufs für sich und Kinder und Kindeskinder, wobei allerdings die Möglichkeit bleibt, dass die Nachkommen, wenn die Statthaftigkeit des Rückkaufs abgelaufen war, sich bequemen mussten, Hörige des Klosters zu werden, um auf dem Gute bleiben zu können.

---

[5] Z. B. UB. St. Gallen Nr 57. 108. 170. 400.

[6] Z. B. UB. St. Gallen Nr 19. 22. 32. 46. 50. 55 u. s. w.

Diese Precarie mit Zinspflicht ist auch in Italien eine Hauptform der bäuerlichen Leihe geworden[7].

Die Precarie ist ein Institut des Volksrechtes; das will sagen, Streitigkeiten zwischen Gutsherrn und Zinsmann müssen vor Volks- (Land-) Gericht erledigt werden und der Zinsmann steht unter dem Schutze des Volks- (Land-) Rechtes. An Precarieverhältnisse, wie sie in den fränkischen Formelsammlungen bekundet sind, dürfen wir nicht denken, wenn wir in den Capitularien und andern Quellen von Uebergabe der Güter seitens der durch Kriegsdienst und Drangsale aller Art geplagten Kleinbauern an grosse Herren lesen; hier handelt es sich um Unterstellung mit Person und Vermögen unter strenge Munt, die nach aussen, im Volksgericht, den Herrn zum Repräsentanten des Bauern macht und nach innen eine Abhängigkeit von der Gnade des Grundherrn erzeugt, bis das Hofrecht einen den Bedürfnissen entsprechenden Ersatz schafft. Dem Hofrechte fallen freilich im Laufe der Zeit auch mehr und mehr die Precaristen anheim, zumal wenn die auf drei Leiber vorbehaltene Lösung nicht hat ausgeübt werden können. Es ist auch das Hofrecht der Hauptsitz der bäuerlichen Leihe: der Hauptsitz, nicht das ausschliessliche Gebiet ihrer Bethätigung.

Denn es darf nicht übersehen werden, dass auch das Landrecht des Mittelalters bäuerliche Leihe kennt. Der Sachsenspiegel spricht öfter von Zinsleuten und Zinsgut, deren Verkehr er sich im Landrechte denkt, und der Richtsteig Landrechts, z. B. cap. 21, lässt den Pächter, der auf Zinsgut sitzt, vor Landgericht gegen ungerechte Pfändung Klage erheben. Der freie Zinsmann (liber censualis) des Reichsspruches von 1232[8] steht nicht unter Hofrecht, sonst hätte die hier erhobene Frage gar nicht entstehen können. Die Sachsenspiegelglosse identificiert die Zinsleute des Ssp mit den Pfleghaften. Auch die Landsassen, die man sich ja nur als Zinsleute denken kann, stehen wenigstens in der Zeit, da die Gogerichte oder die diesen entsprechenden Centgerichte andrer Landesgegenden als Organe der Reichsverfassung functionieren, auf dem Boden des Landrechtes.

Die charakteristischen und auch juristisch besonders interessanten Formen der bäuerlichen Leihe sind hervorgerufen durch die verschiedenartigen wirthschaftlichen Bedürfnisse und entsprechen auch den verschiedenen Stufen des Fortschritts im Anbau des Landes. Und da dieser wirthschaftliche Ausbau in Deutschland wesentlich von den

---

[7] Wie aus Anselminus de Orto, Super contractibus emphyteosis et precarii et libelli atque investiturae, ed. Jacobi (Weimar 1854), hervorgeht.

[8] Pertz, Leges II 294.

grossen Grundherrschaften an die Hand genommen und von ihnen durchgeführt wird, so sind auch in ihren Kreisen die Antriebe zu den verschiedenen Pachtsystemen und Leiheformen entstanden, welche dann das Vorbild für die bescheideneren Erscheinungen im Landrechte gebildet haben. Die Entwicklung geht auf Erblichkeit der Pacht und in Verbindung damit auf Stärkung der Rechte des Bauers am Gute. Schon die Precarie hatte diese Richtung eingeschlagen: statt des quinquennium, auf das sie ursprünglich pflegte gestellt zu werden, freilich unter der Voraussetzung jeweiliger Erneuerung auf gleichen Termin[9], tritt Lebenszeit des Precaristen in den fränkischen Formeln als das Häufigste auf, dann wird die Dauer auf einige Generationen, gewöhnlich auf drei Leiber, ausgedehnt, was Anselm ab Orto in seinem Tractat als zum Begriff der Precarie gehörig angiebt (ita ut non transgrediantur tertiam generationem), und in St. Gallen schon früh auf alle legitimi heredes erstreckt[10].

Aber diese Fälle der Precarie, wo der Bauer sein Gut dem Kloster übertrug und es von ihm zu Leihe zurückempfing, stehen ausserhalb der Hauptbewegung, in welche die Pachtverhältnisse gelangt sind. Der maassgebende Impuls erfolgte vielmehr von der Seite her, wo die Klöster als Bahnbrecher der Cultur auch auf wirthschaftlichem Gebiete auftraten und den Urwald rodeten oder doch bisher unbebautes Land mit Colonen besetzten, oder in den Städten die ihnen aus der Almend ausgeschiedene Ausstattung in Bauplätze parcellierten.

Wir müssen uns vergegenwärtigen, dass zu Beginn des Mittelalters das Innere des heutigen Deutschland noch ein uncultiviertes Land war und bis tief in das 13. Jahrhundert hinein, in abgelegenen Gegenden noch länger, der Wald noch nicht auf das rationelle Verhältnis zum Culturlande reduciert war, sondern immer noch durch beständige Rodung der Anbau des Landes musste gefördert werden. Dieser Aufgabe hatten sich die Markgenossenschaften schon längst nicht mehr gewachsen erwiesen, sie war an die Klöster übergegangen. Mitten in den Urwald hinein, den die Könige dazu schenkten, wurden die Klöster gebaut, wie Fulda in die Buchonia, und die dos, die sie erhielten, viele Meilen Landes rings um den auserkorenen Sitz, musste nun selber erst durch harte Arbeit der Cultur gewonnen und nutzbar gemacht werden. Jahrhunderte später wiederholte sich dasselbe, was die fränkischen Könige zur Urbarmachung des Landes auf diesem Wege, durch Dotierung von Klöstern, bezweckt hatten, in klei-

[9] Rozière Nr 337. 345. 346 = Marc. II 9, 5. Form. Sal. Lindenbr. 4.
[10] UB. St. Gallen Nr 321. 364 u. a.

nerem Maassstabe auf den Gebieten der Territorialherren. Auch sie gründeten Klöster in wüsten Gegenden zur Ermöglichung intensiveren Anbaues, schenkten zumal Wald mit der Verpflichtung des Rodens. Da wurde nun planmässig das Leihesystem ausgebildet. Solch ein neu gegründetes Kloster entbehrte anfangs aller Hilfsmittel für energische Urbarisierung und Nutzbarmachung des Landes. | Wie dankbar war es, wenn ihm nicht nur Land, sondern auch Unfreie geschenkt wurden. Denn nicht Land fehlte zunächst, sondern Arbeitskraft. Was in nächster Umgebung des Klosters lag, bebauten die Mönche selbst mit ihren Wirthschaftsgehilfen; was weit ab vom Kloster lag, musste fremden Händen übergeben werden. Dazu reichten die vorhandenen Kräfte an Unfreien nicht aus; und auch wenn solche in genügender Zahl vorhanden gewesen wären, hätte man sie nicht fern von dem Centralsitze der Verwaltung bei ungenügender Ueberwachung sich selbst und ihrer Gewissenhaftigkeit überlassen können ohne Einräumung von Vortheilen, die ihnen den zur Bebauung übergebenen Grund und Boden zur Heimat zu machen geeignet waren[11]. Vollends war das der Fall, wenn freie Bauern zur harten Arbeit des Rodens sollten herangezogen werden. Vielmehr musste, damit das grosse Klostergut aus einer Wüste zu Culturland werden sollte, allen denen, die solche Arbeit auf sich nahmen, ein sicherer Besitz unter günstigen Bedingungen und zumal für die ersten Jahre unter möglichster Entlastung von Zinspflicht und andern Leistungen garantiert werden[12]; anders konnte man Niemandem zumuthen, die in den ersten Jahren ganz unergiebige Arbeit der Rodung des Waldes und der Herstellung des Ackerfeldes oder des Weinberges auf sich zu nehmen, um dann nach vollbrachter Mühe ins Elend gestossen einem neuen Pächter, der mehr bieten konnte, Platz machen zu müssen. So bedingte die Natur des

---

[11] Urk. von 1165 bei Walter, Deutsche RG § 525 Anm 5: quod sede incerta raro studiosus reperitur agricola, terre possessoribus possessionem ipsius perpetuavimus.

[12] Beispielsweise UB. St. Gallen Nr 309: novale damus, sub tali conditione, ut post sex annos censum plenum persolvat. Zinserlass für die ersten zwei Jahre bei unbebautem, erst noch zu cultivierendem Lande Mon. Bo. VIII 152: investivit eum de quadam pecia terre inculte ad censum (tres urnas vini), excepto in primis duobus annis debet conductor habere terram ex dono datam. Mon. Bo. IX 366: Predium per longum tempus desolatum accepit ab abbate in beneficium pro XL denariis annualiter persolvendis. Quod debitum est sibi ab abbate eo tenore ad trium annorum spatium relaxatum, ut idem predium ad pristinum usum redigat edificiis aliisque utilitatibus. MR. UB. I Nr 652: Halbpacht bei neu anzulegendem Weinberge. Das. I Nr 193: Leihe um Reben zu pflanzen; wenn die Reben gepflanzt sind, beginnt die Zinspflicht.

Anbaues die Tendenz auf Erblichkeit, auf erbliches dingliches Recht des Bauers an dem ihm zur Rodung überlassenen Lande[13]. Die Erbleihe ist das schon in den ersten Anfängen einer energisch an die Hand genommenen Urbarmachung mit Naturnothwendigkeit sich aufdrängende Ziel, wie wir das sowohl im Innern des Landes, in Schwaben, Ostfranken, Hessen, Niedersachsen u. s. w., als längs der Grenze in den eroberten slavischen Gebieten verwirklicht sehen. Nur darf man sich die Sache nicht so vorstellen, als sei die Erbleihe überhaupt und durchgängig das letzte Stadium der wirthschaftlichen Entwicklung gewesen in dem Sinne, dass sie den alten Zuständen unbekannt erst aus der Zeitpacht durch Consolidierung des bäuerlichen Rechtes am Gute herausgewachsen sei, und also später alle Pachtverhältnisse erblich geworden wären. Vielmehr entschied jeweilen der wirthschaftliche Zustand des Landes über das Vorwiegen der einen oder der andern Form: wo die Verhältnisse für den Grundherrn ungünstig, die Arbeitskräfte nicht zahlreich, die Bebauung schwierig war, musste man schon sehr früh zur Erbleihe gelangen. Unter günstigeren Umständen konnte der Grundherr noch zurückhalten, denn sein Vortheil war es nicht, zu früh ein noch nicht cultiviertes Land zu Erbleihe zu geben, er musste es um einen höchst bescheidenen Zins aus der Hand lassen, den er später nicht mehr erhöhen konnte, selbst wenn der Bauer durch gesteigerte Cultur die Rente wesentlich erhöht hatte. Er mochte daher vorziehen, Pachtverträge auf eine bestimmte Zahl von Jahren abzuschliessen, um so an der steigenden Rente participieren zu können; aber immer war das nicht möglich, und fand sich kein Pächter dafür, so war Erbleihe immer noch vortheilhafter als Selbstbewirthschaftung.

Das ganze Mittelalter hindurch gehen so die verschiedenen Formen der Leihe neben einander her, auch in einem und demselben Gebiete, je nach dem Stande der Wirthschaft und der Arbeitskräfte. In Italien war dasselbe der Fall, wie wir aus Anselms ab Orto Tractat entnehmen: die precaria ist ihm ein Pachtverhältnis auf höchstens drei Leiber (generationes), und ohne die Pflicht der Besserung des Gutes (neque hic necessaria est promissio meliorationis). Der Precarie steht am nächsten der Libellcontract, contractus libellarius, libellus schlechtweg: eine Leihe auf 29 Jahre (wohl zur Vermeidung der Einrede dreissigjährigen Besitzstandes und darauf basierten Eigenthums-

[13] Neugart, C. d. Alem. I Nr 779 (v. J. 983): Et quoniam ipsa possessio parva et angusta est et homines quos ibi inhabitare institui, nec in agris nec in pascuis aliquod subsidium habere noscuntur, placuit eos tali beneficio relevare, ut possessiones quas habent ad posteros suos hereditario jure transmittant.

anspruchs), nicht blos in Pachtverhältnissen angewendet, dem alten beneficium mit ususfructus näher stehend als dem neuen Zinslehen, häufig z. B. für Belehnung Geistlicher (plebani, Pfarrer) mit ihren Pfrundgütern in Anwendung gebracht, laut den zahlreichen Beispielen in Mem. di Lucca V c nicht nothwendig mit der Pflicht der Besserung. Dem gegenüber tritt die emphyteusis oder die Erbleihe mit der Pflicht der Besserung auf, ut de nemore fiat novale et ut terra inaedificata aedificetur et de non vineata vineata fiat, et, ut in summa dicam, ut melioretur. Die Erblichkeit ist also das Aequivalent der Urbarmachung, der Besserung[14].

In Deutschland finden wir nicht durchweg ganz die gleichen Leiheformen wie diese italienischen, aber doch die deutlichen Analoga dafür. Sehr verbreitet ist die Zeitpacht auf fünf Jahre, worin noch immer das quinquennium der alten Precarie nachklingt; hieher gehört die Landsiedelleihe in Hessen, die auf fünf bis zehn Jahre abgeschlossen wird, und bei der weder ein Recht des Bauers auf Besserung noch die Pflicht zu solcher besteht. Noch nicht erblich, aber auf eine längere Reihe von Jahren (20—36 Jahre) gestellt, tritt später die Leihe zu Mergelrecht auf, mit der Pflicht des Mergelns, d. h. der Besserung, bei verhältnismässig geringerem Zinse. Wo die Klöster den Anbau energischer an die Hand nahmen, griff sofort die Erbleihe, anfangs mit Halbpacht, Platz, in Hessen Leihe zu Waldrecht genannt[15]. Das ist offenbar auch der Fall des Besetzens eines Dorfes

---

[14] Auch die Ausdrücke mansi absi und mansi vestiti (s. Bd. I § 72 Anm 4) haben auf diese verschiedenen Wirthschaftsformen Bezug. v. Maurer, Fronhöfe I 345 ff. Mansi absi sind wüstliegende Güter, die mit keinen Colonen besetzt und daher mit keinem Inventar versehen sind; sie mögen als Fronländereien von dem Herrenhofe aus genutzt werden, aber sie bilden keine besondere Wirthschaft. Wurde ein solches Gut von einem Bauer unter der Pflicht der Besserung übernommen, so hiess das eben, er habe den mansus zu vestieren. Cart. de S. Victor de Marseille I Nr 72: Dono vobis terram, ut faciatis eam vestiri et mansionari. Daher die Halbpacht vestitio ad medium, dare ad medium vestum heisst. Das. Nr 99: W. dedit medietatem de villa A. monasterio. Fuerunt aliqui homines qui habuerunt alodem infra terminos ville, habuitque cum eis W. convenientiam, ut ipsi alodarii haberent medietatem de tasca de ipso alode, et ipse aliam qui locum vestivit. I Nr 598 s. Bd. I § 72 Anm 4. In diesem Sinne ist vestire = bessern, der mansus vestitus der von einem Bauer unter der Pflicht der Besserung übernommene und demgemäss durch Errichtung von Gebäuden und Ausstattung mit Inventar zur bäuerlichen Wirthschaft ausgerüstete Bauernhof. Vgl. UB. St. Gallen Nr 246: Et hoc volumus ut res ei per precariam concessa, ut ibidem domus edificii edificatur et cum sepe circumsepiatur et in omnibus melioratur, sicut sua ipsa proprietas, ita et istius curam habeat in omnibus meliorandi.

[15] Vgl. die alte Archivalnotiz bei Arnold, Ansiedelungen und Wanderungen

von wilder Wurzel, wovon Ssp III 79 § 1 spricht: Svar gebure en nie dorp besettet von wilder wortelen, den mach des dorpes herre wol geven ervetinsrecht an deme gude[16]. Die Dorfanlage erfolgte auf Waldboden, der gerodet werden musste, und die Ansiedler waren nur dadurch zu gewinnen, dass ihnen die Güter zu erblichem Rechte ausgethan wurden. Als dann die slavischen Gebiete colonisiert wurden und sich das Land vom Ausfluss der Elbe an aufwärts, durch die Gebiete der Stifter Bremen und Hamburg, und die Marken entlang und nach Schlesien hinein mit Ansiedelungen der rührigen Vlamänder und Westfalen bevölkerte, war die Erbleihe bald der gegebene Pachtmodus[17].

Dieselbe Erscheinung wiederholt sich in den Städten. Stadtanlagen waren für den Landesherrn so gut eine Speculation wie Klostergründungen, nur dass bei letzteren der landwirthschaftliche Ausbau des Landes, bei jenen die gewerbliche Entwicklung des Territoriums ins Auge gefasst war. Der Grund und Boden, den die Ansiedler in einer neu gegründeten Stadt erhielten, war auch ein heremus, freilich in einem andern Sinne als in jenen bäuerlichen Verhältnissen. Der Boden war nicht erst durch Rodung zu säubern, aber für die Zwecke, denen er aufkommen sollte, war er so wüst wie ein Stück Urwaldes für den Ackerbauer. Denn er wurde erst brauchbar durch Häuserbau. Was der Stadtherr gab, war die area, der Bauplatz, die Hofstatt; alles was die städtische Wirthschaft verlangte, die Besserung, musste der Pächter selbst herstellen, und daher konnte auch nur die erbliche Leihe aufkommen. Nicht blos bei Neugründung von Städten geschah dies. Auch in den alten Bischofsstädten zogen die mit grossen Stücken der Almend dotierten Klöster aus dem

---

S 544: Anno 1219 multa nemora exstirpabantur in Hassia, area vero ejus sub certo pretio colonis locabatur, ita ut certis annis pro dimidio haberent, postea cum exculta esset, totum solvebant.

[16] Hierher gehört als Beispiel UB. des Hochstifts Halberstadt I Nr 308 (um 1180): Colonisten im Bruch zwischen Oker und Bode habebunt in singulis mansis XIV agros Hollandenses, quorum unusquisque solvet in principio habitationis fertonem argenti in testimonium et singulis annis decimam suam in messe; post quartum vero annum unusquisque mansus solvet IV solidos singulis annis de censu et decimam sicut prius.

[17] Besonders die Urk. im UB. des Hochstifts Meissen I Nr 50 (von 1154), auch bei Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 256 Nr 36: qualiter strenuos viros ex Flandrensi provincia adventantes in loco inculto collocaverim, et in stabilem aeternamque et hereditariam possessionem tam ipsis quam omni eorum posteritati villam cum subscripto jure tradiderim etc. Vgl. Korn, Geschichte der bäuerlichen Rechtsverhältnisse in der Mark Brandenburg, Z f. RG XI 1 ff.

Anwachsen der Bevölkerung den Nutzen, dass sie ihr Land parcellierten und es zu Erbzinsrecht als Bauplätze ausgaben. Darüber ist schon in § 71 gesprochen[18].

Nicht als eine besondere Leiheform kann das sog. Meierrecht betrachtet werden. Auf seinen privatrechtlichen Inhalt angesehen ist es nichts andres als Erbleihe, in dem Worte Meierrecht findet blos eine wirthschaftliche Beziehung des Bauern zum Grundherrn ihren Ausdruck. Grössere Höfe hatten nämlich von jeher ihren Verwalter, villicus, Meier, gehabt, der als Beamter der Gutsherrschaft die Zinse und Gefälle einzog und der Hauptverwaltung verrechnete und ablieferte. Als dieser Meier im Laufe der Zeit sein Amt erblich machte und die Bauern durch harte und verschärfte Abgabenerhöhung drückte, ohne doch dem Grundherrn die Gefälle gewissenhaft abzuliefern[19], erzeigte sich die Nothwendigkeit, die Leistungen der Colonen bestimmter zu fixieren und andrerseits den Meier zu Abführung eines bestimmten Zinses an die grundherrliche Kammer zu verpflichten. Dasselbe Verfahren wurde auch bei zerstreut liegenden Ländereien eingeführt. Für solche mangelte ursprünglich eine derartige Verwaltungsbeamtung, und wenn noch eine grosse Entfernung vom Sitze der Grundherrschaft hinzukam, so erhöhte das die Schwierigkeit für den Bezug der Gefälle. Für solche Einzelgüter empfahl sich auch ein Aufgeben der directen Beziehung zwischen Grundherrn und Colonen, und das geschah dadurch, dass die Klöster mit Rittergeschlechtern Villicationsverträge abschlossen, wodurch sie ihnen den Bezug der Gefälle solcher Güter gegen einen bestimmten Zins überliessen, man kann sagen verpachteten: es war „eine Verpachtung der Einkünfte, nur in Form der Leihe“[20], denn der Ritter übernahm als villicus des Klosters die Gutsleihe gegenüber dem letzteren.

In der Folge aber konnte man die villici auch in dieser Gestalt entbehren. Sie wurden überflüssig mit der Consolidation der Landeshoheit und der Landesverwaltung. Die Villicationen konnten jetzt mit den landesherrlichen Vogteien oder Rentämtern verbunden werden[21], der landesherrliche Vogt war der für Aufnahme der Functionen des Meiers gegebene Beamte, zumal hinsichtlich der öffentlichen Rechte

---

[18] Ein vortreffliches und höchst anziehendes Bild der Entwicklung der bäuerlichen Pacht in Hessen giebt Arnold, Ansiedelungen und Wanderungen der deutschen Stämme, bes. Kap. 8 S 543—605, und über die städtische Entwicklung: ders., Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten.

[19] Wigand, Die Dienste S 30 und 31 Anm.

[20] Arnold a. a. O. S 577.

[21] Meyer, Das Colonatsrecht bes. im Fürstenthum Lippe I 65.

des Gerichtshaltens u. dgl., und der Bauer selbst wurde nun an Meiers Statt, loco villici, gesetzt für die bäuerliche Verwaltung und Verzinsung seines Gutes, d. h. das Gut wurde jetzt ihm direct verpachtet, nicht mehr dem Meier[22]. Einzelhofbesitzer traten ebenfalls in dieses Meierrecht, das seit Ende des 15. Jahrhunderts allgemein zu einem Verhältnisse der erblichen Leihe ausgebildet ist. Mit dem Eingehen der Villicationen wurde auch die Hofgemeinde, wo eine solche bisher unter dem Meier bestanden hatte, aufgehoben, und die Mitglieder derselben wurden Angehörige des Amtes, im Verhältnis zum Herrn dessen eigene Leute. Jetzt vereinigten sich leichter freie und unfreie Bauern unter dem Begriff der Eigenhörigkeit und unterschieden sich blos durch die Lasten, die ihre Güter trugen, von einander[23].

Will man das Meierrecht als etwas Besonderes aus der Erbleihe im allgemeinen ausscheiden, so kann man ihm höchstens die wirthschaftliche Eigenthümlichkeit zuschreiben, dass es an einer vollständigen bäuerlichen Wirthschaft, an einem die Familie ernährenden Bauerngut besteht, während Erbleihe im allgemeinen auch an einzelnen Acker-, Wiesen- und Weinbergstücken bestellt wird. In sachenrechtlicher Beziehung ergiebt sich aber kein Unterschied daraus[24]. Nur das lässt sich zugeben, dass der Charakter des Meierguts als einer ganzen bäuerlichen Wirthschaft besondere Grundsätze bezüglich Geschlossenheit der Höfe und singulären Erbrechtes hervorgerufen hat, die bei gewöhnlichen Pacht- (auch Erbpacht-) Gütern nicht denkbar sind. Insofern mag man von besonderm Meierrechte reden, wobei aber andrerseits auch wieder festzuhalten ist, dass in manchen Gegenden dieselben Grundsätze der Geschlossenheit und des besondern Erbrechtes der Bauerngüter gleichfalls bestehen, während der Ausdruck Meierrecht und Meiergut nicht üblich ist. So sind auch diese Grundsätze nicht Ausflüsse eines Meierrechts, sondern eines Rechtes der Bauerngüter.

§ 111. B. Rechtliche Natur der Leihe.

Die Leihe begründet ein dingliches Nutzungsrecht des Zinsmannes an dem ihm verliehenen Gute gegen Entrichtung von Zinsen und Leistungen verschiedenen Umfanges. Ein dingliches Recht ist es von Anfang an gewesen, gleichviel ob es sich um Zeit- oder Erbpacht

[22] Beispiele bei Wigand, Provinzialrecht von Paderborn u. Corvey II 263.
[23] Meyer a. a. O. I 123. 129 ff.
[24] So auch Stobbe, Handbuch II 2. Aufl. S 509 Anm 1.

handelt, denn in allen Fällen realisiert sich dieses Recht des Zinsmannes in einer Gewere am Gute[1]. Rein obligatorische Pachtverhältnisse im Sinne der römischen locatio conductio hat das deutsche Recht nicht zur Erscheinung gebracht, denn es kennt eine Detention nur auf Seiten desjenigen, der kein Recht auf Innehaben hat (des Verwalters, Amtmanns), nicht aber auf Seiten dessen, der auf Grund eines Rechtes inne hat. Es ist das des näheren schon Bd. I § 76 besprochen worden. Wer die Nutzung des Gutes bezieht, hat die Gewere, und wer in Geweren ist, übt ein dingliches Recht aus. Der Bezug der Nutzung aus dem Gute musste als Ausdruck einer Herrschaft über die Sache erscheinen, und die knappen obligationenrechtlichen Normen hätten hier in keiner Weise ausgereicht zu einer befriedigenden Gestaltung des Verhältnisses. Rechtlich und wirthschaftlich übrigens (beide Factoren greifen hier zusammen) war die dingliche Gestaltung von Anfang an nothwendig: rechtlich, weil wo Nutzung war, auch Gewere und dingliches Recht sein musste; wirthschaftlich, weil mit einer Leihe auf beliebige Kündigung der Ausbau des Landes nicht möglich gewesen wäre. Aus letzterem Grunde ist die ganze geschichtliche Entwicklung der Leihe eine fortlaufende Verstärkung des dinglichen Rechtes des Bebauers am Gute und ein Aufsteigen des ursprünglichen abgeleiteten Besitzrechtes zu vollem Eigenthum.

Die Verleihung erfolgte ursprünglich in analoger Weise wie die Belehnung, sodass also mit der concessio, welche der Gabe (traditio), der Eigenthumsübertragung oder der collatio des Lehns entsprach, auch eine investitura verbunden war. Eine solche hat sich oft noch lange erhalten[2], aber allerdings mehrentheils ist sie in Abgang gekommen. Wie verhält es sich jedoch mit dem Erfordernis der Gerichtlichkeit? Man nimmt für das Hofrecht an, und es soll hier nicht bestritten werden, dass der Gutsherr das Hofgut im Hofgerichte verlieh, obschon die Weisthümer[3] nur von der Uebertragung der Güter von Hofleuten an andere sprechen, und es denkbar wäre, dass Neuverleihung aussergerichtlich stattgefunden hätte. Keineswegs leichthin und einfach ist aber die Frage zu lösen, ob landrechtliche Leihen gerichtlicher Bestel-

[1] Gewere nach Land- oder nach Hofrecht, je nachdem die Leihe diesem oder jenem angehört. Wer ein in einen herrschaftlichen Hof gehöriges Gut zu Leihe empfängt, wird dessen Vertreter im Hofrecht und vor Hofgericht, weil er hier die Gewere hat. Im Landgericht muss der Leiheherr natürlich das Gut vertreten.

[2] So erwähnt Meyer, Das Colonatsrecht I 39 den zu Lemgo bestehenden Gebrauch, dass dem neuen Meier der Hof mit Torf und Zweig, den alten Investitursolennitäten, übergeben wird.

[3] Vgl. Stobbe, Auflassung S 181 Anm 114.

lung bedurft hätten. Die Schwierigkeit liegt darin, dass wir aus dem Kreise des Landrechtes nur solche Beispiele von Leihen haben, welche Güter geistlicher Anstalten betreffen, also Güter, welche (um mit dem Aktenstück bei Seibertz, UB. III Nr 1100 zu reden) sub libero comite non sunt constituta, oder (Westf. UB. Wilmans III Nr 1302) sedi que dicitur vriestol censum non solvunt. Wären Güter, die dem Landrichter ding- und dienst- (bezw. abgaben-) pflichtig waren, von Freien an Freie zu Zins ausgethan worden, so hätte das sicherlich so gut vor Landgericht erfolgen müssen wie Veräusserungen, Satzungen und Leibzuchtsbestellungen. Aber es ist ja von vornherein sehr die Frage, ob dergleichen Leihen möglich waren; die Zinsgüter des Sachsenspiegels sind sicher keine Freistuhlgüter, für welche die Uebertragung im echten Ding vorgeschrieben ist, und den im Ssp II 21 § 1 erwähnten Ritter, der Zinsgut hat, denke ich mir als einen solchen, der in einer Grundherrschaft ein Zinsgut erworben hatte, für das er in diese Herrschaft einen Träger, Huber, stellte. Lassen wir also diese Möglichkeit ausser Betracht, so fallen blos noch solche Leihen in Berücksichtigung, welche seitens geistlicher oder weltlicher Herren zu Gunsten freier Leute an Gütern bestellt wurden, die von der landrichterlichen Gewalt befreit, aus dem Nexus der Landgerichtsbarkeit eximiert waren, ohne deshalb in einen grundherrlichen Hof zu gehören. Hier nun fiel auch die Nothwendigkeit gerichtlicher Verleihung weg, und darum finden wir in der That die Leihe regelmässig durch Ausstellung des Leihebriefes begründet[4]. Dasselbe wiederholt sich in den Städten. Die städtischen Leihebriefe des 12. und 13. Jahrhunderts wissen nichts von gerichtlicher Verleihung. Denn die grossen Grundbesitzer, welche einzig die Leihe verwendeten, ausser dem Stadtherrn selbst vorzugsweise geistliche Stiftungen, hatten für ihren Grund und Boden selbst wieder hofrechtliche Verbände gebildet[5], wodurch die Leihe wie jeder Verkehr innerhalb dieses Verbandes dem städtischen Gerichte entzogen war. Erst mit der allmählichen Auflösung dieser Hofverbände, dem Eintritt der Handwerker, welche ihnen bisher angehört hatten, in das Schultheissengericht und der Consolidation der Einwohnerschaft zu einer Stadtgemeinde, also auch Unterwerfung der Leihegüter unter das Stadtgericht, änderte sich dies und wurde nun auch die Verleihung

[4] Z. B. NR. UB. II Nr 234: Nos prepositus et capitulum S. Cuniberti in Colonia Ottoni de Stipele mansum unum terre arabilis apud M. concessimus jure hereditario possidendum.

[5] Was in Köln sogar für die grösseren Höfe der altfreien Geschlechter gilt: Gobbers, Die Erbleihe, in Z der Savigny-Stiftung, german. Abth. IV 132.

zu Erbzinsrecht gerichtlich vollzogen. Man kann diesen Gang der Sache urkundlich genau verfolgen[6]. Im 12. und im grösseren Theile des 13. Jahrhunderts vollziehen die geistlichen Stifter der Städte ihre Leihen durch Ausstellung des Leihebriefes aussergerichtlich[7]; sowie aber gegen Ende des 13. Jahrhunderts die Hauptmasse der städtischen Zinsleute im Schultheissengerichte Antheil erlangt und ihre Erbzinshäuser selbst vor diesem veräussert und belastet, fällt auch die Verleihung selbst dem gerichtlichen Verkehre anheim[8], und nach mancherlei Schwankungen[9] wird seit der Mitte des 14. Jahrhunderts die städtische Leihe immer gerichtlich vollzogen[10].

Dem entspricht es auch, dass wo Privatpersonen Güter zu Erbleihe geben, die Erben consentieren müssen[11].

Wo die Leihe erblich geworden ist, muss auch der Erbe des verstorbenen Zinsmannes eine der Lehnsmuthung analoge Handlung vornehmen und die Beleihung nachsuchen, wofür er eine oft nicht unerhebliche Abgabe, den Ehrschatz, zahlt.

Sollen nun aber die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Zinsherrn und Zinsmann dargestellt werden, so kann das nur in Beschränkung auf das Allgemeinste hier geschehen. Denn einmal sind dieselben in den verschiedenen Perioden des Mittelalters ausserordentlich ungleich, weil die Ausbildung der Leiheverhältnisse in beständigem Flusse begriffen ist und zwar in der Richtung eines fortwährenden Aufsteigens von abgeleitetem Besitze zu vollem Eigenthum des Zinsmannes am Gute. Besonders ist in den Städten die Erbleihe schon im 15. Jahrhundert auf einen Boden gestellt, der von

---

[6] Es ist allerdings nicht in allen Städten ganz gleich und es haben hie und da besondere gerichtliche Verhältnisse und singuläre Einflüsse der Grund- und Bodenzustände eingewirkt.

[7] Als Muster vgl. etwa die Urk. von 1250 bei Arnold, Zur Geschichte des Eigentums S 319: Nos decanus et capitulum ecclesie S. Petri Basil. Burchardo dicto O. ortum ad ecclesiam S. Petri spectantem sub jure hereditario pro censu annuo septem solidorum . . . . concessimus perpetuo possidendum.

[8] Gerichtliche Erbleihe von Heinrich dem Scheider an Ulrich ohne Sorge im J. 1300, bei Arnold, Zur Gesch. des Eigentums S 396. Ebenso vom Kloster St. Clara an einen Bürger in einer ungedruckten Basler Urk. des St. Peters Stifts v. J. 1306.

[9] Wie aus den Urkunden bei Arnold a. a. O. zu ersehen.

[10] Wie die Urkunde von 1386 bei Arnold a. a. O. S 478 das typische Formular giebt. Für Frankfurt vgl. etwa C. d. Francof. (Böhmer) S 121 a. E. 247. In Köln sind die Erbleihen vor Schreinsgericht vollzogen behufs Eintragung in die Schreinsbücher: Gobbers a. a. O. S 174 f.

[11] C. d. Francof. (Böhmer) S 121 a. E.

dem Eigenthum des Zinsherrn am Gute selbst wenig übrig gelassen hat. Die Entwicklung ist durchweg die, dass noch in der ersten Zeit des 14. Jahrhunderts der Zinsmann, der sein Haus sammt der Hofstatt veräussern will, es dem Zinsherrn auflassen muss, damit dieser es dem Kaufliebhaber verleihe; bald darauf begnügt man sich mit dem blosen Consense des Zinsherrn, und im 15. Jahrhundert ist auch dieser Consens oft weggefallen und blos Vorbehalt des Zinses bei der Veräusserung erforderlich[12]. Als Eigenthümer sieht sich dann schon vollständig der Zinsmann an, obschon immer noch die „Eigenschaft" des Zinsherrn vorbehalten wird, wie die charakteristische Formel lautet: das Haus zinse von Eigenschaft wegen dem Domstifte zehn Schillinge, sonst sei es frei ledig Eigen des Verkäufers. Hinwiederum im 14. Jahrhundert verkauft der Zinsherr noch den Zins und die „Eigenschaft" des Hauses[13], während später der Zins schlechtweg verkauft wird.

Unter diesen Umständen musste auch bezüglich der Nutzung und Bewirthschaftung des Guts eine fortwährende Steigerung der Rechte des Zinsmannes eintreten, wie schon der Ssp I 54 § 5 dem Erbzinsmann, nicht aber dem Zeitpächter gestattet Steinbrüche anzulegen, Lehm zu graben und Holz zu hauen.

Weiter aber waren die Leistungen des Zinsmannes an den Zinsherrn bei den einzelnen Arten von Gütern und je nach dem persönlichen Stande des Bebauers sehr verschieden und mannigfaltig; es handelt sich für uns hier nicht darum, diese Verschiedenheiten nach ihrer wirthschaftlichen Bedeutung zu untersuchen, es ist blos die juristische Seite zu charakterisieren.

---

[12] Typen für diese drei Stufen: 1. Domum suam, quam a nobis jure hereditario possidebat, super altare S. Petri resignavit publice. Nos vero ad petitionem ipsius eandem domum Heinrico fabro pro VII solidis annuatim hereditario jure concessimus in perpetuum possidendam. Arnold a. a. O. S 320 f., ebenso S 323. 324. 325 u. s. w. — 2. H. Kumdervon verkauft vor Gericht an H. v. Ratolsdorf sein Haus, Erbe vom Steinenkloster, unter Zinspflicht von 30 Schill. und 18 Pfg., um 35 Pfd. und fertigt ihm den Kauf. Dis ist beschehen mit willen und gunst der priorin an ir selbs und des conventes stat, die lenfrowen über das verkoft hus sint. Arnold S 460. Zwischenstufe zwischen 1 und 2 etwa S 450. So auch v. Wyss, Abtei Zürich, Urk. Nr 166. — 3. Diese dritte Stufe gehört erst der neueren Zeit an. Vgl. auch die ausführliche Darstellung dieser Entwicklung in Köln bei Gobbers a. a. O. S 206—214.

[13] Arnold a. a. O. S 440: der Zinsherr verkauft im J. 1327 noch „die zwei phunt phenning geltes zinses, vier ringe wisunge und fünf schillinge erschatzes, die eigenschaft und alles das recht so wir hatten an dem huse, umb vierzig phunde, und geloben die köufer dis kofes gegen menglichem für lidig eigen ze werende".

In erster Linie stehen die Abgaben, die als directes Aequivalent der Bodennutzung erscheinen, Zins und Dienste. Streng genommen ist überhaupt nur der Zins, census, das Aequivalent der Nutzung, er ist eigentlich die Verkörperung des Nutzwerthes des Eigenthums, am deutlichsten als solche erkennbar in den alten landwirthschaftlichen Leihen, wo der Zins von den auf dem Gute selbst gewonnenen Früchten entrichtet wird, Kornzins von Ackerland, Weinzins von Weinbergen u. s. w. Es ist bei der Erbleihe eben das bedeutsam, dass der Zins den ursprünglichen (geringen) Werth des unbebauten Bodens repräsentiert und einer Steigerung nicht mehr fähig ist, wie z. B. in den Strassburger Erbleihen so constant, dass es als zum Wesen der Erbleihe gehörig darf angesehen werden, der Zins sine omni augmentatione, one höher steigen, fixiert wird[14]. Ein ungeheurer Antrieb für den Zinsmann zu Besserung des Guts, die allen Mehrertrag allein in seinen Schooss warf! Ueber Abführung des Zinses enthalten die Leihebriefe die mannigfaltigsten Bestimmungen und Vereinbarungen, ob Bring- oder Holschuld[15], ob der Schaffner des Herrn auf Kosten des letztern oder des Bauers den Zins holen soll, in sumtibus domini oder coloni, ob mit den Gefässen des Herrn, in vasis domini, auf wessen Gefahr der Transport zu geschehen hat u. s. w.[16].

Ob der Bauer bei Unglücksfällen eine Zinsremission oder Zinsreduction beanspruchen könne, ist in den Leihebriefen ebenfalls sehr verschieden vereinbart, doch wiegt das Wegbedingen jeglichen Erlasses vor, nach der häufigen Formel: der Zins sei zu zahlen trotz Acht, Bann, Krieg, Feuer, Wasser, Hagel u. s. w.[17]. War nichts festgesetzt, so ist wohl anzunehmen, dass gewohnheitsrechtlich keine Remission zugelassen war.

Die Dienste sind meistens Zeichen hofrechtlicher Abhängigkeit

---

[14] UB. Strassburg Bd. III. Vgl. C. d. Anhalt. II Nr 146: Erit census iste stabilis et perhennis a dicte ecclesie provisore nullatenus majorandus.

[15] Der Ssp I 54 § 2 stellt, wohl für den Fall mangelnder gegentheiliger Vereinbarung, den Satz auf, der Herr habe den Zins beim Hause des Bauers zu heischen.

[16] Beispiele: Quellen von Köln (Ennen und Eckertz) II Nr 89; Würdtwein, Subs. dipl. VI Nr 156; Mone, Zeitschr. VII 48.

[17] Etwa NR. UB. I Nr 449; Mon. Bo. XXXVIII Nr 31; Quix, C. d. Aqu. I Nr 70; C. d. Francof. (Böhmer) S 215. Dagegen UB. St. Gallen Nr 309: zwei Drittel bei Misswachs; das. Nr 328 Ermässigung bei Unfruchtbarkeit; Mon. Bo. II 209 Nr 31, III 165 Nr 63 bei Unglücksfällen Taxation der Zinspflicht durch die Nachbarn; MR. UB. I Nr 617: Remission bei Unglück; Mon. Bo. XXXVIII Nr 91: „Herrennoth" trägt der Grundherr. Streng ist C. d. Rheno-Mosell. I Nr 32: Si vindemiarum sterilitas evenerit, tantum vini quantum in vineis nostris creverit, persolvat, pro reliquo vero XVIII solidos pro qualibet carrata.

und bedeuten, dass das verliehene Gut die Wirthschaft des Herrenhofes muss bedienen helfen. So wenn in Basel von den Häusern des St. Leonhardsstifts ein Schnitter zur Zeit der Ernte zu stellen ist, eine Pflicht, die sonst nur noch bei den alten bischöflichen Zinsgütern vorkommt[18], so weist das auf frühere hofrechtliche Fronpflicht, die dieses älteste Stift der Stadt für seine noch längere Zeit beibehaltene Landwirthschaft hat fortdauern lassen.

An die Zinspflicht schliesst sich die Pflicht zu Entrichtung des Ehrschatzes, honorarium, laudemium, Handlohn, eine Handänderungsgebühr, in mutatione manus zu zahlen, und zwar bald „so sich die Hand verwandelt des Leihenden halb", bald so sie sich wandelt „des Empfangenden halb", bald bei Verwandlung „des Leihenden und des Empfahenden halb". Er steht oft in einem bestimmten Verhältnisse zum Zins und beträgt etwa einen vollen Jahreszins oder eine Quote desselben.

Die besonders hervorgehobene Pflicht des Zinsmanns zu gehörigem Unterhalte des Gutes[19] ist auch Anlass zu einer kleinen Abgabe an den Herrn geworden. Es hat nämlich der Herr das Recht, ein oder zwei Mal im Jahre das Gut zu besichtigen, lustrare (MR. UB. I Nr 652), um sich von der gehörigen Instandhaltung zu überzeugen. Hiefür wird dann die unter dem Namen Weisung, revisorium, vorkommende Abgabe entrichtet[20]. Sie findet sich constant bei den Basler Erbleihen, wird an Fastnacht und an Martini geleistet und besteht in zwei Brotringen und einem Pfund Pfeffer[21].

Alle diese Gefälle und Leistungen tragen den Charakter von Reallasten, d. h. also sie belasten blos das Gut, nicht die Person des Zinsmannes. Das liegt schon in dem alten Rechtssatze enthalten: qui negligit censum, perdat agrum[22]. Der säumige Zinszahler kann nur das Gut verlieren, weiter ist für ihn keine persönliche Verpflichtung vorhanden. Für den Ehrschatz spricht das vielleicht auch neben-

---

[18] Laut Basler Bischofsrecht § 15 (RQ von Basel I 11). Das ist der Achtschnitter, ⸗ähte = Herrenland. Im Weisthum von Maursmünster bei Schöpflin, Als. dipl. I Nr 275 giebt daher das Kloster den Schnittern Achtebrot, nicht mit Schöpflin panis qui hora octava datur ad manducandum, sondern die Verköstigung für den Dienst auf der Ahte.

[19] „Das Gut in Bau und Ehren halten", wozu auch gehört der Wiederaufbau verbrannter Gebäude: Quellen von Köln (Ennen und Eckertz) II Nr 89. 143.

[20] MR. UB. II 403. 405. 406. 414.

[21] Trouillat II Nr 441. 455. 500. Bei Arnold a. a. O. passim.

[22] Als legale et antiquum dictum bezeichnet in Cap. von 846 c. 63 (Pertz I 392).

her das Rechtssprichwort aus: die Henne trägt das Handlohn auf dem Schwanze, indem darin liegt, dass der Ehrschatz völlig an dem Wesen des Zinses Theil nimmt[23]. Auch Buteil und Besthaupt, die in hofhörigen Verhältnissen neben Zins und Ehrschatz rangieren, sind dann als Reallasten zu betrachten, so richtig es ist, was Stobbe[24] anführt, dass das Besthaupt sich bei Theilung des Guts multipliciere und bei Wiedervereinigung sich wieder reduciere. Denn damit ist doch nichts gegen die Reallastnatur des Besthauptrechtes bewiesen. Das Entscheidende ist, ob es dem Bauer nachfolgt, wenn er das Gut verlässt, und ob der neue Bauer rückständiges Besthaupt entrichten muss. Praktisch mag die Frage nicht von Wichtigkeit gewesen sein; der Bauer bezw. der Erbe wurde eben nicht vom Gute gelassen, ohne dass er das Inventar zurückliess.

Wie bemerkt stimmt mit der Reallastnatur dieser Pflichten das alte strenge Recht überein, dass bei Nichterfüllung derselben Verlust des Gutes eintritt, der Herr es einzieht. Es ist das für ihn das hauptsächlichste Executionsmittel, und es braucht nicht erst durch Vertrag eingeräumt zu werden, sondern ist ihm schon von Rechts wegen gegeben, wie die Urkunden sagen: si negligentes fuerimus, ut lex praestit negligentibus, de ipsa terra nos pontificium habeatis ejiciendi[25]. Die Einziehung des Gutes erfolgt sowohl wegen Zinssäumnis als wegen Deterioration[26]. Aber von diesem strengen Grundsatze hat sich frühe eine Milderung zunächst durch Vertrag, dann oft gewohnheitsrechtlich festgestellt, die freilich noch hart genug ist: die Zinsbusse bei versessenen Zinsen. Schon die alten Precariebriefe enthalten den Satz: si de censu negligens existam, fidem exinde faciam neque rem perdam; anstatt der Einziehung des Gutes soll Verbürgung des Zinses (wohl mit Busse) auf kurze Frist gestattet werden[27]. Daraus hat sich der Gebrauch des sog. Rutscherzinses entwickelt, in verschiedener Stärke, am weitestgehenden nach dem in Ssp I 54 § 2 aufgenommenen Grundsatze: Sve sinen tins to rechten dagen nicht ne gift, tvigelde sal he ine geven des anderen dages, unde alle dage also,

[23] Der oft aufgestellte Gegensatz (vgl. Stobbe, Handbuch II 2. Aufl. S 541 Anm 56) „contractliche Verpflichtung und Reallast" ist jedenfalls ungenau, denn auch Reallasten werden durch Contract begründet.

[24] Handbuch II 2. Aufl. S 535 Anm 30.

[25] Rozière Nr 325 = Marc. II 41. UB. St. Gallen Nr 144. 158.

[26] Ersteres z. B. Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1723; UB. Augsburg I Nr 7; NR. UB. I Nr 449; MR. UB. I Nr 456. 477. 556 u. sonst; letzteres MR. UB. I Nr 557. 652.

[27] Näheres über den Sinn dieser Formel unten in § 122 S 235 f.

de wile he ine under ime hevet[28]. Wie zu erwarten, finden sich darüber die mannigfaltigsten localen Besonderheiten. In Süddeutschland sollte Rückfall des Gutes an den Herrn oft erst nach mehrjähriger Säumnis eintreten[29], selbst ohne Zinsbusse[30].

Das Recht der Gutseinziehung schliesst in sich das minus des Pfändungsrechts für versessene Zinse. Beides ist nicht Ausfluss der Gewere am Gute, wie man früher annahm, denn der Zinsherr hat dem Bauer gegenüber keine Gewere, sondern Ausfluss des Eigenthums, später der Grundherrschaft. Das Pfändungsrecht war sicherlich so gut wie das Heimfallsrecht altes Rechtsprincip und brauchte nicht erst durch Vertrag eingeräumt zu werden.

Der Heimfall traf aber auch die Besserung, denn der Zinsmann hatte die Pflicht gehabt, das Gut zu bessern[31], und die Meinung war, dass bei Endigung der Leihe die Besserung auf dem Gute bleiben solle[32]. Das verstand sich auch ohne besondere Erwähnung in den Leihebriefen von selbst in Verhältnissen, wo man die Pflicht zur Besserung durch Erleichterungen in der Zinsleistung ausglich. Sollte bei Rückfall des Gutes dem Bauer die Besserung ersetzt werden, so musste es besonders vereinbart werden[33]. Das Princip, dass die

---

[28] Grimm, Weisth. I 1. Bei Guden, Sylloge S 265 von 14 zu 14 Tagen je 20 Denare Busse, nach dreimal 14 Tagen Verfall des Gutes an den Zinsherrn. UB. Strassburg I Nr 79. 80. v. Wyss, Abtei Zürich, Urk. Nr 172: auf Mahnung Verdoppelung von 8 zu 8 Tagen. UB. des Landes ob der Enns I 613: wenn die Zinsbusse die Höhe des Zinses erreicht hat, soll das Gut an den Herrn gefallen sein.

[29] UB. des Landes ob der Enns I 605: erst im fünften Jahre; Mon. Bo. XXXIIIa Nr 115: erst im dritten Jahre. Analogie hiezu Mon. Bo. I 192 Nr 164: si forte tribus annis non dederit et in quarto non emendaverit, propria sit ejusdem altaris ad agenda cottidiana servitia (hier ist eine Unfreie mit der Pflicht 5 Pfg. zu zahlen übergeben). In den St. Galler Urk. ziemlich constant Verdoppelung im zweiten, Verdreifachung im dritten Jahre, bei Säumnis nach drei Jahren Rückfall des Gutes.

[30] In UB. St. Gallen scheinen Nr 246 und 310, verglichen mit 539 und 540, darauf hinzuweisen, dass es sich nicht um Strafverdoppelung handelt, sondern blos der neue Zins zum alten hinzugezählt wird.

[31] UB. St. Gallen Nr 29: ipsa villa tenire et usare facias et nullum pontificium habeas de ipsa villa nec vindere nec donare nec alienare nec aminuare, sed in quo possumus semper meliorare faciamus. In den Precarieformeln regelmässig: nec sit eis concessa facultas alienandi etc., imo meliorandi.

[32] Cum omni supraposito, cum rem emeliorata vel supraposita ad nos redeat. Beständig in den Precariebriefen.

[33] Mon. Bo. XXXVIII Nr 120: quod curiam edificent suis laboribus et expensis de scitu C., S., C. et H., ut si domini nostri curiam habere voluerint, quod tunc eedem expense edificiorum facte sibi secundum taxationem quattuor virorum totaliter refundantur.

Besserung dem Bauer gehöre und einen Bestandtheil seines Allodialvermögens bilde, das der Herr bei Heimfall des Gutes oder im Concurse des Zinsmannes oder bei gutsherrlichem Retract auslösen müsse, ist erst in der neueren Zeit auf Grund der Consolidation des sog. Nutzeigenthums des Zinsmannes zum Durchbruch gekommen[34]. Im Mittelalter hat es sich blos darin geäussert, dass in Folge der Besserung das Gut fähig wurde, noch weitere Lasten zu tragen, und der Zinsmann nun berechtigt war, hinter den Zins (census) noch Renten (redditus) auf das Gut zu legen, wie schon in § 71 dargestellt. Die merkwürdige Trennung des neueren Rechtes zwischen Zinsgut und Besserung als Allod ist die Folge des zu Eigenthum erstarkten Rechtes des Zinsmannes.

§ 112. C. Insbesondere Tragerei und Einzinserei.

Zum Schlusse sei kurz eines Verhältnisses erwähnt, das nicht ausschliesslich, aber doch vorzüglich bei der Erbleihe in den Quellen zur Sprache kommt: der Tragerei und der Einzinserei.

Seitdem der Zinsmann freier über das Gut verfügt, wird Theilung desselben möglich, namentlich auch bei Erbgang, sofern nicht gegentheilige Vereinbarung sie von vorneherein ausgeschlossen hat oder das Meierrecht den Uebergang des ungetheilten Gutes auf den Anerben mit Ausschluss gleich naher Verwandter fordert. Diese Theilung darf aber die Rechte des Herrn nicht beeinträchtigen, und besonders muss darauf Bedacht genommen werden, dass ihm gegenüber die Einheit des Gutes gewahrt werde. Und da nun sein Recht wesentlich als Recht auf den Zins praktisch geübt wird, so ist auch die Hauptsache, dass die Einheit des Zinses und der Zinszahlung aufrecht erhalten bleibe. Denn so lange das der Fall ist, muss auch eine allfällig nöthig werdende Execution als eine einheitliche, auf das ganze Gut gerichtete zulässig bleiben. Also zweierlei: zunächst und so lange sämmtliche Zinspflichtige den Zins regelmässig und rechtzeitig aufbringen, rein im Interesse der Bequemlichkeit des Zinsherrn die Vorschrift, dass er sich nicht Theilung des Zinses braucht gefallen zu lassen, nicht genöthigt werden kann, von einer grösseren Anzahl von Pächtern kleine Zinsraten in Empfang zu nehmen, sondern von einem einzigen den ganzen Zins zu beziehen hat. Dann aber als Folge davon, da nun auch nur der gesammte Zins in Rückstand gerathen kann, das Recht des Zinsherrn, bei Execution sofort das Gesammtgut in Anspruch zu nehmen, ohne

---

[34] Handbuch II 2. Aufl. S 516 Anm 47, S 520.

sich von einzelnen Theilhabern Lösung ihrer Theile gefallen lassen zu müssen.

Dieses doppelte Interesse, das des Herrn an Einheit des Zinses, das des Bauers an Theilung des Gutes, wird befriedigt durch das Institut der Tragerei: unter den mehreren Theilhabern des ursprünglich einheitlichen Gutes wird einer, in der Regel der Besitzer der grössten Parcelle, als Trager des Zinses bezeichnet; er ist dem Herrn gegenüber für die Zahlung des ganzen Zinses verantwortlich und hat seinerseits die Raten der übrigen einzuziehen. Die Theilhaber heissen Einzinser. Das Verhältnis finde ich schon i. J. 1102 im MR. UB. I Nr 405: Hildegard macht sich und ihre Nachkommen der Abtei Prüm wachszinspflichtig und bestimmt, ut senior suae stirpis per subsequentes generationes hoc debitum a reliquis acceptum ad altare S. Salvatoris annuatim deferat. In den Weisthümern erscheint es dann recht häufig[1].

Das aus der Einzinserei für die Einzinser entstehende Verhältnis gegenüber dem Zinsherrn ist das einer Gesammtverpflichtung, d. h. einer Gemeinderschaftsschuld, wo keiner sich durch Zahlung seines Antheils befreien kann, sondern alle zusammen das Ganze zahlen müssen. Kommt es daher zur Execution, so bleibt jedem einzelnen Einzinser keine andere Wahl, als durch Zahlung der Gesammtschuld das ganze Gut zu lösen oder durch Dereliction seines Antheils auszuscheiden, falls ein anderer lösen will und kann. Weiter findet keine Haftung statt, so lange der Zins reine Reallast ist.

Erst als die Zinspflicht auch persönlich wurde, complicierte sich das Verhältnis. Es hatten nämlich dieselben Grundsätze auch auf Renten (Gülten) Anwendung gefunden, wenn das rentenbelastete Grundstück getheilt wurde, und als nun an die rein dingliche Rentenbelastung sich auch eine subsidiäre persönliche Haftpflicht anschloss und die Schuldbriefe mit Hypothek mehr und mehr die Rentenbriefe in sich aufnahmen, begnügte sich der Rentengläubiger nicht mehr mit Dereliction der einzelnen Parcellen seitens der Inhaber. Wurde ein Einzinser insolvent, so konnten die andern nicht mehr schlechtweg durch Preisgeben ihrer Theile sich befreien, denn sie waren alle

[1] Z. B. Grimm, Weisth. I 685 Z. 1 v. o.: es soll auch niemant von zweier hand güeter huber sein, so viel der erben seint, die ein hauptguet zu teilen haben, die alle sollen einen träger und hubrecht geben; I 715 Z. 6 v. u., I 53 Z. 7 v. u.: welcher och der gröst ist in einer schüppis oder in einer hub, der sol die andern zins infahen und inziechen und antwurten einem amptman, und ist denn demselben der der gröst ist in der hub oder schüppis, das recht behalten zu den anderen zinsern die mit im zinsend, das minen frowen gen inn behalten ist.

subsidiär persönlich haftbar. So blieb ihnen nichts anderes übrig als in solchem Falle den Theil des insolvent gewordenen Einzinsers zu übernehmen und für den ganzen Zins aufzukommen. Ausnehmend hübsch ist dieses Verhältnis im Züricher Recht entwickelt und noch im privatrechtlichen Gesetzbuch zum Ausdruck gebracht worden [2]. Der Geschreite, d. h. der Einzinser, auf den bei Insolvenz eines andern die Schuld gefordert wird, darf nicht fliehen, sondern er muss ziehen.

---

[2] Bluntschli, Rechtsgeschichte von Zürich II § 42; Privatrechtl. Gesetzbuch § 815—830.

Zweiter Abschnitt.

Das Mobiliarsachenrecht.

§ 113. I. Gewere an Fahrnis.

Dingliche Rechte sind diejenigen, welche sich in einer Gewere an der Sache realisieren. So annehmbar dieser Satz für das Immobiliarsachenrecht erscheinen mag, so bedenklich könnte seine Geltung im Mobiliarrechte gefunden werden. Man möchte gegen dieselbe einwenden, dass es eben gar keine Gewere an der einzelnen Fahrnissache gebe, somit auch für das dingliche Recht die Möglichkeit realer Verwirklichung fehle, und als letzte Consequenz, dass es darum an Fahrnis keine dinglichen Rechte gebe, dass man Fahrnis nur in Detention habe. Ich habe schon im § 79 angeführt, was diese Ansicht unmöglich macht. Man kann sich überhaupt einen Rechtszustand nicht denken, ohne wirkliche dingliche Rechte an Fahrnis anzunehmen, und auch der eben erwähnte Einwand ist nicht stichhaltig.

Allerdings ist die Gewere nach ihrer äusseren Gestalt verschieden bei Liegenschaften und bei Fahrnis, aber ihrem innern Wesen und juristischen Gehalte nach ist sie doch bei beiden dieselbe: Herrschaft über die Sache in der doppelten Richtung, dass man des Gebrauchs oder der Nutzung derselben gewaltig ist und nach aussen die Sache vertritt und gegen jeden Angriff mit allen Mitteln des Rechts, gegen Eigenmacht sogar mit eigener Gewalt, vertheidigt. Darum giebt es auch bei Fahrnis so gut wie bei Liegenschaften Rechte, die darin ihre Verwirklichung finden, dass man die Sache in Geweren hat, sie jederzeit gebrauchen und benutzen, überhaupt die Herrschaft darüber üben kann, also dingliche Rechte; und wir haben in § 76 und 79 gesehen, dass als solche dingliche Rechte alle diejenigen zu betrachten sind, welche eine thatsächliche Herrschaft über die Sache begründen: neben Eigenthum und Pfandrecht auch das Recht des Commodatars, des Miethers, des Depositars.

Wann hat man nun aber eine Fahrnissache in seiner Herrschaft? wann ist die Gewere über Fahrnis begründet? Ein einseitig auf die Spitze getriebenes Festhalten am ursprünglichen Wortsinne könnte zu folgender Argumentation veranlassen. Gewere ist vestitura, das räumliche Herrschaftsgebiet, Haus und Hof, und die von dem Hofbesitzer darüber geübte Herrschaft selbst. Da Fahrnis für sich allein kein Herrschaftsgebiet bildet, sondern nur innerhalb eines solchen liegt, in vestitura befindlich ist, so kann auch nur der die Gewere über Fahrnis haben, in dessen Haus und Hof sie untergebracht ist: die Fahrnis befindet sich also immer in den Geweren desjenigen, der die vestitura des liegenden Gutes hat, welches sie aufgenommen hat. Das hiesse nach Ciceros (pro Murena 12) bekanntem Ausspruche in omni jure civili aequitatem relinquere, verba ipsa tenere. Das deutsche Recht hat sich von dieser Einseitigkeit fern gehalten; sie hätte sich auch als ganz unzulänglich erweisen müssen. Einmal schon nach folgender Richtung: wer bei einem Ritte über seine Besitzungen von Räubern angefallen und des Pferdes beraubt worden wäre, hätte zwar das Pferd vindicieren können, wo er es wieder traf, weil es ihm aus seiner Gewere gegen seinen Willen weggekommen war; aber wie hätte er seine Klage begründen können, wenn er auf offener Landstrasse, in fremdem Lande des Pferdes wäre beraubt worden? aus seiner vestitura, aus seinem Besitzthum war es ihm nicht geraubt. Das Recht konnte sich einleuchtendermaassen nicht dabei begnügen, eine Fahrnissache nur so lange als in Geweren ihres Inhabers befindlich zu betrachten und zu schützen, als sie sich wirklich in dessen Haus und Hof befand. Der Reisende, der über Land ritt und unter Räuber fiel, die ihm seine Habe nahmen, der Kaufmann, dem Wegelagerer auf einsamer Strasse seine Waaren raubten, musste gleichen Rechtes geniessen, wie der auf seinem Hofe durch Räuber Ueberfallene, welche seinen Stall leerten, oder wie der Handelsherr, dessen Magazin durch nächtlichen Einbruch ausgeräumt wurde. „Fahrnis in Geweren haben" will also nicht sagen: „Fahrnis in seiner vestitura, in seinem Hause, auf seinem Hofe haben", sondern, nach dem ursprünglichen Sprachgebrauche: sie in manu vestita, unter seinem Gewahrsam, in seiner Gewalt haben.

Damit ist auch die Möglichkeit gegeben, dass man eine Fahrnissache in seinen Geweren hat, obschon sich dieselbe in Haus und Hof eines Andern befindet. Voraussetzung ist nur, dass der Einbringende sie unter eigenem Verschlusse hält. Also nicht nur der auf freiem Felde, auf offener Heerstrasse sein Pferd Reitende, seinen Waarenzug Führende hat Pferd und Waaren in seinen Geweren, sondern auch der auf fremdem Gute sich Aufhaltende kann seine mitgeführte Habe in

seiner Gewere behalten. Die Quellen bezeugen das in Anwendung auf verschiedene Fälle, hauptsächlich in Bezug auf Sondergut von Frau und Kindern und auf die Effecten von Reisenden. Das Magdeburger Recht, wie es Sondergut der Ehefrau zugelassen hat, zieht auch die Gerade zu dieser Möglichkeit heran, was nach altem sächsischen Landrechte nicht denkbar war: hätte die Frau, sagt die Glosse zu sächs. Weichbildrecht § 23[1], etwas in ihrer beschlossenen Gewere, da Niemand den Schlüssel dazu trägt als sie allein, so gehört das zu der Gerade, nicht zu dem Erbe, wenn es auch seiner Natur nach nicht unter die gesetzlich der Gerade zugewiesenen Gegenstände fällt[2]. Umgekehrt daher werden auch Gegenstände, die von Haus aus zur Gerade gehören, wenn sie der Vater seinen Kindern schenkt und in ihre Gewere, in ihren Separatverschluss überantwortet, zu Erbe[3]. Hier ist also die Möglichkeit einer Gewere unabgesonderter Kinder an Fahrnis, die im Hause des Vaters bleibt, gegeben, und ebenso kommt es vor[4], dass unabgesonderte Söhne, die in des Vaters Gewere sitzen, doch schon bei Lebzeiten des Vaters als im Besitze von Pferden befindlich gedacht sind, die ihnen der Vater geschenkt hat, und „dy sy als or gegeben gut in or gewer in des vaters behusunge zcu sich genomen und entpfangen haben".

Ebenso gilt von dem reisenden Gaste, dass er seine mitgeführten Sachen in Geweren behält, solang er sie nicht dem Wirthe zur Verwahrung ausdrücklich anvertraut hat. Es ergiebt sich das schon daraus, dass nur in letzterem Falle der Wirth dafür haftbar gemacht ist[5]. Denn Haftpflicht und Gewere müssen zusammentreffen: ist der Wirth verpflichtet, dem Gaste für abhanden gekommene Sachen aufzukommen, so muss ihm auch die Verfolgung des Diebes und nöthigenfalls die gerichtliche Klage gegen den Besitzer der bei ihm gestohlenen Sache zustehen; diese Klage hat aber ihr Fundament darin, dass die Sache dem Kläger gegen seinen Willen aus seiner Gewere gekommen sei. Umgekehrt: braucht der Wirth dem Gaste nicht zu haften, so wird

[1] Ausg. von Daniels S 291 Z. 42.

[2] Aehnlich Wasserschleben S 104 c. 203.

[3] Magd.-Bresl. syst. Sch.-R. IV 2, 89: Eyn man gebe synen kindern silberyn gefesse und antworte en das en ere gewere u. s. w.

[4] Wasserschleben, Princip der Successionsordnung S 180 f.

[5] Lörsch, Aachener Rechtsdenkmäler S 115 Art. 63: Weirt sache dat eyn gast geve synen vert zo halden gelt, golt, silver off ander have, ind dan deme werde dat gestolen worde, dat were he schuldich deme gast zo richten. — Einstellen des Pferdes in den vom Wirthe angewiesenen Stall zur Wartung des Thieres durch den Wirth ist ebenfalls Anvertrauen in die Gewere des Wirthes: Ruprecht von Freising II c. 71.

zu, nicht blos der Aeste, sondern auch der Wurzeln und selbst des Stammes[2].

3. Ueber den Erwerb jagdbarer Thiere ist schon in § 74 gesprochen. Hier ist blos noch die eigenthümliche Behandlung des Erwerbes von Bienenschwärmen zu erwähnen. Wilde Bienenschwärme können occupiert werden, aber wenn der Schwarm ausfliegt, wird die Verfolgung nur beschränkt gestattet. Die Volksrechte sagen darüber: findet man in einem hohlen Baume einen Schwarm, so mag man den Baum mit drei Kreuzen anzeichnen[3] und hat dadurch den Schwarm in sein Eigenthum gebracht. Nach Ed. Roth. 319 ist dies sogar in fremdem Walde gestattet ausser in königlichem Bannforste; nur wenn der Herr des Waldes bei der Besitznahme hinzukommt, darf jener blos den Honig wegnehmen. Entfernt sich der Schwarm aus dem Baume oder einem Stocke und siedelt sich in einem fremden an, so hat der bisherige Eigenthümer, wenn er ihm sofort nachgeht, nach lex Bai. XXII 8 u. 9 das Recht, unter Beiziehung des Eigenthümers des neuen Wohnsitzes durch Räucherung und dreimaligen Schlag mit dem Rücken der Axt an den Baum die Bienen herauszujagen, aber die, welche im Baume bleiben, gehören dem Eigenthümer des Baumes.

Im späteren Mittelalter gehen sächsischer und schwäbischer Gerichtsgebrauch aus einander; der sächsische giebt dem Eigenthümer des Bodens, auf welchem sich ein anderswo ausgeflogener Schwarm gesetzt hat, das sofortige Occupationsrecht, „denn die Biene ist ein wilder Wurm“ (sächs. Weichb. 118), der schwäbische gestattet Verfolgungsrecht während dreier Tage (Schwsp [W.] 301, übereinstimmend mit lex Bai. XXII 8).

4. Fund. Durch Fund wird nicht sofort Eigenthum erworben. Nach lex Rib. 75 und Ssp II 37[4] muss der Finder, will er nicht als Dieb behandelt werden, die gefundene Sache öffentlich aufbieten. Meldet sich binnen sechs Wochen Niemand als Eigenthümer, so behält der Finder den dritten Theil und die zwei andern fallen an den Richter[5].

---

[2] Hübsche Einzelheiten Kraut, Grundr. a. a. O. Nr 12—19.

[3] Tres decuriae, lex Wisig. VIII 6, 1.

[4] Bremen (Oelrichs S 109) Art. 75. Hamburger Stadtr. von 1270 XII 6. Lübeck (Hach) Cod. II Art. 80.

[5] Dasselbe gilt bezüglich des Schatzes: Stobbe, Handb. II 2. Aufl. S 644 Anm 22. Hier zu erwähnen ist noch das „Mulefe“, herrenlos während sechs Wochen und drei Tagen herumlaufendes Vieh verfällt der Herrschaft. Schweiz. Idiotikon I Spalte 649. Ferner: geschlagenes und binnen bestimmter Frist nicht abgeführtes Holz verfällt der Genossenschaft, ist „verlaubriest“.

5. Grundruhrrecht. Uralter Grundsatz (s. Bd. I S 367) war, dass wenn ein Fahrzeug auf der See oder auf Binnenwasser untergeht, den Grund berührt, der Grundherr ein Recht auf die darin befindlichen Güter hat. Dieses Recht bestand trotz Verboten der Könige Wilhelm von Holland, Ludwig von Baiern und Karl IV.[6] fort. Ludwig und Karl gaben selbst mehreren Städten, so Frankfurt, Basel, noch besonders das Privileg, dass Niemand von ihnen Grundruhr nehmen dürfe[7]. Besonders scharf wurde das Strandrecht an der See ausgeübt (abgeschafft durch CCC Art. 218). Da die Meeresufer gemäss der bei der Regalität dargestellten Entwicklung als Eigenthum des Königs, bezw. des Landesherrn betrachtet wurden, so konnte auch das Strandrecht unter diesem Gesichtspunkt, als fiscalisches Regal, zum Scheine gerechtfertigt werden.

6. Verdienen der Früchte. Wer in Bewirthschaftung eines Gutes alle zur Hervorbringung der Früchte nöthige Arbeit vollendet hat, der hat die Früchte verdient, d. h. ist berechtigt, sie einzuheimsen, auch wenn zur Zeit der Ernte das Gut nicht mehr in seiner Nutzung steht. „Wer säet, der mäht." Einige Hauptanwendungsfälle sind:

a. Stirbt ein Lehnsmann ohne Lehnserben, so dass das Lehnsgut an den Herrn zurückfällt, so nimmt doch der Allodialerbe das verdiente Gut aus dem Lehn. Ssp II 58 § 2 führt das in Bezug auf eine Reihe von fructus industriales durch, für die alle jeweilen ein bestimmter Heiligentag als Termin des Verdientseins angesetzt ist.

b. Stirbt die Ehefrau vor der Ernte, so hat der Ehemann, der

[6] Bei Kraut, Grundr. a. a. O. Nr 30 ff.

[7] Böhmer, C. d. Francof. S 537. Heusler, Verfassungsgesch. von Basel S 331 Nr 3. Vgl. Urk. von 1391 im Solothurner Wochenblatt 1828 S 415: Wir der Schultheiss, die Räthe und die Burger von Freiburg in Uechtland . . . als ausgekommen ist, dass ein Schiff mit Kaufmannschatz, so von unserer Stadt gegangen ist, in der Herrschaft zu Aarberg gesunken und Grundrühre gethan hat, hievon aber Schultheiss und Rath zu Bern als von der Herrschaft wegen zu Aarberg, so ihnen zugehört, das Schiff und den Kaufmannschatz, so darin war, ausgehoben und zu ihren Handen genommen haben, und meinen dazu Recht zu haben als von der Grundrühre wegen, und seither aber die von Bern auf unsre Bitte das Schiff mit Kaufmannschatz (mit Unterschied so viel dess uns und den unsern gehört) haben ledig gelassen, doch ihren Rechten hernachmals unschädlich, so gesprechen wir, dass ihnen das hernachmals, ob es zu Schulden käme, an ihren und an unseren Rechten kein Schaden sein soll. — Noch 1458 verkauft Thomas von Falkenstein an Solothurn die Herrschaft Gösgen mit Leut und Gut, Zinsen, Steuern . . . Grundrühren etc. Soloth. Wochenblatt 1821 S 231. Der Herausgeber bemerkt zu diesem Worte, nachdem er die richtige Erklärung gegeben: „zuweilen gleichbedeutend mit Alluvionsrecht" (?). In Weisthümern z. B. Grimm I 424 Z. 5 v. o.

die Frauenliegenschaft noch bestellt hat, das Recht auf Bezug der Früchte[8].

c. Der Mann stirbt nach der Bestellung seiner eigenen Liegenschaft, woran er der Ehefrau Leibzucht eingeräumt hat; auch da beziehen die Erben des Mannes die Früchte[9].

d. Löst der Pfandschuldner das Pfand nach Bestellung des Feldes, so hat der Gläubiger noch die Früchte zu beziehen[10].

e. Der gutgläubige Besitzer einer fremden Sache behält den Anspruch auf Bezug der Früchte, wenn er sie vor Anhebung der auf Herausgabe des Gutes gerichteten Klage gesäet hat. Von Anhebung der Klage an gilt er nicht mehr als in bona fide befindlich; hat er daher das Feld bestellt nach der Klagerhebung und wird er zur Herausgabe des Gutes verurtheilt, so verliert er die Früchte[11].

Gewöhnlich wird dieses Princip vom Verdienen der Früchte juristisch so formuliert, der Besteller des Feldes habe das Recht, das Eigenthum der Früchte durch die Ernte zu erwerben[12]. Die mittelalterliche Anschauungsweise aber dürfte das nicht gewesen sein. Einen Hinweis auf andre Auffassung giebt der in Weisthümern vorkommende Satz, dass die Saat fahrende Habe sei[13]. Ist die Saat, obschon noch im Felde stehend und im Boden wurzelnd, sind Baumfrüchte und Trauben, obschon noch an den Bäumen und den Weinstöcken hängend, schon Fahrnis, so gelten sie rechtlich als vom Boden schon separiert, und weil verdient, auch percipiert; juristisch: das Eigenthum daran ist sofort mit der Bestellung des Feldes erworben. Sie bilden vom Momente der Feldbestellung an einen Bestandtheil der Fahrnis (des Ehemannes, des Allodialerben u. s. w.), woran die Erben der Frau, der Lehnsherr u. s. w. kein Recht haben. Das Rechtssprichwort sagt das bestimmt: „Hat die Egge das Land bestrichen, so ist die Saat erworben." Das spätere sächsische Lehnrecht hat diesen Satz denn auch in einer vielleicht nicht besonders correcten, formalen Unter-

[8] Ssp III 76 § 3. Wasserschleben S 231 c. 76.

[9] Wasserschleben, Princip der Successionsordnung S 181.

[10] Mon. Bo. XXXVIII Nr 79: si hoc non fecerimus (wenn wir das Pfand nicht lösen) ante festum b. Petri ad cathedram, extunc fructus industriales de bonis castri provenientes usibus domini nostri episcopi (Gläubigers) quoad illum annum cedere tenebuntur, ut de cultura eisdem bonis per eum tunc impensa emolumentum hujusmodi consequatur.

[11] Ssp II 46, vgl. II 44 § 2. Richtst. Landr. 27 § 4. Schwsp (L.) 211. Heusler, Gewere S 218. S. auch Ed. Roth. 151. 354: wer wissentlich fremden Boden bebaut oder pflügt, verliert Gebäude, Arbeit und Früchte.

[12] Stobbe, Handbuch 2. Aufl. II 679 f.

[13] Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 63 Nr 53. 54.

ordnung unter das römische Recht so ausgedrückt: durch das Begehen des Landes mit der Egge geschieht die Perception der Früchte. Diese Fassung zeigt, dass der Eigenthumserwerb sofort mit der Feldbestellung eintrat. Man fühlte das Bedürfnis, diesen vom römischen Rechte abweichenden Satz doch mit demselben in Einklang zu setzen, und gelangte daher zu diesem formalen Auswege.

§ 115. B. Eigenthumsübertragung.

Die Uebertragung einer Fahrnissache auf einen Andern bedarf keiner Solennität wie die einer Liegenschaft, wohl darum, weil keine Herrschaft (vestitura) übertragen wird, sondern die Sache aus der Vestitur des Tradenten in die des Empfängers übergeht, ohne deren rechtlichen Bestand zu verändern. Es bedarf daher vor allem keiner Investitur, und auch Auflassung ist nach dem ursprünglichen Sinne dieser Handlung nicht möglich.

Auch von Erbenlaub und Erbeneinspruchsrecht ist bei Veräusserung von Fahrnis keine Rede. Der Eigenthümer überträgt seine Fahrnis ungehindert durch Rechte der Erben. Der Grund dieser unbeschränkten Verfügungsfreiheit dürfte kaum darin zu finden sein, dass die Anwartschaftsrechte des Erben auf Fahrnis schwächer waren als auf Liegenschaften, sondern sie hat sich schlechthin durch die Forderungen des Verkehres aufgenöthigt. Denn die Rücksicht auf die Erben tritt doch auch so weit möglich in Wirksamkeit und hat immer noch gewisse Schranken gezogen: wohl mag jeder sich seiner Habe nach Belieben entäussern, solang er sich selber diese Entbehrung auflegt, aber er soll nicht Fahrnis weggeben können, wenn er selber nicht mehr von dem Verluste betroffen wird, er soll namentlich nicht Vergabungen von Fahrnis machen können, welche erst seinen Erben fühlbar werden.

Diesem Princip dienen zwei Sätze; sie werden gewöhnlich im Erbrechte besprochen, gehören aber richtiger Weise an diese Stelle, aus gleichem Grunde wie wir die Vergabungen von Liegenschaften auf den Todesfall im Immobiliarsachenrecht besprochen haben.

Der erste Satz, vom Sachsenspiegel im Zusammenhange mit den für die Eigenthumsübertragungen an Liegenschaften nothwendigen Voraussetzungen ausgesprochen, ist der, dass Niemand ohne Consens der Erben fahrende Habe vergaben mag, wenn er sich im Zustande einer Leibesschwäche befindet, die seinen baldigen Tod erwarten lässt. Mit ihrer Einwilligung mag er es thun, denn das im Ssp I 52 § 2 bestimmt ausgesprochene Motiv ist das, dass Niemand Habe weggeben

soll zu einer Zeit und unter Umständen, da er selbst die Folgen nicht mehr empfindet, sondern nur seine Erben schädigt, und die Glosse fügt dazu bei, wer sein Gut alsdann erst vergebe, da er es nicht mehr geniessen könne, der vergebe nicht das Seine, sondern das seiner Erben sei. Der Satz selber ist von den verschiedenen Quellen in ein sehr mannigfaltiges Gewand gekleidet. Die alten Quellen, die Sache concret sinnlich anfassend, fordern ein gewisses Maass von Körperstärke und stellen geradezu Kraftproben auf, die zur Giltigkeit der Vergabung erforderlich sind. Der Sachsenspiegel spricht nur von den Ritterbürtigen und verlangt von ihnen solche Leibeskraft, die sie befähigt, mit einem Schwerte umgürtet und mit einem Schilde bewehrt ohne Hilfe ein Streitross zu besteigen von einem Steine oder Stocke eine halbe Armlänge hoch, falls man ihnen Ross und Steigbügel hält[1]. Es grenzt schon an Trivialität, wenn die Glosse dazu ausführt, ein Bürger könne über seine Habe verfügen, dieweil er so stark sei, dass er ohne Hilfe zu Wegen und Strassen gehen und so lang stehen mag, bis er in gehegtem Ding die Gabe gethan habe; im Siechbette alles was er über das Bettbrett hinweg reichen mag[2]; ein Bauer, solang er einen Umgang umpflügen kann eines Morgens lang; eine Frau, solang sie zur Kirche zu gehen vermag, wenn sie davon gesessen ist zwanzig Ruthen[3].

Was die Glosse hier von dem Bürger sagt, ist in deutlichem Anklang an das Magdeburger Schöffenrecht gesprochen. Bleiben wir aber vorläufig noch bei dem Landrechte stehen, so ist zweierlei zu bemerken: zunächst begreift es sich vollständig, dass für Vergabungen von Liegenschaften das Erfordernis bestimmter Körperkraft nicht aufgestellt ist[4], denn sie waren unter allen Umständen, mochten sie bei voller Gesundheit oder auf dem Todbette vorgenommen werden, an den

---

[1] Ssp I 52 § 2, reproduciert in Schwsp (W.) 45 = (L.) 52.

[2] Damit ähnelt UB. St. Gallen Nr 490: es schenkt einer sein ganzes Vermögen, excepto servo meo et si aliquid ego ipse de pecunia mea in die obitus mei pro anima mea cum manu mea donare voluero.

[3] Das auch häufig in Weisthümern, z. B. Grimm, Weisth. I 13 § 25, I 21 § 29, I 46 § 13, I 106 Z. 20 v. o., I 160 Z. 11 v. o., III 877 Z. 5 v. u. Beispiele des Hauptprincips im Stadtrechte: Wasserschleben S 166 c. 32, S 393; Stendaler Urtheilbuch, Urth. Nr 20, 1 (Behrend S 84). Das Magd.-Bresl. Recht von 1261 § 18 gestattet Vergabung im Siechbette bis auf drei Schillinge: Nichein man noch nichein wip die ne mach an irme suchebette nicht vorgeben boven drie schillinge an ir erben gelop. So auch Verm. Ssp I 20 d. 4.

[4] Obschon hie und da auch bei Vergabung von Liegenschaften erwähnt, Hist. Frising. Nr 607: Ratolt viriliter circumcinctus gladio suo stabat in medio triclinio domus suae tradiditque in capsam S. Mariae quicquid habuit in J.

Consens der Erben gebunden. Zweitens aber liegt die Bedeutung dieses für die Fahrnis aufgestellten Satzes darin, dass wenn der Vergabende starb, ohne wieder zu Kräften zu kommen, die Erben die vergabte Sache zurückfordern konnten, während wenn sich der Vergabende von seiner Krankheit erholte, wohl auch die Vergabung in Kraft blieb und weder er noch seine Erben den Beschenkten zur Rückgabe anhalten konnten.

Im Stadtrechte ergab sich die Erweiterung, dass auf erworbenes Immobiliargut (Kaufeigen), dessen Veräusserung dem Consens der Erben entzogen war, sofort dieses Erfordernis der Leibeskraft ausgedehnt wurde, und so spricht die Glosse in der oben mitgetheilten Stelle von diesem Requisit in Ausdrücken, welche vorzugsweise auf die Vergabung von Liegenschaften in gehegtem Dinge passen, und die Goslarer Statuten 9, 14—18 sagen, ein Mann möge mit seinem gewonnenen Gut thun was er wolle, ausser im Siechbett zu geben; im Siechbett möge er es nur vergeben mit Erbenlaub[5].

Der zweite Grundsatz ist der, dass man keine Vergabung von Fahrnis machen kann, ohne sich des Besitzes sofort zu entäussern; donner et retenir ne vaut[6]. Der Verm. Ssp spricht es sehr deutlich aus I 20 d. 4: Vorgibt eyn man icht sines erbes adder sines gutes, daz on ducht, he moge dez wol gewaldig sin, daz en ist keyne gabe, unde ist ouch unrecht[7].

Das Motiv dieses Satzes ist ebenfalls Schutz der Erben des Vergabenden, daher ist eine solche Vergabung mit Verbleiben der Sache bei dem Schenker durchaus giltig, sobald die Erben ihren Consens dazu ertheilt haben. Das spricht indirect das Dortmunder Stadtrecht aus[8], hauptsächlich aber folgt es aus dem Satze des Ssp I 20 § 1, dass der Mann seiner Frau Morgengabe bestellen könne ohne Erbenlaub. Die Morgengabe bleibt im Besitz des Mannes, sie könnte also

---

[5] Dortmunder Statuten (Frensdorff S 28) c. 14: Si aliquis egrotat ad mortem, nihil potest dare sive in mobilibus sive in immobilibus nisi de consensu heredum.

[6] Quod vulgariter dicitur, quod nemo possit dare et datum penes se retinere, Trouillat II Nr 289 (hier allerdings gelegentlich einer Liegenschaftsschenkung gesagt).

[7] So auch Gosl. Stat. 9, 8. Andere Beispiele noch bei Albrecht, Gewere Anm 511.

[8] Stat. c. 14 (Frensdorff S 28): Si etiam bene sanus est corpore, non potest vendere vel alienare hereditatem suam sine consensu heredum nec dare paratos denarios aut promittere, nisi illos in momento det de manu sua et se ab illis amplius excludat.

nach der Hauptregel nur mit Erbenconsens gegeben werden, aber der Sache entsprechend wird hievon eine Ausnahme gemacht.

Wenn in den obigen Stellen (Verm. Ssp und Gosl. Stat.) der hier in Frage stehende Satz auch in Bezug auf Immobilien als zu Recht bestehend aufgestellt wird, so ist das insofern nicht ganz genau, als er auf Liegenschaften bezogen eine andere Bedeutung hat, die seinem eigentlichen Sinne nicht mehr entspricht. Denn das konnte nie die Meinung sein, dass einer seine Liegenschaft nicht vergaben dürfe unter Vorbehalt des Niessbrauchs, dass er sie vielmehr sofort in die Gewere des Begabten übertragen und darin lassen müsse. Die Meinung ist vielmehr bezüglich der Liegenschaften die, dass blosses Schenkungsversprechen nicht genüge, sondern dass die Auflassung in gehegtem Ding müsse vollzogen werden. Wie es kam, dass diese beiden unter sich doch ganz verschiedenen Gedanken zusammengeworfen wurden, zeigt das Magdeburger Recht. Dasselbe, wie übrigens schon das ältere Recht (unten § 196 f.) hatte die Vergabungen auf den Todesfall vor gehegtem Dinge auch bei Fahrnissachen, besonders bei Fahrniscomplexen zugelassen; damit war nach dieser Richtung der Satz „geben und behalten gilt nicht" gebrochen, aber man wollte das nicht rund anerkennen, sondern gab der Sache die Wendung, eine Vergabung vor gehegtem Ding stehe einem sofortigen Weggeben rechtlich gleich und sei also giltig. In dieser Gestalt: wer vor gehegtem Ding vergabt hat, der ist der Sache nicht mehr gewaltig, passt der Satz auf Liegenschaften und auf Fahrnis, und darum braucht ihn der Verm. Ssp für beides. Richtiger aber unterscheidet die angeführte Stelle des Dortmunder Statuts.

Für diesen Gedankengang giebt einen Beleg Wasserschleben S 118 c. 245: es handelte sich darum, ob eine nicht gerichtlich vollzogene Vergabung von Fahrnis auf den Todesfall giltig sei; und das Gericht erkannte: „Was der tode bey seynem lebin zeynis gutis zeynem gesellen yn seyne gewere geantwort hat, das mag her behalden, hat abir der tode icht stant eygens gelassen und varnde habe, die yn seynes selbis were bestorbin ist unvorgebin vor gehegtem dinge, das gebort seynen nesten erbnemen." Der Gegensatz ist also hier antworten in die Gewere und hinterlassen in seiner eigenen Gewere unvergabt vor gehegtem Dinge: das Vergaben vor gehegtem Dinge steht demnach rechtlich dem Antworten in die Gewere gleich.

Wenn man daher heutzutage vielfach sagt, das deutsche Recht habe durch Zulassung von Fahrnisvergabungen auf den Todesfall schon früh den Satz, dass geben und behalten nicht gelte, aufgeopfert, so ist das im praktischen Erfolge zutreffend, nur muss man nicht ver-

gessen, dass es formell juristisch damals nicht so angesehen wurde, eben weil man solche Vergabungen nur auf dem Wege gerichtlicher Fertigung zuliess und vermittelst dieser sich die Uebergabe sofort vollzogen dachte.

III. Pfandrecht.

§ 116. A. Gesetztes Pfand.

Wir haben keine Veranlassung, für das Pfandrecht an Fahrnis andre Grundgedanken, andre leitende Principien zu vermuthen, als wir sie bei der Satzung von Liegenschaften gefunden haben. Denn der Zweck ist durchaus derselbe: Sicherung und eventuelle Deckung eines Anspruchs. Und es ist in der That der Charakter des Fahrnispfandrechts so völlig derselbe wie der des Immobiliarpfandrechtes, dass ich bezüglich der rechtlichen Natur desselben durchweg auf das in § 101 Gesagte als auch hier geltend verweisen kann[1]. Schon die Ausdrücke sind dieselben, ein keineswegs zu unterschätzendes Merkmal der Gleichheit beider Institute; Satzung, Weddeschat, Bekümmerung, satzen, bekümmern, Pfand werden für Fahrnis und Liegenschaften gesagt. Vergleicht man das Fahrnispfandrecht der Volksrechte mit den vorzugsweise aus Formeln und Urkunden uns bekannten Grundstücksverpfändungen, so findet man beide gleichmässig functionierend.

Das alte Recht kennt nur ein Faustpfandrecht, Kisten- oder Schreinpfandrecht, bei Fahrnis. „Ohne Besitz kein Pfand[2].“ Die bei den Immobilien gegebene Möglichkeit, durch bedingten Verkauf und bedingte Tradition den Verpfändungszweck zu erreichen, ohne sich des Besitzes entäussern zu müssen, versagte bei der Fahrnis schon darum, weil der Erwerb eines dinglichen Rechtes an fahrender Habe nur dadurch zu erreichen war, dass dieselbe in die Gewere des Berechtigten gelangte. Für das Fahrnispfandrecht gelten somit nach dem eben Bemerkten die gleichen Grundsätze wie für das mit Besitz des Gläubigers verbundene Satzungsrecht an Liegenschaften; nur erscheint bei dem Fahrnispfande eine Frage viel entschiedener in den Vordergrund gestellt, die bei der Immobiliarsatzung mehr zurücktritt, obschon

---

[1] Es hängt mit der dort begründeten Abweichung von der Ansicht Stobbes zusammen, dass ich auch hier das Gegentheil dessen annehmen muss, was Stobbe, Handbuch 2. Aufl. II 684 sagt: „Das Pfandrecht an Mobilien steht unter völlig andern Regeln als das an Immobilien, und hat eine viel continuierlichere Entwicklung gehabt als dieses.“

[2] Erst das spätere Mittelalter hat Ansätze zu Pfandrecht an Fahrnis ohne Besitzübertragung, so in Lübeck; s. Stobbe, Handbuch II 686 f.

sie bei beiden gleichmässig gelöst ist, diejenige der Haftung für Verderb und Untergang des Pfandes. Es ist nämlich einleuchtend, dass der Besitz eines Fahrnispfandes für den Gläubiger nicht ebenso unbedenklich und selbst vortheilhaft ist wie der Besitz eines Immobile. Bei Grundstücken ist die Gefahr des Unterganges oder des gänzlichen Verlustes ganz ausgeschlossen oder doch, selbst bei Häusern, geringer als bei Fahrnis. An Grundstücken ferner versteht sich die Nutzung des Gläubigers von selbst, schon darum, weil das Gut, ohne Schaden zu leiden, gar nicht unbebaut kann gelassen werden, bei Fahrnispfändern dagegen ist die Benutzung und der Gebrauch gewöhnlich nicht nur zur Erhaltung der Sache in gehörigem Stande nicht nothwendig, sondern ihr geradezu verderblich. Der Gläubiger läuft also bei Fahrnispfand eine grössere Gefahr als bei Grundpfand, ohne entsprechenden Nutzen davon zu haben, und das tritt unwillkürlich in den Rechtsquellen dadurch hervor, dass sie fast ausschliesslich beim Faustpfand von dieser Gefahr sprechen, obschon ein rechtlicher Unterschied gegenüber dem Grundpfande hierin nicht besteht. Wir müssen in dieser Hinsicht zwei Entwicklungsstufen unterscheiden, welche eine mehr als nur oberflächliche Veränderung im Wesen des Fahrnispfandrechtes bekunden.

Die ursprüngliche Auffassung, mit dem Princip der Immobiliarsatzung parallel laufend, ist die: das Pfand ist provisorische Baarzahlung unter Vorbehalt des Lösungsrechtes des Schuldners. Muss also der Gläubiger darauf gefasst sein, dass ihm das Pfand wieder abverlangt wird, so hat er darauf Bedacht zu nehmen, dass es unter seinen Händen nicht verringert wird, und er haftet als Inhaber der Gewere und somit als Vertreter der Sache für jeden, auch für den durch Zufall entstandenen Schaden. Darum braucht auch nicht gesagt zu werden, dass er das Pfand nicht benutzen und gebrauchen dürfe; er mag es thun, denn er thut es auf seine Gefahr, und wenn das Pfand dadurch in seinem Werthe geschwächt wird, so muss er dem Schuldner, der die Lösung anbietet, den Minderwerth ersetzen, so gut wie der Pfandgläubiger einer Liegenschaft, wenn er dieselbe verwahrlost, etwa ein Haus hat in Verfall gerathen lassen, Schadenersatz zahlen muss. Der Gläubiger hinwiederum hat durch Annahme des Pfandes von vornherein erklärt, dass ihm dasselbe für seinen Anspruch genüge; geht es bei ihm mit oder ohne sein Verschulden zu Grunde, so hat er kein Recht auf Ersatz.

Für das älteste Recht stehen sichere Quellenzeugnisse nicht zu Gebote, die Volksrechte reden fast nur von genommenem Pfande (Pfändung), wovon später zu sprechen ist. Zwei Stellen, die schon

verschiedene Deutung erfahren haben, scheinen eher das Gesagte zu bestätigen. Die lex Alam. 89 § 2 (Merkel S. 77) und die lex Fris. add. VIII 1 nämlich sagen: wenn ein zu Pfand gesetzter Unfreier oder ein verpfändetes Thier Schaden anrichtet, so muss dafür der Eigenthümer, nicht der Pfandgläubiger aufkommen, während bei genommenem Pfand die Haftpflicht am Gläubiger hängen bleibt. Ich glaube, dass sich diese Entscheidung nur auf das Verhältnis zwischen Eigenthümer und Gläubiger beziehen kann; denn der Beschädigte selbst hält sich wohl unter allen Umständen nur an den Gläubiger, aus dessen Gewere heraus ihm der Schaden zugefügt ist. Es fragt sich also nur, ob der Gläubiger den Schaden an sich haben müsse oder ob er ihn dem Eigenthümer aufbürden könne[3], und jenes soll bei genommenem, dieses bei gesetztem Pfande der Fall sein. Per argumentum a contrario würde dann daraus folgen, dass wenn der Gläubiger selber dem Pfande Schaden zugefügt hat, der Eigenthümer bei der Lösung dessen Ersatz beanspruchen kann.

Ganz rein treffen wir nun jedenfalls die gegebene Auffassung im Ssp III 5 § 4 und 5: Was man einem Manne setzt, das soll er unverderbt wiederbringen oder gelten nach seinem Werthe[4]. Ob der Verderb mit oder ohne Schuld des Gläubigers eingetreten ist, wird als gleichgiltig nicht ausdrücklich erwähnt. Darum wird auch nicht gesagt, dass er das Pfand nicht gebrauchen darf, aber der Gebrauch darf nicht in einer Weise erfolgen, die das Pfand verschlechtert, sondern nur wie bei Grundstücken zur Erhaltung der Sache. Von Ersatz des Schadens befreit den Pfandgläubiger nur der Tod essender Pfänder, sofern er ihn nicht verschuldet hat; aber seine Forderung ist auch damit erloschen, denn das Pfand war ihm von vornherein als provisorische Zahlung gegeben.

Diese Auffassung ist die Consequenz der Uebergabe der Sache in die Gewere des Gläubigers: vermöge derselben hat er den freien Gebrauch, aber auch die unbedingte Vertretung der Sache, trägt mithin auch die Gefahr. Nutzen und Gefahr stehen dergestalt in richtigem Verhältnis zu einander.

Dem tritt in späteren, zumal süddeutschen Quellen die Anschau-

---

[3] Wobei zweifelhaft bleibt, ob der Eigenthümer dem Gläubiger unbedingt oder nur wenn er das Pfand lösen wollte, den Ersatz leisten musste, ob er also durch Heimschlag des Pfandes an den Gläubiger (noxae datio) sich der Haftpflicht für den Schaden entziehen konnte.

[4] Wörtlich gleichlautend in Verm. Ssp IV 42 d. 19; Magd. Recht von 1304 (Gaupp S 300) Art. 88; Schwsp (L.) 258 a, (W.) 212. Vgl. auch Goslar. Stat. 82, 16 f.

ung gegenüber, dass der Pfandgläubiger für den Zufall nicht hafte[5], und davon mag die Folge gewesen sein, dass der Gläubiger nun auch nicht mehr als berechtigt angesehen wurde, das Pfand zu gebrauchen. Das wird allerdings nur in Bezug auf essende Pfänder ausgesprochen[6], für die doch schon nach alter Anschauung der Gläubiger den Zufall nicht trug. Es könnte also darnach vermuthet werden, dass das auch schon nach altem Rechte bei essenden Pfändern galt, und eine Verschiedenheit hierin für älteres und neueres Recht nicht bestehe. Es ist möglich, aber auffallend ist doch gegenüber dem Schweigen des Ssp die genaue Regelung dieses Punktes schon im Schwsp (W.) 212, (L.) 258 b und dann im Verm. Ssp III 14 d. 11, der als weitere aus dem Nichtgebrauch des Gläubigers sich ergebende Consequenz anführt, dass der Eigenthümer des Thieres die Atzungskosten tragen müsse.

Wichtiger aber ist, dass in dieser Zeit neben den Satz, den ich als den ursprünglichen anzusehen geneigt bin — den Satz, wonach der Gläubiger durch Annahme des Pfandes die eventuelle Befriedigung erhält und auch bei Untergang desselben die Forderung nicht mehr geltend machen kann —, die andre Möglichkeit tritt, dass der Schuldner „zu dem Pfande noch geloben" kann, wie der Verm. Ssp. III 17 d. 15 und 16 sich ausdrückt. Schon ein späterer Zusatz zu Ssp III 5 § 5 fügt bei: (der Gläubiger solle bei Tod des Thieres sein Geld verloren haben,) ire gelovede ne stünde den anderes. Der Schuldner konnte also durch besonderes rechtsförmliches Geloben die Verpflichtung der Zahlung auf sich nehmen, wenn auch der Gläubiger unverschuldeter Weise ausser Stande war, das Pfand zurückzugeben. Während im ersten (ursprünglichen) Falle der Gläubiger nur das Pfand bei Verfall zur Lösung bieten konnte, und wenn diese nicht erfolgte, es an Zahlungsstatt behalten musste, durfte er nun in diesem zweiten (neueren) den Mehrbetrag der Forderung über den Werth des Pfandes hinaus auf Grund des Gelübdes noch einklagen, wie wenigstens für Judenforderungen der Verm. Ssp III 17 d. 15 und 16 ausweist.

Indem so der persönliche Anspruch, das Forderungsrecht des Gläubigers als Hauptsache hervortritt und das Pfand aus einer eventuellen Befriedigung an Zahlungsstatt zu einer rein accessorischen Sicherung wird, muss auch nothwendig das Pfand aus einem Verfallpfand zum Verkaufspfand werden. Es liegt das schon darin enthalten,

---

[5] Stadtr. von München Art. 105. Bair. Landr. 1346 Art. 231. Augsburger Stadtb. bei Meyer S 55 § 5.

[6] Speciell bei Pfändern von Juden: Münchner Stadtr. Art. 455; Augsburger Stadtb. a. a. O. (Anm 5).

dass bei Pfand mit Gelübde der Gläubiger den Mehrbetrag der Forderung über den Pfandwerth noch fordern darf. Wie kann dieser Mehrbetrag anders genau ermittelt werden als durch gerichtlichen Verkauf des Pfandes? In gleicher Weise und aus gleichen Gründen wie beim Immobiliarpfand verwandelt sich der Executions- und Liquidationsmodus, als natürliche Folge des Gelobens. Bleibt der Erlös aus dem Pfande unter der Forderung, so behält der Gläubiger für den Rest seinen Anspruch, wogegen der Ueberschuss bei Mehrerlös dem Schuldner herausgegeben wird[7].

Die Doppelform von Satzung und Verkauf auf Wiederkauf, die wir bei der Verpfändung von Liegenschaften gefunden haben, kommt bei der Fahrnis aus leicht ersichtlichem Grunde nicht vor: bei Immobilien musste dem Gläubiger die Verkaufsmöglichkeit ausdrücklich eingeräumt werden, sonst war der dritte Erwerber gegen eine Klage des Eigenthümers nicht völlig gesichert. Bei Fahrnis dagegen hatte der Verpfändende unter keinen Umständen eine Klage auf Herausgabe der Sache gegen einen dritten Erwerber, ein Verkauf des Pfandes seitens des Gläubigers war auch ohne Bewilligung des Eigenthümers unanfechtbar. Allerdings war die Kehrseite davon die, dass der Pfandgläubiger für alles, was er mit dem Pfande vornahm, dem Eigenthümer verantwortlich blieb: nicht blos haftete er ihm für Ersatz, wenn er unter Rechtsüberschreitung und Vertrauensmissbrauch das Pfand an einen Dritten als freies Eigenthum verkaufte, sondern er trug auch fernerhin die volle Gefahr der Sache dem Schuldner gegenüber, wenn er sie, selbst unter Vorbehalt des Lösungsrechtes des letzteren, blos versetzt hatte, wie aus Verm. Ssp III 14 d. 6 hervorgeht: Wert eyme eyn phant gesaczt, daz he vorbaz vorsecczen wel, vorseczt her is unde wert is vorlorn, daz sal her gelden na sinen werde.

§ 117. B. Genommenes Pfand[1].

Es besteht in der Litteratur eine gewisse Abneigung gegen die Zusammenstellung des gesetzten und des genommenen Pfandes unter derselben Rubrik im Rechtssysteme. Die meisten Lehrbücher sehen davon ab und behandeln das genommene Pfand, also das Pfändungs-

[7] Quellen, welche beide Verpfändungsarten (mit und ohne Gelöbe) kennen, erwähnen daher auch beider Executionsmodi, Aufbieten zur Lösung und Verkauf. S. etwa Verm. Ssp I 15, III 14 d. 2 u. 3. Vgl. Freiberger Stat. (bei Schott III 165) I 40.

[1] Stobbe, Handbuch § 70 und die dort angef. Litteratur. Wilda, Das Pfändungsrecht, in Z. f. DR I 167 ff.

recht, bei der Lehre vom Schutze der Rechte, oder bei der Lehre von der Selbsthilfe, oder im Obligationenrechte. Ich nehme meinerseits keinen Anstand, es hier im Sachenrechte, bei dem Pfandrechte unterzubringen. Denn das Recht, das an der gepfändeten Sache erworben wird, ist dasselbe, das an der zu Pfand gesetzten Sache besteht, und auch sein Zweck und Ziel ist dasselbe: Sicherstellung des Gläubigers für einen Anspruch an den gepfändeten Schuldner. Daran ändert nichts der Umstand, dass nach manchen Quellen das auf Schadenzufügung ergriffene Vieh gar nicht zur Deckung des Schadens soll verwendet werden[2]; denn hier ist auch nicht von pignerare und pigneratio die Rede, es handelt sich also nicht um Pfändung und Pfändungsrecht, und es ist auch gar nicht einmal zweckmässig, diese Fälle mit denjenigen, wo das wirklich gepfändete Vieh als Deckung für den Schaden beansprucht wird, zusammenzuwerfen, weil hier und dort doch verschiedene Grundsätze nach mannigfacher Richtung, z. B. bezüglich der Haftpflicht für das Vieh, eintreten.

Pfändung, d. h. Pfandnehmen, erfolgt entweder durch den Richter oder durch den Gläubiger direct. Nur von dem letzteren Falle, dem Privatpfändungsrechte des Gläubigers, ist hier zu handeln. Die Quellen kennen es in folgenden Anwendungen:

1. Die Pfändung des Grundherrn gegen den Zinsmann für veressene Zinse[3], oft auch auf den Rentenberechtigten gegen den Inhaber des rentenbelasteten Grundstücks wegen verfallener Renten ausgedehnt[4]. Es darf dieses Recht nur auf solche Sachen gerichtet werden, welche sich auf der mit dem Zinse oder der Rente beschwerten Liegenschaft selbst befinden: up der were, gemäss Goslar. Stat. 22, 1.

2. Die Pfändung für Schadenzufügung. Wer einen Andern auf seinem Grund und Boden „an seinem Schaden" betrifft[5], darf bei schwerer Beschädigung den Schädigenden persönlich, bei leichterer die Sachen, die er auf sich trägt, pfänden; ebenso darf das auf seinem Schaden betroffene fremde Vieh gepfändet werden[6]. In letzterem Falle muss der Pfändende den Eigenthümer davon benachrichtigen und ihn zur Lösung gegen Ersatz des Schadens binnen kurzer Frist auffordern. Durch diese Anzeige entledigt er sich der Haftpflicht für

---

[2] Z. B. lex Burg. 49, 3; lex Wisig. VIII 3, 13 u. 15; Ed. Roth. 346.

[3] Landfr. K. Rudolfs von 1281 Art. 59 (Pertz II 430). Ssp III 20 § 2.

[4] Stralsunder Stadtb. (Fabricius) S 156 Nr 242. S. auch Stobbe, Rentenkauf, in Z f. DR XIX 199 f.

[5] Ssp II 27 § 4, II 28 § 2. Schwsp (W.) 231 = (L.) 280.

[6] Ssp II 47 § 1 u. 2.

den Schaden, der das Thier bei ihm trifft, während er die ganze Haftbarkeit trägt, falls er die Anzeige versäumt.

3. Die Pfändung für Forderungen auf Grund vertragsmässiger Einräumung des Pfändungsrechtes kraft der Pfändungsclausel. Die weitestgehende Anwendung dieses Pfändungsrechtes findet sich im langobardischen Edicte und wird durch den altlombardischen Urkundenbestand illustriert. Es wird im Obligationenrechte zu zeigen sein, wie es dazu kam, dass dem Gläubiger durch Vertrag das Pfändungsrecht eingeräumt wurde, und dass die pfändbaren Forderungen die Mehrzahl bildeten; ferner wie die Form der Begründung dieser Forderungen die wadiatio war und vermittelst der wadia das Pfändungsrecht hergestellt wurde[7]. In diesen Fällen sorgte das Gesetz dafür, dass die Gefahr der Sache nach sehr kurzer Lösungsfrist auf den Schuldner überging: nach Ed. Roth. 252 haftete der Gläubiger nur 20 Tage lang für den Untergang des genommenen Pfandes, das war die gesetzliche Frist für Lösung durch den Schuldner; versäumte sie dieser, so traf der Verlust des Pfandes nunmehr ihn.

Wie dieses Pfändungsrecht mit dem Untergange des Institutes der Wadiation überhaupt seit dem 13. Jahrhundert den Rechtsboden verloren hat, so dringt die Gesetzgebung in Deutschland mehr und mehr darauf, dass Pfändung von Ermächtigung des Richters abhängig sei und Niemand non requisito judicio für eine Forderung sich selbst auf dem Pfändungswege Recht verschaffen solle[8]. Gegenüber den vielen Zeugnissen in Rechtsquellen aller Art über das Thema: wer eine Forderung hat, der verschaffe sich nicht selber Recht, sondern klage es seinem Richter — fallen uns freilich die zahllosen Urkunden mit der sog. Pfändungsclausel ins Auge, in welchen der Schuldner geradezu verspricht, wenn er nicht auf bestimmten Termin zahle, so wolle er sich vom Gläubiger pfänden lassen non requisito judicio,

[7] Cod. Cav. I Nr 11: Et ipsa convenientia firma et stabilis permaneat in eadem guadia et per districtum mediatorem, qui tribuit nobis ad pignerandum omnia sua pignora tamdiu donec per invitis adimpleat nobis omnia. Das. Nr 151: Et wadia mihi dedit et componere se obligavit X sol. et ad pignerandum nobis apposuit omnia pignera sua prindere et tenere, donec ut supra nobis conpleant justitiam.

[8] Vgl. z. B. Frid. II. Const. pacis von 1235 c. 10 (Pertz II 315): Nullus aliquem sine auctoritate judicis provincie pignorare presumat, quod qui fecerit tanquam predo puniatur. Satzung des Bischofs von Freising von 1252 (Hist. Fris. II Nr 16): Quod creditor suum debitorem per poenam pignoris non prius requisito judicio non offendat; quod si aliquis praeter praenotatam formam pignus abstulerit, praeda potius quam pignoratio reputetur.

mit und ohne Recht, d. h. mit oder ohne richterliche Anrufung. Man nimmt gewöhnlich an, dass jene gesetzlichen Verbote die vertragsmässige Einräumung des Pfändungsrechtes nicht ausgeschlossen hätten. Aber damit hätten sich solche Verbote von vornherein selbst als unnütz verurtheilt. Die unbedingte und allgemeine Statthaftigkeit der Pfändungsclausel kann doch wohl ihnen gegenüber nicht aufrecht erhalten werden. Ihre Wirksamkeit beschränkt sich auf die Fälle, wo der Schuldner einem andern Territorium als der Gläubiger angehörte. Mochten Angehörige derselben Herrschaft, derselben Stadt sich solches Pfändungsrecht verbriefen und verbriefen lassen, ich glaube nicht, dass ihre Obrigkeit und ihr Gericht es als zu Recht bestehend anerkannt und geduldet hätte; aber gegenüber Angehörigen fremder Herrschaften mochte man um so weniger Anstand nehmen, solche Vereinbarungen zu schützen, als ja die Rechtshilfe von Herrschaft zu Herrschaft sehr viel zu wünschen übrig liess.

Dazu kommt nun noch das Weitere: es sind seit dem 13. Jahrhundert zahlreiche sog. Landfrieden errichtet worden, theils unter Mitwirkung und unter der Aegide des Königs, theils von Fürsten und Städten unter sich in engerem oder weiterem Kreise. In diesen Landfrieden wird von den Contrahenten gegenseitig das Pfändungsrecht zumal bei Pfändungsclausel[9] und für redliche kuntliche Schulden[10] ausdrücklich vorbehalten. Man betrachtet vielfach diese Landfrieden, zumal die von den Königen selbst errichteten, als Reichsgesetze und somit das Pfändungsrecht für redliche kuntliche Schuld als Reichsrecht, also als Rechtsprincip. Aber diese Landfrieden sind doch nicht Gesetze, sondern Bündnisse, Vereinbarungen, welche zu einer Zeit, da das Faustrecht über die von der Rechtsordnung gesetzten Schranken stark hinausschritt, nothdürftig einen etwas erträglicheren Rechtszustand herzustellen suchten. Man musste schon froh sein, wenn man gegenseitig zu der Concession gelangte, dass nur für redliche kuntliche Schuld der Gläubiger seinen Schuldner aus andrer Herrschaft pfänden und dafür den Schutz seines Herrn und Richters anrufen dürfe. Ein Rechtssatz, der auch unter Angehörigen einer und derselben Herrschaft gegolten hätte, war es deshalb noch nicht. Unter redlicher kuntlicher Schuld ist aber wohl die vor Gericht eingestandene, bekannte Schuld zu verstehen, die also dem Gerichte notorisch ist und die darum der Schuldner mit seinem Eide nicht abschwören darf, deren er vielmehr durch das Zeugnis der Schöffen überführt

[9] Const. pacis Alberti regis von 1301 (Pertz II 476).
[10] Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 107 Nr 27. 29.

wird[11]. Dass für eine solche Schuld nach Landrecht Pfändungsrecht bestanden hätte, wird nirgends bezeugt, der bezügliche Vorbehalt der Landfrieden erweist sich somit auch daraus als eine gegenseitige Concession der Contrahenten, hervorgegangen aus dem Gefühle der Ohnmacht der Gerichte, welchen es schon als ein Erfolg erschien, wenn die im Laufe der Zeit unter den verschiedenen Herrschaften aufgekommene Repressivmaassregel der Selbstpfändung wenigstens auf kuntliche Schulden eingeschränkt wurde.

Als eigentliches Rechtsinstitut ist daher für das deutsche Mittelalter nur das Pfändungsrecht des Gutsherrn gegen den Zinsmann für Zinse (und des Rentenberechtigten) sowie das des Grundeigenthümers gegen diejenigen, die er auf seinem Schaden betrifft, anzusehen.

Charakteristisch ist die Regelung der Tragung der Gefahr für genommenes Pfand. Der Pfändende trägt die Gefahr so lange, als er verpflichtet ist, die Sache zu hüten, so lange also als der Schuldner mit der Lösung nicht in mora ist; das ist bei Pfändung wegen Schadenzufügung bis zur Anzeige an den Schuldner, bei Pfändung für Schuld während der gesetzlichen Lösungsfrist (bei Schadenzufügung besteht solche Frist nicht, sondern sofortige Lösungspflicht). Behält der Gläubiger die Sache noch länger, statt sie sofort auf gerichtlichem Wege sich zuschlagen oder verkaufen zu lassen, so thut er es im Interesse des Schuldners, um diesem eine Frist zu gewähren.

Auch für die Pfändung gilt der Satz, dass ein Pfandrecht blos durch Besitznahme entsteht. Die moderne Pfändung, welche nur in Pfandaufschreiben besteht und bei fortdauerndem Besitze des Schuldners dem Gläubiger doch Pfand- und Prioritätsrecht giebt, existierte im Mittelalter nicht. Geschah solches, und wurde die betreffende Habe nachher von einem Dritten gepfändet, so ging dieser vor[12].

IV. Die Fahrnisklage.

§ 118. A. Zuständigkeit.

Wir gelangen schliesslich noch zu einer Frage, welche durch die Erörterungen der §§ 78 und 79 schon grundsätzlich beantwortet ist. Es handelt sich um die dingliche Klage, mit welcher der Inhaber einer Fahrnissache auf Herausgabe derselben an den dinglich Berechtigten

[11] Ssp I 7. Homeyer, Richtsteig Landrechts S 475 f.

[12] Bair. Landr. 1346 Art. 223 (Freiberg S 463, Heumann S 113). Jura civ. Nordhus. bei Kraut § 102 Nr 14. Nordhauser Stadtr. § 13 bei Stobbe, Handbuch 2. Aufl. II 686 Anm 6.

belangt wird. Diese Klage kommt in zwei Anwendungsfällen vor: 1. seitens desjenigen, der die Sache dem dermaligen Besitzer (Beklagten) zu Leihe, zu Pfand, zu Depositum anvertraut hat; 2. seitens desjenigen, aus dessen Gewere die Sache wider seinen Willen weggekommen ist, gegen Jeden, in dessen Gewere er sie trifft. In beiden Fällen ist die Klage eine dingliche, mit „malo ordine possides" erhobene, daher zum Klaggrunde nothwendig gehört die Behauptung, dass die Sache sein, des Klägers sei[1]. Damit braucht nicht Eigenthum allein gemeint zu sein, sondern jedes Herrschaftsrecht, jedes Recht, das sich in der Gewere verwirklicht, Pfandrecht, Recht des Commodatars, Recht des Depositars (welche Rechte alle als dingliche gemäss S 9 f. zu fassen sind), findet unter diesem Ausdrucke Platz[2]. Zu dem Klagfundament gehört aber ausserdem noch ein zweites Element, und zwar in jenen beiden Anwendungsfällen ein verschiedenes.

1. Geht die Klage gegen den Vertrauensmann des Klägers (den Commodatar, Pfandgläubiger etc.), so muss zu der Behauptung, dass die Sache sein (des Klägers) sei, noch die weitere hinzukommen, dass die Zeit, für welche die Sache dem Beklagten anvertraut worden, abgelaufen sei, dass sie also der Beklagte „over bescedene tiet", über den verabredeten Termin, inne habe. Die Vertheidigung kann das eine oder das andere Element des Klagfundaments anfechten, entweder: die Sache ist nicht dein, ich habe sie nicht von dir erhalten; oder: die Sache ist dein, aber ich halte sie nicht über beschiedene Zeit. Im ersteren Falle hat der Beklagte seinen anderweitigen Erwerb zu beweisen, im zweiten sein Recht auf fortgesetzten Besitz darzuthun[3].

---

[1] So schon lex Sal. 37. 47; Cap. VI ad leg. Sal. c. 12 (Behrend S 112); lex Rib. 33, 1. 47, 1. 58, 8: res suae; Richtst. Landr. 11 § 3: dat N. des sines hebbe, 16 § 1: dat P. mi vorholt mine have u. s. w.

[2] Sehr vag fasst es schon die Expos. zum Edict, Roth. 277: non ei cujus est propria (domus), sed habitanti cogendus est emendare, quandoquidem „sua" habitantis potest domus ipsa vocari etc. Uebrigens sehen wir aus Expos. § 3 zu Otto I c. 6, dass die Formel „diese Sache ist mein" wegen der Zweideutigkeit, die sie den Romanisten zu haben schien, recusiert zu werden begann. — Immerhin will Laband (Vermög. Klagen S 110 f.) wohl mit Unrecht (es hängt das mit seiner Ablehnung der Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Klagen zusammen) in der Formel, dass die Sache sein sei, keine Beziehung auf dingliches Recht an der Sache, sondern blos die Behauptung der Identität der vindicierten Sache mit der wirklich aus des Klägers Besitz gekommenen erblicken.

[3] Auf das Nähere hierüber kann nicht eingegangen werden; vgl. Laband,

2. In dem zweiten Anwendungsfalle ist das andere Moment der Klagbegründung die Behauptung, dass die Sache gegen des Klägers Willen aus seiner Gewere gekommen, somit jedenfalls unrechtmässig in die Gewere des Beklagten gelangt sei. Solange der Kläger nicht die Behauptung unfreiwilligen Besitzverlustes aufstellt, braucht der Beklagte gar nicht um Vertheidigung seines Rechts bemüht zu sein, sondern wehrt er sich schlechthin der Antwort, so gut wie er dem Kläger, der von vorneherein die Sache selbst weggegeben (ausgeliehen u. s. w.) zu haben zugiebt, die Antwort weigert[4]. Gleichgiltig ist aber, auf welchem Wege die Sache dem Kläger abhanden gekommen ist. Allerdings sprechen die Quellen regelmässig nur von Diebstahl und Raub[5], aber doch nicht ausschliesslich, wie es z. B. Magd. Fr. I 13, 1 heisst: unde spreche also, das ym dy varnde habe adir das pferd abe geroubet adir gestolen were adir sust vorlorn hette; und für die Gleichstellung gestohlener und verlorener Sachen ist entscheidend, dass der Finder, oder derjenige, dem ein fremdes Thier zugelaufen ist, wenn er die Sache behält, ohne sie aufzubieten, als Dieb gilt.

In diesem Falle (der Klage auf Grund unfreiwilligen Verlustes) ist es möglich, dass der Beklagte selber gar kein Recht an der Sache beansprucht, seine Gewere mithin gar nicht vertheidigen will, vielmehr von vorneherein zugiebt, dass er sie gefunden hat oder dgl. Aber er trägt Bedenken, die Sache an den Kläger herauszugeben, bevor sich derselbe über die Berechtigung seines Anspruchs legitimiert hat. Der Kläger muss in solchem Falle den unfreiwilligen Verlust und sein Recht an der Sache beweisen[6]. Will aber der Beklagte die Sache behalten, so muss er eigenen Rechtserwerb beweisen. Dieser Erwerb kann ein originärer oder ein derivativer sein: jenes, wenn der Beklagte behauptet, er habe das beanspruchte Pferd oder Stück Vieh in seinem Stalle gezogen, es sei das Linnen in seinem Hause gesponnen und gewoben worden u. s. f.; in diesem Falle gelangt der Beklagte zum Beweise mit zwei Nachbarn und behauptet damit sein Recht[7]. Bei

---

Vermög. Klagen S 140 ff., bes. S 143 f. über die Bedeutung der Einrede, die Sache von jemand anders erhalten zu haben.

[4] Magd.-Bresl. syst. Sch.-R. V 7: zo darf (braucht) der man, deme di habe vorsaczt ist, dem erstin ansprecher (der sie dem Verpfänder ausgeliehen hat) nicht antwortin vmme di selbe habe. Planck, Deutsches Gerichtsverfahren I 706 ff.

[5] Vgl. Laband, Vermög. Klagen S 70 ff.

[6] Ssp II 37 § 1; Richtst. Landr. 12 § 1. Ueber das Beweisprincip Planck, Deutsches Gerichtsverfahren II 419.

[7] Ssp II 36 § 3.

derivativem Erwerb dagegen muss der Beklagte seinen Gewährsmann stellen, sich auf den geweren ziehen, und so geht man von Autor zu Autor zurück, bis man auf einen gelangt, der keinen Gewährsmann zu stellen vermag oder der die Sache selbst will gezogen haben oder der sie vom Kläger selbst rechtmässig erworben zu haben behauptet. Im ersten Falle muss die Sache als diebisch an den Kläger herausgegeben werden, doch unterliegt der autorlose Vertreter der Sache der Diebstahlsbusse nicht, wenn er beschwört, die Sache auf offenem Markte gekauft zu haben[8]. Im zweiten Falle findet der Beweis eigener Zucht oder Arbeit gleicherweise statt wie bei behaupteter eigener Zucht des Beklagten selbst, im dritten beweist der Autor selbdritt den Erwerb vom Kläger[9].

Es mag an dieser allgemeinen Andeutung der prozessualischen Grundsätze hier genügen. Für uns ist von Wichtigkeit das civilrechtliche Princip, wonach wer eine Fahrnissache freiwillig aus seiner Gewere gelassen hat, durch Verpfändung, durch Ausleihen, durch Hinterlegung u. dgl., damit das Recht aufgegeben hat, sie bei einem Dritten zu vindicieren, gleichviel ob sie dem Vertrauensmanne (Pfandgläubiger u. s. w.) durch Diebstahl oder sonst widerwillig abhanden gekommen ist oder ob er sie unter Missbrauch des ihm geschenkten Vertrauens selbst veräussert hat. Das ursprüngliche Motiv dieses Satzes und den Grund seiner fortdauernden Geltung im Mittelalter habe ich im § 79 zu erklären versucht. Der Rechtssatz selbst, in unzweideutigster und allseitig erschöpfender Weise durch Ssp II 60 § 1 ausgesprochen[10], hat in dem bekannten Rechtssprichworte „Hand muss

---

[8] Ssp II 36 § 4 ff.

[9] Ssp III 4 § 1. Nach Ssp I 15 § 1 gäbe es noch eine weitere Art des beklagtischen Rechtserwerbs; wenn es nämlich dort heisst: mach jene, de't in geweren hevet, sin varende gut dar an getügen oder sin erve gut oder hevet he's geweren to rechte, he brikt ime sinen getüch, und darf man unter dem Ausdruck sin varende gut getügen den originären Erwerb verstehen (Planck I 701), so käme als weitere Erwerbsart hinzu die durch Beerbung. Aber juristisch consequent ist das nicht, denn die Beerbung für sich allein, also die Thatsache, dass der Beklagte die Sache im Nachlass vorgefunden und an sich genommen habe, bildet, wenn auch völlig bewiesen, keinen genügenden Grund zur Abweisung der Klage, sondern lässt dem Kläger die Freiheit, den Besitz des Erblassers als einen unrechten anzufechten, und der Beklagte muss schliesslich doch beweisen, dass der Erblasser die Sache selbst gezogen oder von einem andern erworben hat.

[10] Svelk man enen anderen liet oder sat perde, oder en kleid, oder ienegerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet; jene die sie verlegen oder ver-

Hand wahren" Ausdruck gefunden. Dieses Rechtssprichwort, so wenig sein rechtlicher Kern und Inhalt im allgemeinen zweifelhaft ist, enthält doch eine Doppelsinnigkeit; es fragt sich nämlich, was das Wort wahren für eine Bedeutung hat. Steckt, wie das gewöhnlich angenommen wird, das Wort weren im Sinne von garantir dahinter, so ist die wahrende Hand (das Subject des Satzes) die Hand des Vertrauensmannes; nimmt man aber wahren im Sinne von garder, festhalten, so ist die Hand des Anvertrauenden die wahrende, d. h. den Vertrauensmann bei seiner Rückgabe- bezw. Ersatzpflicht festhaltende. Das Sprichwort in dieser, übrigens zu gleichem praktischen Ziele führenden doppeldeutigen Fassung reicht wie es scheint nicht gerade in eine sehr hohe Zeit hinauf: zuerst erscheint es in dem Billwärder Recht (um 1400) Art. 69, vielleicht noch früher in einer Variante zum friesischen Emsinger Landrechte[11], ohne dass an beiden Orten ersichtlich wäre, in welchem Sinne es gemeint ist. Nicht für unwahrscheinlich halte ich aber, dass die älteste Fassung diejenige ist, welche sich noch in den Verdener Statuten Art. 57 vorfindet: de idt ersten vorlenet hefft, de waret sinen man[12]. Die Frage ist nicht ganz uninteressant vom formalen Gesichtspunkte juristischer Ausdrucksweise aus.

Ich habe oben § 79 den in dem Sprichworte Hand muss Hand wahren ausgedrückten Rechtssatz daraus erklärt, dass die Fahrnisklage ursprünglich nur als Delictsklage möglich war, und später, als auch eine civile Klage auf Fahrnis ausgebildet wurde, doch die materiellen Voraussetzungen der Delictsklage auch für sie beibehalten blieben. Das konnte geschehen, weil in dem praktischen Leben kein Bedürfnis nach einer Erweiterung der Vindicationsbedingungen bestand. Die Verfolgung einer abhanden gekommenen Sache war schwierig und mühsam; der Eigenthümer, dessen Sache bei dem Entlehner, dem Pfandgläubiger u. s. w. war gestohlen worden, war es höchlich zufrieden, dass dem letzteren die Last der Spurfolge und des Prozessierens aufgebürdet blieb; genoss er nach dieser Seite des vollen Vortheils, so musste er auch die Nachtheile in Kauf nehmen, welche ihm eine Veruntreuung des Inhabers seiner Sache schuf. Namentlich aber war man sich bei dieser Beschränkung der Vindication wohl vollkommen

---

sat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte. Fast wörtlich gleich Hamb. Stadtr. 1270 IX 21; Bremer Stat. von 1303 c. 98 (Oelrichs S 124).

[11] Jenes in Lappenbergs Hamburger Rechtsalterth. S 341; dieses bei v. Richthofen, Fries. RQ S 67 Anm 17.

[12] Bei Pufendorf, Observat. juris I app. S 98.

des Vortheils bewusst, den ein einfacher Verkehr und ein doch immer noch zumal im Beweisrechte sehr formaler Prozess daraus zog. Aber solche Reflexionen, mögen sie bewusst oder unbewusst gewirkt haben, sind doch in alter Zeit noch nicht nach bestimmter Richtung präcisiert, und zumal ein Motiv, das die neuere Zeit in den Vordergrund gestellt hat, fehlt noch absolut: der Gesichtspunkt des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers. Wer von dem Dieb oder sonstwo eine gestohlene Sache gekauft hat, geniesst keinerlei Schutzes, mag sein Erwerb noch so gutgläubig gewesen sein, und umgekehrt der in Kenntnis der wirklichen Verhältnisse, also mala fide vom Vertrauensmanne Erwerbende, ja selbst derjenige, welcher durch Einbruch beim Vertrauensmann die fremde Sache gestohlen hat, verweigert dem Eigenthümer jegliches Antworten auf seine Klage.

Im späteren Mittelalter und zunächst in den Stadtrechten treten aber solche Rücksichten auf Verkehrssicherheit und auf gute Treue des Erwerbers schon deutlich hervor, und zwar nach beiden Seiten, sowohl zu Gunsten des Anvertrauenden als zum Vortheile des gutgläubigen Erwerbers von gestohlenem Gute. Die einheitliche und klare Gestalt des altdeutschen Princips ist dadurch freilich etwas geschmälert.

Unter den zu Gunsten des anvertrauenden Eigenthümers aufkommenden Rechtssätzen ist als Singularität des Goslarer Rechts[13] der Satz zu erwähnen, dass der Deponent die von dem Depositar veräusserte oder bei ihm verloren gegangene Sache bei Dritten vindicieren kann. Ich sehe die Erklärung hievon darin, dass der Depositar, weil er die Sache nicht selber in Gebrauch nimmt, analog dem Verwalter einer Liegenschaft angesehen wird, daher nicht als in Geweren befindlich gilt, vielmehr Vertreter des Deponenten in der Gewere ist: eine neuere Auffassung, die das alte Recht nicht verstanden hätte. Ziemlich allgemein geworden ist sodann der Satz, dass wer eine Sache einem Handwerker zur Verarbeitung übergeben hat, bei Veruntreuung durch denselben der Vindication gegen Dritte, wenigstens unter Erstattung des Arbeitslohnes, nicht verlustig geht. Dieser Satz erklärt sich als Erweiterung eines schon im alten Rechte geltenden Princips, wonach die von Gewaltuntergebenen eines Hausherrn veruntreuten Sachen durch den Herrn bei jedem Dritten konnten vindiciert werden, insonderheit in Ssp III 6 § 1 von den Sachen bezeugt, welche ein Knecht veräussert oder verspielt. Dieser Satz war keine Ausnahme vom alten

[13] Gosl. Stat. 82, 22 f. 99, 5 f. Vgl. Stobbe, Handbuch 2. Aufl. II 621 Anm 27. Ebenso die Besonderheit wegen des Commissionsguts das. S 622.

Recht; denn weil solche Personen, freie in der Munt, unfreie in der Gewere des Herrn standen, so befand sich auch alle Habe derselben in dessen Gewere, und der Herr konnte daher mit Recht behaupten, die Sache sei gegen seinen Willen aus seiner Gewere gekommen[14]. Solche „Knechte" verrichteten aber auch die Handwerksarbeit, deren der Herr bedurfte. Mit der Freiheit des Handwerkes in den Städten war man genöthigt, die Arbeit nebst dem dazu erforderlichen Stoffe aus dem Hause zu geben, und so mochte man dem alten Rechte die Ausdehnung auf solche Fälle gewähren, weil der Eigenthümer durch die Verhältnisse gezwungen, nicht freiwillig, hatte Vertrauen schenken müssen[15].

Wichtiger ist die Neuerung zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers. Sie besteht darin, dass wer eine gestohlene Sache auf offenem Markte gekauft hat, gegen die Klage des Bestohlenen geschützt wird[16]. Der Grund ist, dass der Käufer in solchem Falle nicht verpflichtet erscheint, sich die Person seines Verkäufers genau zu merken, um ihn nöthigenfalls als Autor stellen zu können, und dass bei Ausbietung einer Sache auf offenem Markte der Verdacht des Diebstahls nicht aufkommt.

Je nachdem solche Utilitätsgründe stärker oder schwächer wirkten, ergab sich eine sehr verschieden gefärbte particuläre Ausgestaltung des alten Rechtsprincips, namentlich auch in Hinsicht der Frage, ob die Vindication gegen den gutgläubigen Erwerber absolut ausgeschlossen oder unter Erstattung des Kaufpreises zugelassen werden solle.

§ 119. B. Form der Klage[1].

Der Inhalt dieses Paragraphen führt uns streng genommen über den Rahmen unsrer Aufgabe hinaus auf prozessualisches Gebiet. Privatrechtlichem Boden gehört er blos soweit an, als die Frage entsteht, ob nicht die zwei Klagformen, die uns hier zu beschäftigen haben, die Form des Anevangs und der schlichten Klage, in einer bestimmten Beziehung zu den zwei Klagfällen wegen unfreiwilligen Verlustes oder wegen Rückgabepflicht des Vertrauensmannes stehen.

---

[14] Gemäss den Formeln des lib. Pap. malo ordine possidēs: non potuit tibi vendere, quia erat in mea potestate.

[15] Beispiele lüb. Recht (Hach) II Art. 193; Braunschweiger Stadtr. Art. 108 (UB. von Braunschweig I 110).

[16] Stadtr. von Colmar (Gaupp I 118) Art. 23; Brünner Schöffenb. Art. 57. Vgl. Stobbe, Handbuch 2. Aufl. II 618 Anm 20 u. 21; Ansätze dazu schon im alten Recht, Stobbe a. a. O. S 613 Anm 4.

[1] Planck, Deutsches Gerichtsverfahren im Mittelalter I 824 ff.

Man kann mit Planck die Anevangsklage eine verstärkte Form der Fahrnisklage nennen, weil sie, ihrem Inhalte nach auf dasselbe Ziel wie die schlichte Klage gerichtet, den Angriff in einer besonders scharfen Weise eröffnet, das Verfahren durch ein Ergreifen und Festhalten der vindicierten Sache einleitet. Davon hat sie den Namen, denn anevangen ist soviel als anfassen.

Das Verfahren mit Anevang führt zurück auf die in den fränkischen Volksrechten[2] beschriebene Verfolgung gestohlener, oder wie wir wohl verallgemeinernd sagen dürfen, abhanden gekommener Sachen. Voraussetzung ist frische That, die es ermöglicht, der Spur zu folgen (vestigium sequi); der Bestohlene ruft sofort seine Nachbarn zur Beihilfe auf, und so zu einer Schaar (trustis, Tross) vereinigt gehen sie der Sache nach. Wird in ununterbrochen fortgesetzter Spurfolge[3] die gestohlene (oder entlaufene, weggeschwemmte u. dgl.) Sache entdeckt, so giebt sie der Inhaber vielleicht freiwillig heraus, so wenn ihm das Thier zugelaufen ist und er es nur in seine Hut aufgenommen hat und der Verfolger es an bestimmten Zeichen, die es trägt, als das seine erkennt und erweist. Weigert aber der Inhaber, vielleicht unter Vorschützung von Kauf oder sonstigem rechtlichen Erwerb, die Herausgabe, so nimmt der Verfolger nun den Anevang vor, d. h. er spricht die Sache durch Anfassen als die seine an, und zwar, wie aus lex Sal. 47, 2 hervorzugehen scheint, der Regel nach unter der Anschuldigung des Diebstahls (bezw. diebischen Behaltens), denn nach dieser Stelle handelt es sich für den Beklagten darum, ut se de latrocinio exuat. Im übrigen kommt es darauf an, ob die Sache innerhalb der ersten drei Tage ist entdeckt worden, oder erst später. In jenem Falle darf sich der Kläger durch Eid selbdritt zu der Sache ziehen[4], im zweiten Falle dagegen wird dem Beklagten gestattet, sich auf seinen Gewährsmann zu berufen, lex Sal. 47.

Sprechen auch die Volksrechte nur von gestohlenen Sachen, so kann doch kein Zweifel sein, dass auch in Bezug auf weggelaufenes Vieh, liegengelassene Sachen u. dgl. das gleiche Verfahren stattfand, schon darum, weil der Eigenthümer, der ein Stück Vieh vermisste,

---

[2] Lex Sal. 37. 47; Cap. I ad leg. Sal. c. 1; lex Rib. 47.

[3] Das liegt wohl in den Worten der lex Sal. 37: dum per vestigio sequitur.

[4] So erkläre ich das „ipsi liceat agramire" der lex Sal. 37, gemäss Ssp I 15 § 1. Der Ansprecher hat diesen Vortheil, weil drei Tage ununterbrochener Spurfolge die That noch als handhafte That erscheinen lassen, welche dem Inhaber das Ziehen auf den Geweren nicht gestattet. Vgl. Ssp III 35 § 1. — Jobbé-Duval, Etude historique sur la revendication des meubles en droit français, in Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, année 1880 p 463 ss., bes. p 484 ss.

nicht wissen konnte, ob es sich verlaufen habe oder gestohlen worden sei, und dann, weil derjenige, welcher ein ihm zugelaufenes Thier, eine gefundene Sache nicht öffentlich aufbot, sondern heimlich für sich behielt, wohl gar dem Suchenden den Besitz ableugnete, als Dieb galt. Die Klage, die der Verfolger der Sache gegen den die Herausgabe weigernden Inhaber anstellte, mag daher meistens einen strafrechtlichen Charakter gehabt haben, worauf auch Ed. Roth. 232 und Liutpr. 79 hinweisen; aber nothwendig war es nicht, sie brauchte nicht auf peinliche Anschuldigung zu gehen, und z. B. ein Verfolger, der erst nach Ablauf der drei Tage, vielleicht erst nach Wochen die Sache bei einem Andern entdeckte, welcher sie durch Kauf oder sonst erworben zu haben behauptete, mochte sich zweimal besinnen, die peinliche Klage zu erheben, und liess es vorläufig wenigstens lieber bei der Civilklage bewenden. In beiden Fällen jedoch hatte der Anevang für den Kläger den nicht zu unterschätzenden Werth, den jedes streng formale Verfahren für die sichere Durchführung eines Anspruchs darbietet.

Es musste nämlich dem Verfolger, zumal wenn er die Diebstahlsklage anzustellen beabsichtigte, alles daran liegen, die Thatsache, dass der Beklagte kurze Zeit nach dem Diebstahl im Besitz der Sache sei gefunden worden, sicher zu stellen. Schon von diesem Gesichtspunkte aus hatte es einen guten Sinn, in Gegenwart des mitgenommenen Trosses der Nachbarn den Anevang zu vollziehen, zweifelsohne unter Constatierung der Identität der entdeckten mit der gestohlenen Sache, Nachweisung der Kennzeichen u. s. w., sodass der Beklagte später nicht blos den Besitz nicht mehr ableugnen konnte, sondern auch die Identität nicht mehr zu bestreiten im Fall war. Die Sache konnte daher auch im Besitze des Beklagten gelassen werden; weder nach den Volksrechten noch nach den Rechtsbüchern ist von einer Sequestration in dritter Hand die Rede; das mittat eam in tertia manu der lex Sal. 47, 1 hat nicht diesen Sinn, sondern bedeutet gemäss lex Rib. 33, 1: mittat manum super rem ad intertiandum, d. h. ut ille, super quem intertiatur, tertiam manum (nämlich seinen Autor) quaerat[5]. Erst in späteren Stadtrechten ist der Anevang zu einer wirklichen Sequestration geworden.

Dieses Anevangsverfahren hat, so viel wir sehen, das alte Recht in dem Falle nicht gekannt, wo der Eigenthümer gegen seinen Vertrauensmann auf Rückgabe der anvertrauten Sache klagen wollte.

[5] Vgl. Ssp II 36 § 8; Richtst. Landr. 13 § 2 a. E.; Verm. Ssp IV 9 d. 4 a. E.; Laband, Vermög. Klagen S 103.

Das erklärt sich vollkommen, wenn wir annehmen, dass der Anevang ursprünglich den natürlichen Abschluss der Verfolgung auf handhafter That bildete; dann war in jenem andern Falle gar kein Anlass dazu. Auch spätere Quellen lehnen den Anevang bei Klage auf Rückgabe anvertrauter Sachen ab, z. B. Goslar. Stat. 98, 15: Men ne mach nicht anevanghen denne vordüvet gut oder gherovet. Später aber, als die Herkunft und die ursprüngliche Bedeutung des Anevangs verdunkelt war, hat man ihn auch bei Rückforderung anvertrauter Sachen zugelassen[6]. Und es ist wohl zu begreifen, dass man zu dieser Ausdehnung geschritten ist, sobald einmal als Hauptbedeutung des Anevangs die Constatierung des Besitzes in der Person des Beklagten erschien. Wenn der Ausleiher Gefahr lief, dass der Beklagte ihm den Besitz der Sache ableugne und abschwöre, so mochte er suchen der Sache habhaft zu werden und sie durch Anevang im Besitz des Beklagten nachzuweisen, wenn dann auch die Rechtsfolge diebischen Behaltens nicht daran geknüpft war (Ssp III 22 § 2).

So stehen nun nach den Quellen des späteren Mittelalters für alle Fälle der Fahrnisklage die zwei Klagformen der schlichten Klage und des Anevangs neben einander: jene ermöglicht dem Beklagten den Besitz abzuleugnen und abzuschwören; diese schliesst solchen Eid selbstverständlich aus, aber der Prozess wird — das ist von der alten strafrechtlichen Natur übrig geblieben — für beide Parteien unter der Gefahr von Wedde und Busse auf den Fall des Unterliegens geführt: für den Kläger, weil er durch den Anevang ein beleidigendes Misstrauen in die gute Treue des Beklagten kund gegeben hat, für den Beklagten, weil er sich dem Ergreifen der Sache durch den Kläger mit Unrecht widersetzt hat. Die prozessualische Seite der Sache müssen wir hier unbesprochen lassen.

---

[6] Richtst. Landr. 11 § 4: Wete aver, dat itlike secgen, dat anevank an neneme dinge tu rechte gescin moge wen an deme dat vorstolen odder genomen si. Des is nicht, den en islik mut sic des sinen wol mit rechte underwinden war het süt. — Sohm, Prozess der lex Salica S 70 nimmt an, der Anevang, von dem hier, bei anvertrautem Gute, die Rede sei, müsse von dem bei gestohlenen Sachen unterschieden werden; er habe dort nur den Zweck leiblicher Beweisung, eines Beweismittels, hier dagegen die Bedeutung, den Beklagten behufs Anstellung der Vindication vor Gericht zu bringen. Dagegen Planck a. a. O. S 834 ff. Ein Unterschied ist in der That dem späteren Rechte fremd, der Anevang ist eben überhaupt unter Abstreifung seines ursprünglichen strafrechtlichen Charakters mehr und mehr blos noch zu dem Zwecke leiblicher Beweisung vollzogen worden. Auch die angeführte Stelle des Richtsteiges spricht davon in einer Weise, welche die Annahme einer Verschiedenheit nicht zulässt.

§ 120. Schlussbemerkung.

Ergebnis für das heutige Recht.

Indem wir die Darstellung des Sachenrechtes schliessen, mögen wir der Frage nicht aus dem Wege gehen, was sein Schicksal gewesen ist im Kampfe mit dem fremden Rechte und was seine Bethätigung in der Herstellung des modernen Privatrechtssystemes. Man begegnet vielfach der Meinung, dass das deutsche Sachenrecht zu denjenigen Theilen des Privatrechtes gehöre, welche vom römischen Rechte am wenigsten berührt und umgestaltet worden seien, während das Obligationenrecht in weitestem Umfang und innerlichster Umgestaltung zur Domäne des römischen Rechts geworden sei. Man kann das, immerhin auch nur unter mannigfachen Vorbehalten und nur bis zu einem gewissen Grade, zugeben, wenn man die verschiedenen Institute des Sachenrechts in ihrer Einzelexistenz und blos nach ihrer rein äusserlichen Erscheinung ins Auge fasst, speciell die Eigenthumsübertragung bei Liegenschaften, die Pfandbestellung, äusserliche Einrichtungen wie Grund- und Hypothekenbücher, die Fahrnisklage u. s. w. In dieser Beziehung mag Sohm[1] sagen, das Sachenrecht sei particularrechtlich deutsches Recht geblieben, das Obligationenrecht dagegen sei auch im Kreise des particulären Rechtes römisch geworden. Aber etwas anderes ist es, und das gegentheilige Resultat muss sich ergeben, wenn man den innern Bau und das innere Functionieren des Rechts betrachtet. Physiologisch angesehen ist das heutige Sachenrecht durchweg dem römischen Rechte unterworfen: unser heutiges Sachenrecht functioniert durchaus mit den Kräften des römischen Rechts, blos die Gliedmaassen seines Organismus sind vielfach deutsch gestaltet geblieben, aber das römische Recht durchdringt sie mit seiner Lebenskraft und setzt sie in Bewegung. Im Obligationenrechte hinwiederum verhält es sich eher umgekehrt, der äussere Bau ist römisch geworden, die innere Kraft ist deutsch geblieben. Hier beschränken wir uns auf das Sachenrecht.

[1] Die deutsche Rechtsentwicklung, in Grünhuts Z I, bes. S 262 ff.

Von entscheidender Bedeutung ist die Reception des römischen Gegensatzes von Eigenthum und dinglichen Rechten und des römischen Besitzbegriffs, wenigstens im Immobiliarsachenrechte.

Das deutsche Sachenrecht ist im engsten Anschlusse an die rein thatsächlichen Herrschaftsverhältnisse, als deren rechtliche Abstraction gebildet; diese thatsächliche Herrschaft, die Gewere, ist eine andere bei Liegenschaften und bei Fahrnis, und in Folge davon sind die dinglichen Rechte an Immobilien höher entwickelt als an Mobilien. Es giebt kein dingliches Recht, das nicht darauf geartet wäre, sich in einer Gewere an der Sache, an der es besteht, zu verwirklichen, und die dazu befähigten Rechte sind einander gleichgeartet, nicht gegensätzlich. Diese Sätze bilden das Gerippe, in welchem sich der ganze Bau des deutschen Sachenrechts zusammenfügt, in der Art wie es oben § 67. 79. 80 näher darzulegen ist versucht worden. Von allen diesen Sätzen aber ist heute kein einziger mehr wirksam, wenigstens nicht bei Liegenschaften[2]; hier sind unsre dinglichen Rechte nicht mehr als Abstraction der Gewere (d. h. der Nutzung) an der Sache gedacht, sondern als verschiedenartigste Belastungen fremden Eigenthums, sodass wir keinen Anstand nehmen, Niessbrauch und Wegrecht unter dem einen Begriffe der Servitut zu vereinigen, wo ein deutscher Schöffe des Mittelalters einen himmelweiten Unterschied machte.

Eine Folge der Reception des römischen Eigenthums- und jura in re-Begriffs ist es, dass jene Rechtsamen, die wir oben § 68 als Sachen, Eigenthumsobjecte kennen gelernt haben, insoweit sie jetzt überhaupt noch privatrechtlichen Charakter haben, dingliche Rechte nach römischem und heutigem Begriffe geworden sind. Die Umwandlung ist urkundlich erkennbar in dem Momente eingetreten, wo an die Stelle der Gewere an der Rechtsame die juris quasi possessio derselben tritt. Indem nur eine quasi possessio an der Rechtsame angenommen wird, ist ausgesprochen, dass die Rechtsame selbst juristisch etwas anderes ist als eine körperliche Sache, an welcher possessio anerkannt wird. Wurde dann noch vollends auch bei Ususfruct nur juris quasi possessio, nicht Besitz der Sache selbst angenommen, so war der Bruch mit der altdeutschen Grundidee vollständig klar geworden.

Daraus ergiebt sich nun auch mit zwingender Nothwendigkeit, dass die Reallasten so gut wie die Prädialservituten, mit denen sie immer zusammengehalten haben, im heutigen Rechtssystem dem Sachenrechte, nicht dem Obligationenrechte angehören. Sie sind mit den Prädial-

[2] Denn bei Fahrnis lässt sich, wie am Schlusse noch angedeutet wird, wirklich fragen, ob nicht der altdeutsche Gewerebegriff noch Meister geblieben ist.

servituten Rechte an fremder Sache geworden, und es verräth eine absolut unhistorische Gesinnung und eine Auflehnung gegen die berechtigte Forderung möglichsten Festhaltens der Continuität der Rechtsentwicklung, wenn man, befangen in aprioristischem Systematisieren (angeblich Eindringen in die Natur der Rechte und Analyse mit Rücksicht auf die letzten Gründe des Rechts!) die Reallasten als Obligationen aus Zuständen oder dgl. construiert.

Unser heutiges Sachenrecht ist römisch organisiert, sodass selbst die dem römischen Rechte unbekannten Institute (Reallasten) sich in dessen System eingefügt haben, und was von deutschen Rechtssätzen die entsprechenden römischen sieghaft bestanden hat, betrifft theils äusserliche Formen der Rechtsübertragung und Rechtsbestellung (Grundbuch, Hypothekenbuch), theils vereinzelte, im heutigen Systeme nicht immer leicht verständliche und glatt einzuordnende Punkte, wie die Vindicationsbeschränkung bei Fahrnis, — wenn man nicht geradezu für das ganze Fahrnissachenrecht eine Fortdauer der germanischen Rechtsideen behaupten will. Denn es liesse sich sehr ernstlich untersuchen, ob mit der Erhaltung der altdeutschen Fahrnisklage nicht überhaupt deren Basis erhalten geblieben sei, d. h. der Besitz (die Gewere) und demgemäss das dingliche Recht und die dingliche Klage des Vertrauensmanns (Commodatars, Depositars u. s. w.). Dann könnte sich sehr leicht bei genauerer Prüfung ergeben, dass das Mobiliarsachenrecht deutsch geblieben, das Immobiliarsachenrecht trotz Fertigung und Grundbuch römisch geworden ist.

Fünftes Buch.

Das Obligationenrecht.

§ 121. 1. Einleitende Betrachtung.

Dieses fünfte Buch führt die Ueberschrift „Obligationenrecht", trägt also nicht, wie es sich für eine Darstellung des nationalen deutschen Rechtes eher erwarten liesse, einen deutschen Namen, etwa „Recht der Forderungen und Schulden, Recht der Schuldverhältnisse" oder dgl. Nicht unabsichtlich; für Pandektenhandbücher ist es unverfänglich, diesen oder jenen Ausdruck zu gebrauchen, weil der Begriff der Obligation für das römische Recht von vornherein ausser Frage steht und man in einem deutschen Ausdrucke nur die Uebersetzung, keinen Gegensatz sieht. Anders verhält es sich im deutschen Rechte; wir haben schon früher (Bd. I § 75) gesehen, dass demselben der Begriff der obligatio vielfach abgesprochen wird, und Forderung und Schuld, die doch nur das Product einer Obligation sein können, als sachenähnliche Vermögenswerthe, gelöst von jedem persönlichen Bande, wollen gedacht werden. Demzufolge hätte der Ausdruck „Recht der Forderungen und Schulden" in einem System des deutschen Privatrechtes etwas Zweideutiges, was gleich von vornherein dadurch soll vermieden werden, dass wir von Obligationenrecht reden und damit dem deutschen Rechte den Begriff und das Wesen der obligatio zuerkennen.

Nach jener früher schon besprochenen Meinung soll nicht nur der deutschen Sprache ein dem lateinischen Worte obligatio völlig entsprechender Ausdruck fehlen, das Wort obligatio unübersetzbar sein, sondern auch der Begriff der obligatio in dem Sinne eines persönlichen Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner, eines gemeinsamen Rechtsbandes derselben dem deutschen Rechte mangeln oder doch in ihm mehr zurücktreten. Aber das Wort obligatio ist völlig genau übersetzbar, sowohl rein sprachlich betrachtet, wonach das Wort nichts andres als Verpflichtung, oder mehr altdeutsch: Verstrickung, bedeutet, als auch in rein juristischem Sinne, wonach man das wechselseitige Verhältnis, das Rechtsband, juris vinculum, zwischen Gläubiger und Schuldner hervorhebt, was in dem deutschen Worte

haften, Haftung zum Ausdrucke gelangt[1]. Dass auch bei diesem Worte das Gebundensein des Schuldners in vorderster Linie steht, ist ihm doch auch wieder nur mit dem lateinischen Sprachgebrauche gemeinsam, wonach Wesen und Inhalt der Obligation (obligationum substantia) darin besteht, dass der Schuldner obstrictus werde[2], was gerade dem Haften entspricht. Dass vollends die Worte Forderung und Schuld im deutschen Rechte keinen andern Gehalt haben als creditum und debitum im römischen, will ich nicht nochmals erörtern.

Recht im Gegensatz zu der Behauptung, dass das deutsche Recht unter Vernachlässigung des persönlichen Bandes zwischen Gläubiger und Schuldner den objectiven Gehalt von Forderung und Schuld als activer und passiver Vermögenswerthe ausgebildet habe, finden wir vielmehr die persönliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner zur Grundlage aller obligationenrechtlichen Verhältnisse genommen in einem Umfange und einer Intensität, welche eine Behandlung der Forderungsrechte als Sachen und Gegenstände des Sachenrechtsverkehres von Anfang an zur Unmöglichkeit macht. Gerade je höher wir in die Vorzeit hinaufsteigen, desto strenger erscheint uns dieses Festhalten des Rechts an der Beziehung von Person zu Person. Die Uebertragung eines Forderungsrechtes auf einen Andern ist geradezu unmöglich, ein Ersatz der Cession bildet sich nur auf dem Vertragsgebiete durch Ausstellung der Schuldurkunde an die Ordre des Gläubigers oder an den Inhaber. Ebenso zeigt sich die Gebundenheit des Verhältnisses an die Person derjenigen, in welchen dasselbe zur Entstehung kommt, in der beschränkten Vererblichkeit der Verpflichtungen, vielleicht sogar der Forderungsrechte[3].

Solche man darf sagen verschwommene Ansichten wie die eben bekämpfte zeigen uns, wie wenig von einer wissenschaftlichen Begründung des deutschen Obligationenrechtssystems eigentlich bis in die neueste Zeit zu reden war. Man begnügte sich im Grunde mit dem einen Satze, dass das Recht dem Parteiwillen vollständige Freiheit gelassen habe, und kam darüber nicht zu einer gründlichen Reflexion über das Wesen der Sache selbst. Sonderbar! im Sachenrechte, im Familien- und Erbrechte waren die grössten Schranken gegen Unterwerfung des Rechtes unter die willkürliche Behandlung durch die

---

[1] v. Amira, Nordgerman. Obligationenrecht I 27: „Varþa (Haften) ist recht eigentlich der Ausdruck für das Wesen jeder Obligation."

[2] Vgl. l 3 pr. D de O. et A. 44, 7: Obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

[3] In letzterer Hinsicht beachte man die langobardische Urkundensprache, s. oben Bd. I S 60. Vgl. Brunner in Goldschmidts Z f. HR XXIII 233 Anm 3.

Parteien aufgerichtet, hier im Obligationenrechte dagegen mochten sie thun was ihnen beliebte, Schuldverhältnisse in selbstgewählter Form begründen und verändern. Und das sollte von Anfang an so gewesen sein, daher man sich mit geheimem innern Behagen der Mühe überhoben fand, nach einem Obligationenrechtssystem in der classischen Zeit des Mittelalters zu suchen, und mit Genugthuung den Satz registrierte, das deutsche Recht habe ein Obligationenrecht nicht ausgebildet.

Immerhin konnte man der Pflicht nicht entgehen, einzelne wenn auch dürftige Grundsätze aufzustellen. Man beschränkte sich hiebei fast ausschliesslich auf das Vertragsrecht und bildete aus der Annahme von der absolut freien Bewegung der Parteien den Satz, dass bestimmte Vertragsformen nicht bekannt, jedenfalls für die Giltigkeit der Verträge nicht erforderlich gewesen seien, jeder formlose Vertrag vielmehr seinem Inhalte gemäss Rechtsbeständigkeit gehabt habe. Aussprüche späterer Quellen, wie etwa des Freiburger Stadtrechts von 1520 Bl. 39[4], glaubte man in diesem Sinne verstehen und schon in den Rechtsbüchern, z. B. Ssp I 7, finden zu dürfen, und stellte den allgemein giltigen Satz auf, dass jede bedächtliche Zusage ohne weiteres zu Haltung des Versprochenen verpflichtet habe. Wenn man dieses Dogma dann oft damit begründete, dass alle Formen bei Eingehung der Verträge durch Treu und Glauben, durch das deutsche Manneswort, das unverbrüchlich gehalten worden, überflüssig gemacht worden seien, so übersah man dabei nur das Doppelte: erstens, dass Vertragsformen gar nicht die Bestimmung und oft nicht einmal die Fähigkeit haben, späteren Treubruch, d. h. Ableugnen des Versprechens unmöglich zu machen, wie die römische stipulatio klar beweist, bei der das Versprechen auch auf die Treue des Promittenten gestellt war und der Promissar wohl wusste, dass gegen Ableugnung eine Handschrift des Schuldners weit bessere Dienste leiste; sodann aber, dass, leider! auch die Deutschen auf das „deutsche Manneswort" von Alters her nicht halb so fest gebaut haben, als man sich einreden möchte, sondern sich durch Schrift und Zeugen und sonst auf alle mögliche Weise gegen Ableugnung zu schützen beflissen gewesen sind.

In gewisser Hinsicht nur eine andere Wendung jenes allgemeinen Satzes war die besonders von Gerber (D. PrR § 153) vertretene

[4] „Welcher dem andern etwas mit bedachtlicheit zusagt, es sig mit blossen worten oder andern zusagungen, die wort syent wie sy wöllen, so sol der jhen der zugesagt hat, sin zusagen halten, dann es gepürt sich menschlicher erberkeit, das man glouben halte." Vgl. dazu unten S 249.

Auffassung, es habe jede Individualität auf dem Gebiete des deutschen Obligationenrechts gemangelt: das Recht frage nur darnach, ob der Consens der Parteien vorhanden sei, und brauche nicht auf die specifische Eigenthümlichkeit der einzelnen Fälle, auf die Verschiedenheit des Gegenstandes des Consenses zu achten. Daher fasse das Recht die verschiedenartigsten Verhältnisse unter dem farblosen Begriffe „Schulden" zusammen und stelle die Geltendmachung der verschiedenen Rechte in derselben unbestimmten Form der „Klage um Schuld" dar. Das letztere ist insofern unrichtig, als Klage um Schuld nur der technische Ausdruck für persönliche Klage ist, und der von Gerber kritisierte Richtsteig Landrechts c. 6 „von schulde" will eben beschreiben, was unter die persönlichen Klagen fällt. Mit gleichem Rechte müsste man sagen, dass in § 8 I. de act. 4, 6 unter dem „farblosen Begriffe der actiones in personam" die verschiedenartigsten Verhältnisse zusammengefasst seien. Der Vorwurf des Mangels aller Individualität aber würde nur dann zutreffen, wenn die Deutschen die einzelnen Verträge überhaupt nicht unterschieden, sondern blos einen Vertrag unter dem gemeinsamen Namen der Uebereinkunft, etwa nach einem Ausdruck des langobardischen Rechtes nur eine convenientia, gekannt hätten. Aber es genügt ein flüchtiger Blick in die Quellen, um zu sehen, dass Kauf, Tausch, Darlehn, Bürgschaft, Gesellschaftsvertrag u. s. f. des bestimmtesten als individuelle Verträge sind unterschieden worden und sich durch Ausbildung sehr individueller Rechtssätze charakterisieren.

Die neuere Forschung zeigt die entschiedene Tendenz, gerade das Dogma von der bindenden Kraft des einfachen Versprechens, der bedächtlichen Zusage, dem altdeutschen Rechte vollständig abzusprechen. Was aber an die Stelle zu setzen sei, ist noch vielfach streitig, sodass man von einer Einigung bezüglich des Aufbaues des altdeutschen Vertragssystemes noch weit entfernt ist. Sohm[5] gebührt das Verdienst, den Weg gewiesen zu haben, auf welchem man zu tieferer Erkenntnis des altdeutschen Obligationenrechtes gelangen kann. Indem er den Satz aufstellt, dass ein verbindlicher Vertrag nur durch das Hinzutreten entweder einer bestimmten Form oder einer Leistung (res) zu Stande komme, unterscheidet er im deutschen Rechte die zwei Arten von Verträgen, die er Formalcontracte und Realcontracte nennt. Dem Formalcontract weist er diejenigen Fälle zu, in denen eine Gegenleistung seitens des Gläubigers nicht stattzufinden hat, in denen es sich also um ein streng einseitiges, unentgeltliches Versprechen han-

[5] Das Recht der Eheschliessung S 24 f. 34 ff.

delt, welches der Form des Realcontracts (Empfang einer Gegenleistung) sich entzieht. Dem Realcontract fällt ausser den vier sog. benannten Realcontracten des römischen Rechts auch der Kaufvertrag zu (von dem Sohm einzig spricht), „weil er erst dann verbindlich ist, wenn von einer Seite die Leistung erfolgt ist". Doch müsste wohl im Sinne Sohms auch die Miethe und Pacht diesem Realvertrag zugewiesen werden, wie ja die Fahrnismiethe unzweifelhaft mit der Gebrauchsleihe und dem Depositum im deutschen Rechte gleich behandelt ist. Gesellschafts- und Mandatsverhältnisse, die zwei übrig bleibenden Consensualcontracte des römischen Rechts, mögen für das älteste deutsche Recht ausser Betracht bleiben.

Dieses System, in allgemeinen Zügen entworfen und in dieser Allgemeinheit aus den Quellen genügend begründet, war im einzelnen voller Räthsel und Schwierigkeiten, weil die historische Begründung noch fehlte. Eine solche erwies sich sofort als ein um so grösseres Bedürfnis, je weniger ohne sie ein klares Verständnis des volksrechtlichen Systems und zumal seines Functionierens im Leben zu gewinnen war. Den Realcontract konnte man verstehen; aber was bedeutete der Formalvertrag, die Wadiation? woher kam diese sonderbare Form der wadia? war es eine willkürliche Erfindung und wozu hatte man sie erfunden? warum begnügte man sich nicht mit einer Wortform? war die wadia blosse Vertragsfeierlichkeit oder Bestärkungsluxus oder hatte sie einen innern Gehalt? und was dergleichen Fragen mehr waren. Das Nächstliegende, die Herleitung der Wadiation von dem Setzen eines Pfandes (wadium, Wette), scheint Sohm[6] auffallender Weise abzulehnen, indem er gegentheils den Ausdruck wadium, Wette, für Pfand als Ableitung von dem streng verpflichtenden Vertrag ansieht. Franken[7] hat dagegen mit vollem Rechte den Ursprung des Formalcontracts der Wadiation in der Pfandsatzung gefunden; nur genügt auch die von ihm angenommene Entwicklung nicht zu voller Erklärung des Instituts der Wadiation: in einer Gesellschaft, sagt er, deren Vertrauen auf die öffentliche Gewalt als Schützerin vermögensrechtlicher Interessen etwa noch gleich Null wäre, sind alle Geschäfte Baargeschäfte. Der nächste Schritt ist dann der, dass man bei Vorleistung von der einen Seite ein gleichwerthiges Pfand für künftige Gegenleistung giebt, und successive, wie sich das Vertrauen zu der öffentlichen Gewalt und ihrer Fähigkeit zu durchgreifender Rechtshilfe

---

[6] A. a. O. S 35 Anm 23. Darnach wäre die „Form" das Principale, die Sache selbst das Abgeleitete.

[7] Französisches Pfandrecht S 213.

hebt, kann sich der Werth des Pfandes mindern und sinkt er schliesslich zu einem blossen Scheinpfand herab, welches uns eben in der Gestalt der wadia entgegentritt.

Das hier hervorgehobene Moment des Fortschreitens vom Baargeschäfte zum Creditgeschäft, vom wirklichen Pfande zum Scheinpfand ist ohne Zweifel sehr wichtig, reicht aber für sich allein nicht aus, um uns die volksrechtlichen Zustände verständlich zu machen. Man bewegt sich, wie mir scheint, in zu engem Gesichtskreise, wenn man, wie es hier immer geschieht, den Ausgangspunkt, von dem aus man das Obligationenrecht construiert, im Vertrage sucht, den Vertrag als das von Anfang an Gegebene annimmt, dessen Form blos aufzufinden ist. Aber ein Obligationenrecht hat nicht mit einem Vertragsrechte begonnen, sondern mit Delicten und den aus ihnen entspringenden Verpflichtungen. Aus Delicten entstand, wenn der Verletzte auf die Fehde zu verzichten für gut fand, eine Zahlungspflicht des Verbrechers und aus dieser bei Unmöglichkeit der sofortigen Zahlung ein Gelöbnis für Wergeld oder Busse, die fides facta, der Sühnvertrag, der erste Vertrag des deutschen Rechts. Von diesem Punkte wollen wir einmal ausgehen und das deutsche Obligationenrechtssystem nicht blos zu construieren, sondern auch zu begreifen versuchen.

§ 122. 2. Das gerichtliche Bussegelöbnis.

Man wird dem Satze Frankens gerne beistimmen, dass in einer Gesellschaft, deren Vertrauen auf die öffentliche Gewalt als Schützerin vermögensrechtlicher Interessen noch gleich Null ist, alle Geschäfte Baargeschäfte sind. Aber diese Baargeschäfte, mag man sie immerhin Verträge nennen, sind noch keine obligatorischen Verträge, eine obligatorische Bindung ist dabei nicht beabsichtigt, weder bei den sog. benannten Realcontracten, worüber bald näher zu reden sein wird, noch bei Kauf und Tausch, die reines Factum des Austauschs von Werthen sind. Eine andre Frage ist, ob sich an solche Baargeschäfte nicht obligatorische Wirkungen anschliessen konnten, wie namentlich bei Kauf eine Währschaftspflicht im Falle der Eviction. So wenig eine Evictionspflicht u. dgl. zu bestreiten sein wird, so gewiss scheint es doch, dass in solchem Falle der Geschädigte die ihm widerfahrene Vermögensbeeinträchtigung aus keinem andern Gesichtspunkte betrachtete als aus demjenigen, unter welchem ihm irgend ein Schaden, etwa aus Diebstahl oder Raub, erschien, und in einer Zeit, da das Vertrauen auf die öffentliche Gewalt noch gleich Null war, also keine Gerichte Hilfe schafften, griff er gegen den Schadenersatzpflichtigen

zur Fehde, so gut wie er diesen Weg der Selbsthilfe bei Todtschlag oder Verwundung oder Raub u. s. f. einschlug. Es finden sich ja sogar bei allen Völkern Reste uralten Rechts, wonach die Leihe sich nur in der Form des Raubes bewerkstelligte und der Ausleiher sein Recht auf Rückgabe durch Fehde und später durch Delictsklage verfolgte. So tritt alles Obligationenrecht von der Seite der Delicte in das Rechtsleben ein.

Gehen wir also davon aus, dass das älteste Recht Obligationen überhaupt nur als obligationes ex delicto kennt, dass ursprünglich Alles, was obligatorische Wirkung erzeugt, Delictsnatur hat, so erledigen sich in einer Zeit, da die Rechtsordnung neben das Fehderecht das Recht der Straf- und Schadenersatzklage gestellt hatte, alle Ansprüche obligationenrechtlicher Natur durch Fehde, oder wenn der Verletzte von dieser nicht Gebrauch machen will, durch Anrufen der richterlichen Hilfe und gerichtliche Zusprechung einer Busse nebst Schadenersatz. Es ist bekannt, dass im deutschen Rechte diese Busse compositio und das Bussezahlen componere hiess. Der überführte Schädiger wurde also vom Gerichte schuldig erkannt, zu bezahlen, ja schon in dem Ausspruche der Schuld war die Zahlungspflicht zu der gesetzlich für diesen Fall feststehenden Busse enthalten, daher die Ausdrücke culpabilis sit und componat identisch gebraucht werden[1].

Indem aber der Gerichtsspruch auf componat lautete, war die Meinung, dass die Busse sofort fällig und daher sofort zu entrichten sei; das heisst also: der auf componere gehende Spruch lautete auf Zahlung, componere und solvere sind identisch[2].

Es ist bekannt, dass bei den meisten Bussen sich die sofortige Bezahlung wegen der beträchtlichen Höhe der Busssumme als unausführbar erwies[3]. Sollte die Absicht, der Fehde durch das Surrogat der Busse Concurrenz zu machen, ernstlich gemeint sein, so musste man dem Schuldner eine Frist gewähren und ihn blos zu sofortiger Sicherstellung des Gläubigers anhalten. Die Frist war, bei den Franken wenigstens, die alte fränkische Gerichtsfrist von 40 Tagen, also der Termin bis zu dem nächsten Gerichtstage, und die Sicherstellung bestand in einem Pfande, wadium. Wir werden wohl annehmen dürfen, dass es mit diesem Pfande anfangs sehr ernsthaft genommen

---

[1] Ed. Roth. 12. 13, vgl. 14. 15 mit 16. 37 ff. 244.

[2] Noch in späteren Quellen tritt diese Gleichheit hervor. Rozière Nr 321: fidem vobis faciam vel transolvam, verglichen mit Nr 331 § 2: fidem faciam et contra casam Dei componere faciam. MR. UB. I Nr 30: cum fide facta pro censo solvere faciam.

[3] Brunner, Sippe und Wergeld, in Z der Sav.-Stift., germ. Abth. III 8 ff.

wurde, es sich nicht um ein Scheinpfand handelte, der Gläubiger sich nicht ohne reelle Sicherheit brauchte hinausziehen zu lassen. Und da zur Pfandgabe so wenig wie zur sofortigen Zahlung genügende Vermögensobjecte zu Gebote standen, so mag das wadium gewöhnlich in Bürgenstellung bestanden haben. Konnte auch das nicht aufgebracht werden, so trat das Fehderecht des Verletzten wieder in Wirksamkeit.

Hier beginnt der historisch beglaubigte und quellenmässig begründete Zustand. Die Volksrechte, vor allem in zweifelloser Weise das langobardische Edict zeigen uns das componere in der Gestalt der Bürgenstellung, wobei noch pro forma ein werthloser Gegenstand als wadium (langobardisch wadia) gegeben wird, den der Gläubiger vom Schuldner empfängt und dem Bürgen zur Auslösung übergiebt. Nur möchte ich nicht, wie das gewöhnlich geschieht, die Sache so auffassen, als sei das Pfand hier schon ein blosses Scheinpfand geworden, und die Sicherung durch Bürgen blos ein Accessorium gewesen; die ursprüngliche Idee war wohl eher die, dass die Bürgen selbst das wadium (Pfand) seien, und die Manipulation mit dem bewussten Gegenstande diente nur zur Symbolisierung der Pfandbestellung. Sehr bald allerdings, zumal seit man die Auskunft einer Selbstbürgschaft des Schuldners zugelassen hatte, trat die rein formale Natur des Geschäfts und der Charakter des wadium als eines Scheinpfandes ohne reelle Basis deutlich hervor. Als der zur Wadiation verwendete Gegenstand erscheint im fränkischen Gerichtsgebrauche die festuca, für den Akt selber finden wir neben dem alten noch gebräuchlichen Ausdrucke componere die (vielleicht ebenso alten) Bezeichnungen wadiare, wadiatio, und besonders das fränkische fidem per festucam facere[4]. Das ist das durch wadium, Pfand, bezw. Verbürgung übernommene Zahlungsversprechen, welches die neuere Litteratur Urtheilserfüllungsgelöbnis nennt[5].

---

[4] K. Pertz, Dipl. M. 66: judicatum, quod solidi XV pro hac causa fidem facere debirit, quod ita et in praesenti per festuga visus est fecisse. Hist. de Languedoc (Vaissete) I Nr 109: de hac causa fidem talem fecit sua fistuca jactante. Rozière Nr 511 = Marc. II 18: der Todtschläger verspricht solidos tantos zu zahlen, quos et in presente per wadio visus est transsolvisse.

[5] Da nach dem Gesagten dieses Urtheilserfüllungsgelöbnis genau genommen die Zahlung, bezw. die reale Sicherung der Zahlung ist, so erscheint die allgemein verbreitete Ansicht als unrichtig, wonach das germanische Gericht überhaupt kein Urtheil auf Zahlung direct habe fällen können, sondern blos aussprechen, der Angeklagte sei schuldig, das Gelöbnis der Bussezahlung abzulegen. So Siegel, Gerichtsverfahren S 219; Sohm, Prozess der lex Salica S 162; Val de Lièvre, Launegild und Wadia S 165; Franken, Franz. Pfandrecht S 230. Die Quellen

Es tritt uns also hier die Wadiation in ihrer ursprünglichen Gestalt nicht sowohl als Vertrag, vielmehr als Zahlung, bezw. Sicherung, nicht als Eingehung einer Vertragsverbindlichkeit, sondern als Erfüllung einer Delictsverpflichtung entgegen. Und so erscheint Alles, was uns Contractsobligation ist, im alten Rechte als componere oder wadiare, Busse zahlen oder verbürgen. Auch alle aus einem Baargeschäfte entstehenden obligatorischen Ansprüche, etwa wegen Eviction, wegen Verlustes einer geliehenen Sache u. s. f., wurden als Ansprüche aus Delict geltend gemacht und der Beklagte musste componere oder wadiare. Gerade bei den benannten Realcontracten, jedenfalls wenigstens bei Leihe, Aufbewahrungs- und Pfandcontract (das Darlehn kommt für diese älteste Zeit ohnedies weniger in Betracht), kam die Contractsnatur schon darum kaum zum Bewusstsein, weil der bei Weigerung der Rückgabe gerichtlich geltend gemachte Anspruch dinglichen Charakter hatte, mit malo ordine possides und nicht mit dare debes erhoben wurde, wie denn auch die spätere Zeit keine persönlichen (Contracts-)Klagen des Leihenden u. s. w. gegen den Entlehner u. dgl. in ihrem Klagensysteme ausgebildet, sondern sich mit der dinglichen Klage begnügt hat[6]. Die Klage auf Rückgabe anvertrauter Sachen konnte in gleichem Maasse wie die Diebstahlsklage Delictsnatur haben, weil in ursprünglichen Rechtsanschauungen widerrechtliches Vorenthalten einer Sache und diebisches Behalten sich decken. Was sonst bei Realverträgen in einem Contractssysteme mit der Contractsklage (actio directa und contraria) verfolgt wird, Ersatz für Verlust, Zerstörung, Deterioration der Sache, wurde ebenfalls als Ausfluss des Delictsanspruchs behandelt und nach dem Maass der Sachbeschädigung gebüsst.

---

ergeben deutlich, dass das Urtheil auf Zahlung lautete, Rozière Nr 463. 468 = Form. Sal. Bign. (Zeumer S 230 u. 233) Nr 14 u. 8: judicaverunt ut homicidium legibus transsolvere deberet, und dann wurde entweder sofort gezahlt: quod ita et fecit, oder Pfand gesetzt, wie es Rozière Nr 467 heisst: judicatum est, ut leudem per suum wadium componere deberet, sicuti et fecit. — Eine ganz andere, von Franken a. a. O. mit der hier behandelten vermengte Frage ist die, ob das Gericht von Anfang an auch schon die Execution hatte. Rechtsprechung ohne Executive kommt bei vielen Völkern vor, soll sich noch heute bei morgenländischen Stämmen finden. Es ist möglich, dass auch bei den Germanen das Gericht nur den Wahrspruch abgab, dass der Beklagte zu zahlen schuldig sei, aber nichts weiter dazu that, so dass der Kläger, wenn Zahlung nicht erfolgte, wieder zur Fehde greifen musste. Aber die Volksrechte wissen davon nichts mehr und haben schon eine ausgebildete Executivgewalt.

[6] Ueber die späteren Ansätze zu persönlichen Klagen im lib. Pap. s. oben Bd. I S 395.

Es ist möglich, dass, wie Behrend[7] annimmt, in tit. 50 der lex Salica die fides facta nur als gerichtlicher Akt, als sog. Urtheilserfüllungsgelöbnis gemeint ist. Unter dieser Voraussetzung wäre das Gesetz eine werthvolle Illustration des eben Gesagten. Der tit. 52 handelt von dem letztbesprochenen Falle, zunächst wie es scheint mehr nur das Commodat ins Auge fassend, im Fortgange auch das Darlehn (debitum) einschliessend. Es wäre dieser viel umstrittene Titel dann etwa so zu erklären: Der Leiher fordert den Entlehner durch dreimaligen aussergerichtlichen Anruf zur Rückgabe der Sache (bezw. Zahlung des Darlehns, in weiterer Ausdehnung auf das Kaufgeschäft dürfte vielleicht auch gesagt werden: zur Gewährleistung, defensio, bezw. Schadenersatz, Zahlung der poena dupli) auf. Glaubt der Aufgeforderte zu keiner Leistung verpflichtet zu sein, so ist jetzt, wie ich annehme, der Anlass für ihn gegeben, seinen Widerspruch in einer Weise kund zu thun, die den Ansprecher nöthigt, den gerichtlichen Weg zu betreten; da wird dann die Klage erhoben, mit malo ordine possides, oder wenn die Sache nicht mehr vorhanden ist, eine Art Delictsklage, etwa quod tu subtraxisti rem u. dgl. Wird dann der Beklagte sachfällig, so muss er entweder die Sache sofort zurückgeben oder Schadenersatz und Busse wadieren. Aber davon spricht tit. 52 nicht, sondern er setzt voraus, dass der Betriebene nicht zurückgeben will, weil er nicht kann; er hat keinen Bestreitungsgrund, aber er vermag nicht zu leisten; anders liesse sich das passive Verhalten des Schuldners gegenüber den drei testationes schwer begreifen. Jetzt hat der Gläubiger das Gericht anzurufen, und der Schuldner wird durch die Klage vor die Alternative gestellt aut reddere aut fidem facere reddendi[8], und da das erstere ihm dermalen unmöglich ist, so muss er sich zur Wadiation bequemen, also gemäss tit. 50 § 1 auf 40 Tage, den nächsten Gerichtstag, Zahlung verbürgen. Was geschieht, wenn

[7] Zum Prozess der lex Salica, Festgabe für Heffter, S 81. Dadurch ist übrigens nicht ausgeschlossen, dass die aussergerichtliche Satzung eines reellen Pfandes, die ja natürlich daneben existierte, auch fides facta geheissen hat. Das kann aus Tacitus Germ. 24 geschlossen werden; von der Spielwuth der Germanen heisst es dort: ipsi fidem vocant. Ich denke mir, dass Tacitus, der seinem Berichterstatter sein Befremden über diese pervicacia in re prava ausdrückte, von ihm zur Antwort erhielt: es ist eben ein Wettgeschäft, wadiatio, fides facta, das Pfand ist eingesetzt, und der Verlierende bricht sein Wort und seine fides, wenn er es dem Gewinnenden nicht zurücklassen will.

[8] Ein ähnlicher Gegensatz auf prozessualischem Gebiete in der lex Alam. 36, 3: spondeat sacramentales et fidejussores praebeat, ut in constituto die aut legitime juret aut si culpabilis est componat: im Bestreitungsfalle muss der Beklagte entweder den Reinigungseid leisten oder wadieren.

der Schuldner beides, Zahlung und Wadiation verweigert, verschweigt tit. 52, aber ich möchte annehmen, dass dann, wie die Malbergische Glosse am Schlusse des Titels andeutet[9], der Gläubiger vom Richter die Arrestierung des schuldnerischen Vermögens erwirken und daraufhin die Execution durch Pfändung vollführen kann, wie es noch in der (salischen) Keure von Saffeläre[10] heisst: si debitum solvere noluerit vel wadium inde dare contradixerit, baillivus debet pandare. Wird aber wadiert und nach 40 Tagen oder nach sonst vereinbartem Termin[11] der Gläubiger nicht befriedigt, so tritt nun das Betreibungsverfahren ein, wie es tit. 50 de fides factas beschreibt, und das durch folgende Stadien verläuft: 1. Zahlungsaufforderung des Gläubigers mit Schatzungsleuten beim Schuldner; 2. bei Erfolglosigkeit Vorladung; 3. nexticantichio, d. h. Zahlungsbefehl des Richters mit Arrestanlage; 4. dreimaliges Zahlungsabwarten beim Schuldner; 5. Aufforderung des Grafen zur Pfändung und Pfandnahme durch denselben[12].

In gleichem Sinne ist wohl die häufige Formel der Pachtbriefe zu verstehen: si de censu negligens apparuero, fidem exinde faciam atque rem non perdam. Der Verpächter verzichtet auf die sofortige

---

[9] Sohm, Prozess der lex Salica S 36.

[10] Bei Warnkönig, Flandr. Staats- und Rechtsgeschichte III, Nachtrag zum UB. S 43.

[11] Lex Sal. 50 § 1: in XL noctes aut quomodo placitum fecerit.

[12] So im wesentlichen mit Behrend a. a. O. übereinstimmend; anders Sohm. Ich stimme mit Sohm S 35 darin nicht überein, dass das dreimalige Zahlungsabwarten identisch sei mit der dreimaligen Aufforderung zum reddere in tit. 52, so dass auch dieser letzteren das nexticantichio schon vorangegangen wäre. Dass die drei in tit. 52 angeführten Leistungsmahnungen die auf das nexticantichio folgenden wie in tit. 50 sind, würde darin eine Stütze finden, wenn man das am Anfange von tit. 52 stehende sic eum debet admallare mit Löning, Vertragsbruch S 53 f. und wohl auch Sohm S 35 f. als Ladung vor Gericht auffassen dürfte. Dann müsste freilich weiter mit Löning S 55 angenommen werden, dass schon eine private Aufforderung zur Rückgabe stattgefunden hat, und auf diese sich die am Ende des tit. 52 erwähnte Busse von 15 sol. beziehe, gleichwie bei tit. 50 § 1. Dagegen spricht nur, dass die 15 sol. als jetzt erst, nach dem ganzen in tit. 52 beschriebenen Verfahren, zu den 9 sol. hinzukommend angegeben werden, und dass die Grundbedeutung von mallare das aussergerichtliche Ansprechen ist (Sohm, Prozess S 47 Anm 8 und Löning S 29 Anm 3). — Wollte man aber finden, dass die Betreibung nach dem im Texte angenommenen Modus ein allzulanges Aufziehen des Gläubigers involviere, so ist darauf hinzuweisen, dass bis auf den heutigen Tag gerade Betreibungsrechte, welche sich am meisten alterthümlichen Charakter bewahrt haben, solche zahlreiche, immer aber kurze Termine haben, und dass lex Rib. 32 (vgl. 51. 52. 84, wo das Verfahren ganz ähnlich ist wie nach der lex Salica) sieben Gerichtstermine aufstellt. Sollten jene im ganzen sieben Mahnungen der lex Salica nicht diesen sieben Terminen der lex Ribuaria entsprechen?

Einziehung des Gutes bei Zinssäumnis, falls der Pächter am Verfalltage den Zins verwetten und verbürgen wird, und zwar wohl gerichtlich auf die eben beschriebene Betreibung hin und auf die gesetzliche Frist von 40 Tagen; fidem faciam heisst: ich werde alsdann auf 40 Tage Zahlung verbürgen und in dieser Frist kann mir das Gut nicht genommen werden. Da diese 40 Tage, die hie und da in solchen Pachtbriefen ausdrücklich genannt werden[13], die gesetzliche Frist der lex Sal. 50 sind, so konnte das auch als die legalis emendatio bezeichnet werden[14].

Auf dasselbe Resultat wie für das fränkische Volksrecht müssen wir auch für das langobardische Edict gelangen; in Betracht fällt das c. 245 des Ed. Roth., das völlig die Parallele zu lex Sal. 52 bietet, wie auch die Glosse des liber Papiensis schon auf diese Gleichheit hingewiesen hat. Die Stelle lautet: Si quis debitorem habens, appellet eum semel bis et usque tertio; et si debitum non reddederit aut non conposuerit, tunc debeat pignerare in his rebus quibus pignerare lecitum est. Sie ist bisher[15] allgemein dahin verstanden worden, als ob sie und damit das langobardische Recht dem Gläubiger, und zwar jedem beliebigen Gläubiger für jeden Anspruch irgend welcher Art (quodlibet debitum nach Roth. 246. 252), ohne weiteres das Recht eigenmächtiger Pfändung seines Schuldners einräume, falls nur eine dreimalige Mahnung vorausgegangen sei. Von solchem bedingungslosen eigenmächtigen Pfändungsrechte des Gläubigers für jeden beliebigen, vielleicht nur in seiner Einbildung bestehenden Anspruch wissen aber die citierten Stellen nichts, am wenigsten c. 245, welches geradezu das Pfändungsrecht abhängig macht von der Weigerung des Schuldners zu zahlen oder zu wadieren (componere). Es ist wie bemerkt durchweg die Vorschrift des tit. 52 der lex Salica, deren nec reddere nec fidem facere reddendi voluerit das non reddiderit aut non composuerit des Edicts gleich steht. Auch Roth. 245 ist so zu erklären, dass nach dreimaliger Aufforderung das Gericht angerufen wird, und wenn der

---

[13] Urk. bei Roth, Feudalität S 173: et si de ipso censu negligens apparuero, vel certe post ea infra quadraginta dies ipsum non reddidero, vos ipsas res partibus monasterii revocare faciatis. MR. UB. I Nr 556: quod si tempore statuto non dederint, et commoniti infra quadraginta dies non correxerint, manso priventur.

[14] MR. UB. I Nr 652: aut legitime emendabunt, aut hereditate sua privabuntur. Eine andere Erklärung bei Löning, Vertragsbruch I 16 f. 78 f.

[15] Schon von der Summa legis Langob. II 15 (Anschütz S 51): jure Longobardo creditor debitorem vel fidejussorem post trinam amonitionem sine poena pignerare potest.

Schuldner weder leistet noch wadiert, dem Gläubiger das Pfändungsrecht kraft richterlicher Arrestverhängung zusteht.

Die Bedeutung der fides facta oder wadiatio in ihrer ursprünglichen Gestalt als gerichtlicher Handlung lag also darin, dass sie die Grundlage für die Execution abgab, es lag ein judicatum vor, das nun vollstreckbar war und durch die angeführten Betreibungsstadien ohne weiteres zur Pfändung hinausführte[16]. Nun tritt aber mit ihr die Veränderung ein, dass sie auch aussergerichtlich eingegangen wird, und damit ist der Hauptanstoss gegeben zu einer Verflüchtigung ihres eigentlichen Wesens.

§ 123. 3. Die aussergerichtliche Wadiation.

Schon zur Zeit der Volksrechte finden wir aussergerichtliche Wadiation (fides facta). Es ist auch nicht gerade zu verwundern, dass eine aussergerichtliche Verwendung der Wadiation schon früh Bedürfnis wurde. Selbst in reinen Delictsfällen mochte der Verbrecher oft und viel vorziehen, die Sache gleich durch Zahlung oder Verwettung der Busse abzumachen, ohne sie noch an das Gericht kommen zu lassen; war einer aus einem Rechtsgeschäfte Schuldner geworden und konnte er seine Verbindlichkeit nicht lösen, z. B. eine geliehene Sache nicht zurückgeben, eine verkaufte Sache nicht gewährleisten, so mochte er ebenfalls lieber die Entschädigung sofort durch Wadiation sichern als sich gerichtlich dazu nöthigen lassen. Das ergab sich sehr einfach für unbestrittene Forderungen, die aber momentan nicht konnten getilgt werden, und für die der Schuldner dadurch einen kleinen Aufschub erwirkte, so, abgesehen von eigentlichen Delicten, wenn ein Zins verfallen, ein Darlehn rückzahlbar war u. dgl. Hiebei bewahrt die Wadiation immer noch ihren alten Charakter: sie ist immer noch Erfüllung einer Verpflichtung, nicht Eingehung einer solchen, immer noch Zahlung (bezw. Sicherung), nicht Schuldversprechen.

Das langobardische Edict scheint eine solche aussergerichtliche wadiae obligatio wirklich nur für fällige Verpflichtungen zu kennen, kaum für terminierte, jedenfalls nicht für blos eventuelle, aus denen

---

[16] Ein bemerkenswerthes Beispiel von Fortdauer der Wadiation als Executionsaktes findet sich in den Coutumes de Looz (Recueil des anciennes coutumes de la Belgique) I 39: Loensche Lantrechten § 1: wer einer Ansprache kanntlich ist, muss, bei Busse, vor Sonnenuntergang zahlen oder Pfand geben (gelt oft pandt); § 4: als Pfand kann gegeben werden ein Pfennig, aber (§ 5) der Schuldner muss dann sofort einen Bürgen suchen, der für die Schuld haftet.

vielleicht gar kein Anspruch auf Zahlung je entspringen wird. Hieher gehören namentlich die vielen Conventionalstrafen für den Fall etwaniger Eviction des Kaufgegenstandes, Säumnis in der Zinszahlung u. s. f. Bedenkt man die ursprüngliche Bedeutung der Wadiation, so begreift man, dass es übertrieben erschien, für eine noch zweifelhafte, ja nach Wunsch und Absicht der Parteien nicht vorauszusehende Eventualität schon eine solche strenge Haftpflicht, eine executivische Schuld festzustellen. Gerade die in Begleit von Hauptverträgen auftretenden Strafberedungen bedurften, entgegen der Ansicht Sohms[1], keiner Wadiation, wohl aber der Festsetzung in einer carta. Das sagt Liutpr. 116 in Bezug auf Kauf und Tausch: der Verkäufer soll dem Käufer bei Eviction mangels besondrer schriftlicher Beurkundung den Schaden ersetzen; ist aber in einer carta venditionis anderes, also wohl eine besondere Strafe, für diesen Fall vereinbart, so soll das maassgebend sein. Demnach konnte nur durch Begebung der carta eine klagbare Conventionalstrafe hergestellt werden, aber die carta war nicht Ersatz der wadia (vgl. oben Band I § 19), denn es waren noch keine Bürgen bestellt, die doch zur Wadiation gehörten, und die Schuld war überhaupt noch nicht executorisch, sondern bedurfte bei Eintritt des Evictions- und Straffalles erst noch der Wadiation.

Hierüber giebt ein lehrreiches Beispiel der bei Ficker, Forschungen zur RG Italiens IV Nr 8 abgedruckte Prozess: ein gewisser Leo von Reate hatte dem Kloster Farfa seine Güter tradiert und sein Schwiegersohn Herfoald hatte sich dem Kloster per cartam verpflichtet, ihm 60 Pfund Strafe bezahlen zu wollen, wenn er ihm diese Güter je streitig machen würde. Schon vorher aber war von Herfoald mit seinem Schwager Scaptolf eine convenientia obligationis ebenfalls per cartam abgeschlossen gewesen des Inhalts, ut res ipsas mecum (Scaptolf) dividere debuisset, et si non divisisset, componeret mihi mancosos CXC. In Folge der daraus entstandenen Irrungen erhebt das Kloster Klage gegen Herfoald, in dem Prozesse interveniert Scaptolf mit seinem Anspruche, und der Beklagte wird beiden gegenüber zur Zahlung der Conventionalstrafen verurtheilt, welchem Urtheil der Beklagte durch Wadiation der Strafsummen sich unterzieht: fecimus eum dare guadium Johanni advocato (monasterii), ut componeret ad partem monasterii secundum ipsam convenientiam et juxta suam obligationem libras LX; et deinde fecimus eum dare guadium eidem

[1] Eheschliessung S 46: „Es giebt kein rechtskräftiges Versprechen einer Strafsumme ohne Gebrauch der Wette (wadia)."

Scaptolfo de compositione mancosos CXC secundum chartam ipsius obligationis quam ei fecerat.

Das Seitenstück dazu liefern uns die fränkischen Precariebriefe mit der Clausel, dass der Precarist bei Zinssäumnis die Zinsbusse wadieren wolle: si de censu negligens apparuero, fidem exinde faciam. Die fides ist noch nicht geleistet, aber die Verpflichtung dazu ist per cartam eingegangen.

Das Ergebnis ist nun das, dass der Begriff des obligatorischen Vertrags schon eine ziemlich selbständige Gestalt gewonnen hat, und zwar in doppelter Form, welche Ed. Ratchis 5 als stantia und als wadiae obligatio unterscheidet. Diese vielgedeutete Stelle lautet so: si stantia, quam ante liberos hominis aliquis facit, stare debit, quanto magis ea causa quae per wadia firmatur, et hominis liberi intersunt, negare nihilhominus convenit. Neben die wadiae obligatio, welche gerichtlich und aussergerichtlich konnte abgeschlossen werden, ist hier die stantia gestellt, und es ist darunter wohl nichts andres zu verstehen, als was sonst im Edict und in Urkunden convenientia heisst. Der letztere Ausdruck bezeichnet zwar von Haus aus nicht gerade eine bestimmte Art von Verträgen, sondern bedeutet schlechtweg Uebereinkommen, und namentlich ist der Ausdruck per convenientiam identisch mit per bonam voluntatem, freiwillig[2], aber wenn es in Gegensatz zur wadiae obligatio gestellt ist, so bedeutet es alle Verträge, welche nicht wadiert sind, also die benannten Realcontracte, den Kauf, die per cartam eingegangenen Pönalstipulationen[3]. Stantia nennt sie Ratchis, weil sie zu einem stare debere verpflichteten, im Gegensatz zu dem complere debere bei Wadiation[4]. Das will sagen: die convenientia (stantia) war zwar verbindlich, stabilis, aber noch nicht executivisch; mit andern Worten: bei convenientia musste der Schuldner zunächst um freiwillige Leistung angegangen, bei Wadiation konnte sofort exequiert werden. Deutlich scheint dieser Gegensatz darin aus-

---

[2] So ist in Cod. Cav. I Nr 11 das „dedit per bona convenientia" nichts anderes als das regelmässigere per bona nostra voluntate, z. B. das. Nr 22. Daher per bona combenientia Cod. Cav. II Nr 422. Gleichbedeutend: sicut inter nos convenit, das. I Nr 195. Per convenientiam remisit scriptum: De Blasio, Series Nr 20. Darum auch: per convenientiam guadiam nobis dedit: Ficker, Forschungen IV Nr 75. 95.

[3] Tausch Cod. Cav. I Nr 36; Leihe das. I Nr 199, Cod. dipl. Langob. Nr 114; Gütertheilung Cod. Cav. I Nr 143; Theilpacht Form. Andeg. 30 (Rozière Nr 488); Pönalstipulation mit carta Liutpr. 107.

[4] Dieser Gegensatz von stare debere und complere debere tritt öfter im Edict hervor: Roth. 360. 362, Liutpr. 15. 73, Ratchis 5.

gesprochen, dass auf Grund blosser convenientia per bonam voluntatem, auf Grund von Wadiation per invitis muss gezahlt werden[5].

Auf dieser Stufe der Entwicklung trifft es daher nicht zu, wenn man ein Contractssystem aufstellt, worin Real- und Formal- (Wett-) Verträge als die zwei neben einander stehenden Vertragsgattungen figurieren. Der Gegensatz von stantia und wadiae obligatio ist schon darum ein anderer, weil die stantia nicht blos die Realcontracte umfasst, hauptsächlich aber weil sich jede stantia, sobald sie in einen Schadenersatzanspruch ausläuft, in eine wadiae obligatio verwandeln muss, also beides specifisch verschiedene Dinge sind. Ein fertiges Contractssystem, wie es die modernen Theorien aufgestellt haben, liegt eben in den Volksrechten noch gar nicht vor; zumal die Wette, die wadiatio, ist streng genommen noch gar nicht Vertragsform, dient nicht zur Begründung eines obligatorischen Verhältnisses unter den Parteien, sondern ist noch immer Executionsform. Das langobardische Edict ist darüber besonders ausführlich. Die Wadiation ist nach demselben noch immer Befriedigung des Gläubigers durch Pfandsatzung oder Bürgenstellung, wie es Roth. 346 heisst: ut dit pignus aut certe fidejussorem. Die Regel ist das letztere, daher man geradezu die Bürgenstellung als das Wesen der Wadiation anzusehen sich gewöhnt hat[6], per wadiam et fidejussores obligare technischer Ausdruck für die Wadiation geworden ist. Wir werden uns darüber nicht wundern, wenn wir noch heutzutage die Wahrnehmung machen, dass in bäuerlichen Kreisen die Verbürgung als eine Anstandspflicht betrachtet wird,

---

[5] Die Wadiationen enthalten in den langobardischen Urkunden das Versprechen der Zahlung „per invitis", oft in gehäufter Wiederholung, z. B. Cod. Cav. I Nr 126: Unde guadia tibi dedimus ut venditionem vobis ab omnibus hominibus hantistare et defendere debeamus per inbitis . . . quod si noluerimus, quindecim solidi nos componere obligamus et in antea contenti et taciti per inbitis maneamus in eadem guadia et per mediatores qui se tribuimus vobis ad pignerandum, . . . donec per inbitis adimpleamus vobis omnia. Brunner in Goldschmidts Z f. HR XXII 119 erklärt das per invitis durch „einer Vertragsverletzung zum Trotz". Hiefür könnte sprechen Cod. Cav. I Nr 62, V Nr 708 u. dgl. Ich würde vorziehen, in per invitis den Gegensatz von per bonam voluntatem, per convenientiam zu sehen, wie in bairischen Urkunden coactus steht. Hist. Fris. Nr 121: per wadium quasi coacti in manu episcopi dederunt; oder Rozière Nr 330 § 1: ad erarium regis auri uncias tres coactus persolvat; Nr 271 u. öfter. Vielleicht ist identisch das in vinculo, in vinculo legis componat, vgl. Ducange, Gloss. s. v. componere. Es handelt sich nicht mehr um eine freiwillige Zahlung des Schuldners, es ist eine ihm widerwillig aufgenöthigte Execution, es ist schon Vollstreckungsstadium.

[6] Nicht umgekehrt: wadia sei gegeben worden, wenn das Versprechen verbürgt werden sollte: Val de Lièvre, Launegild und Wadia S 189. Vielmehr: Bürgen wurden gegeben, damit die Wadiation vollzogen werde.

welche kein selbst in weit entferntem Grade Verwandter, ja selbst kein Gemeindegenosse dem andern verweigert, daher in vielen Gegenden die ökonomischen Interessen grosser Familien und ganzer Dörfer durch eine Verkettung der mannigfaltigsten Bürgschaften an einander gebunden sind. Oekonomisch ist daher bei der Wadiation die Bürgschaft die Hauptsache und findet sich nicht blos bei den Langobarden, sondern auch bei den Franken, den Alamannen und Baiern, den Burgundern[7]. Eigentlich sollte die Bürgenstellung sofort mit der Wadiation erfolgen, aber es war wohl meistens nicht möglich: der Schuldner war darauf nicht gerüstet, oder der Gläubiger wies die angebotenen Bürgen als ungenügend zurück, und so gab jetzt der Schuldner blos die wadia, festuca, und hatte nun drei Tage Frist zur Beschaffung der Bürgen[8]. Wie ein reelles Pfand Ersatz der Zahlung war, und der Gläubiger einzig sich an das Pfand halten konnte, so war auch der an Pfandes Statt, loco wadii, gesetzte Bürge der Ersatz des Schuldners für den Gläubiger. Weil selber Pfand, gab er diesem nicht auch eine wadia, er gab eben sich selbst. Er empfing aber aus der Hand des Gläubigers die wadia und damit das Pfändungsrecht gegen den Schuldner, welcher dem Bürgen haftete[9]. Die beim Schuldner genommenen Pfänder hatte er dem Gläubiger auszuliefern, daher heisst er in den Urkunden mediator. Dem Gläubiger aber blieb das Pfändungsrecht gegen den Bürgen, dieser haftete ihm auch allein und Tod des Bürgen hob daher jeden Anspruch des Gläubigers auf.

Das Pfändungsrecht, und zwar das Privatpfändungsrecht, entsprang unmittelbar aus der executorischen Natur der Wadiation[10]. Einer Gefahr des Missbrauchs und darüber entstehenden Streites wurde nothdürftig vorgebeugt durch Katalogisierung der Fahrnisse, in quibus licitum, bezw. non licitum est pignorare (Roth. 245, Liutpr. 15). Jene hiessen pignora legitima, und es waren davon ausgeschlossen

---

[7] Besonders deutlich lex Burg. 19, 5. 107, 7; Hist. Fris. Nr 455: fidejussor qui wadium accepit; Nr 125: reddidit per wadium suum et fidejussorem H. dedit; Nr 368: fidejussor wadiavit omnia. Aehnlich Nr 122. 253. 472. 473. 486; fränkisch Dronke, C. d. Fuld. Nr 41: per wadium et obsidem, namentlich aber die in Cap. V ad leg. Sal. c. 6 verlangte Selbstbürgschaft mangels von Bürgen; Sohm, Prozess der lex Sal. S 220 ff.

[8] Liutpr. 128: sit spatium de ipsam wadiam tres dies.

[9] Ueber dieses und andere Einzelheiten Liutpr. 36—41.

[10] Daher die Formeln unde guadia et mediatorem dedi qui se tribuit vobis ad pignorandum omnia pignora sua legitima; oder per guadia obligavit se, ut si non adimpleverit componeret vobis triginta solidos et apposuit se ad pignorandum omnis causam suam u. dgl.

greges, caballi domiti und boves seu vaccae jugo domitae (Roth. 249. 250), für deren Pfändung der Schultheiss musste angegangen werden (Roth. 251). Doch durften auch schon ohne weiteres solche pignora illegitima gepfändet werden, wenn es von Anfang an vertragsweise war einbedungen worden[11].

§ 124. 4. Ausbildung des mittelalterlichen Contractssystems.

Das weitere Schicksal der Wadiation ist das einer fortschreitenden Zerbröckelung ihrer executorischen Natur und der Verwandlung in einen reinen Formalvertrag im eigentlichen Sinne. Betrachten wir die verschiedenen Momente, die hiefür thätig gewesen sind.

Da ist vielleicht das wichtigste, weil materiell das bedeutungsvollste, das Preisgeben der reellen Sicherung der Execution, wie sie bisher in der Bürgschaft gelegen hatte. Zwar formell lässt man die Bürgenstellung nicht fallen, denn man kann sich ohne sie eine Wadiation nicht denken, aber man begnügt sich mit der Selbstbürgschaft des Schuldners. Sie findet sich schon in dem Cap. V ad leg. Sal. (von K. Chilperich um 575) c. 6: ut qui admallatus fuerit et necesse est ut fidem faciat et non habuerit qui pro eum fidem faciat, ut ipse in senextra manu fistucam teneat et dextera manu auferat. In den langobardischen Urkunden tritt sie nicht selten auf [1].

Dazu kam, dass mehr und mehr auch Verpflichtungen, die noch nicht fällig waren, ja selbst noch zweifelhafte, ungewisse Leistungen schon von Anfang an wadiert wurden. Für ersteres giebt den besten Beleg die im liber Papiensis oft wiederholte Formel: Petre te appellat Martinus quod tu dedisti sibi wadia quod tu dares illi solidos C in Kalendis Maiis, für letzteres die zahlreichen Urkunden, wo sofort bei Abschluss eines Kauf-, Pacht- oder sonstigen Vertrags schon die Zahlung der auf Eviction oder Zuwiderhandeln gesetzten Conventionalstrafe wadiert wird [2].

Damit war aber die Wadiation über ihre ursprüngliche Bedeutung eines componere, solvere völlig hinausgeschritten und zu einer wahren wadiae obligatio geworden, welcher anfangs noch der strenge Charakter sofortiger Pfändbarkeit und Exequierbarkeit anhaftete, welche aber noth-

[11] Liutpr. 109; z. B. Cod. Cav. I Nr 22: mediator qui se tribuit vobis ad pignorandum omnia illius pignora legitima et illegitima.

[1] Z. B. Cod. Cav. I Nr 151: de quibus wadia mihi dedit Urso et ipse sivi mediator exivi; I Nr 95: ipse mihi mediator exibi; I Nr 99. 145 u. öfter.

[2] Cod. Cav. I Nr 11. 21. 22. 113. 121. 126. 127. 134 u. s. f.

wendig diese Eigenschaft mehr und mehr einbüssen musste, namentlich als das Prozessrecht die Privatpfändung mehr und mehr bekämpfte und durch richterliche Execution einschränkte und ersetzte. Bemerkenswerth für den Untergang der executivischen Natur der Wadiation ist namentlich auch das Verschwinden der bei fides facta an die Mahnungen geknüpften Bussen. Si ei noluerit fidem factam solvere, solidos XV super debitum quod fidem fecerit, culpabilis judicetur; tunc si solem collocaverit, solidos III super debitum adcrescant, heisst es lex Sal. 50 § 1 u. 2, und ähnlich 52 und Cap. de part. Sax. v. J. 777 c. 32. Das ist leicht verständlich, wenn diese Mahnungen Betreibungsstadien für ein Urtheilserfüllungsgelöbnis sind. Auch ein Zuwiderhandeln gegen den gerichtlichen Spruch wurde damit gebüsst, und so fassten es noch spät flandrische Keuren auf [3]. Bei dem neuen Charakter der Wadiation wurde diese Busse noch als Contumazstrafe, als poena temeritatis, Frevelbusse, längere Zeit fortgeschleppt, obschon sich das Rechtsgefühl dagegen bäumte. Höchst belehrend ist ein Entscheid König Heinrichs von 1231 für Speier, wodurch er in Bestätigung einer bischöflichen Satzung die consuetudo detestabilis abschafft, welche unter anderm darin bestand, dass der Richter dem auf Zahlung einer Geldschuld Belangten pro contumacia sive violentia, que wrevele dicitur, pecuniariam penam inflixit [4]. Seit dem 13. Jahrhundert hat sich daher der allgemeine Rechtssatz gebildet, dass bei Nichtzahlung vertragsmässiger Geldschulden keine Verzugsstrafe mehr verfällt [5].

Es ist schwer zu sagen, welches von den erwähnten Momenten jeweilen das maassgebende gewesen ist, das die andern erst hervorgerufen hat, ja es ist wohl geradezu unstatthaft, dem einen die unbedingte Priorität vor dem andern einzuräumen: alle haben zusammengewirkt und jedes ist zugleich Ursache und Wirkung gewesen; das Aufkommen der Selbstbürgschaft, die Ausdehnung der Wadiation auf noch eventuelle Conventionalstrafen, die Beschränkung der Privatpfändung haben einander gegenseitig befördert und sind hinwiederum aus dem allen gemeinsamen Impulse der Rechtsbildung auf Schwächung des streng formalen Rechtes hervorgegangen. Auch der folgende Umstand mag das seinige zu der Aufhebung der executorischen Natur der Wadiation beigetragen haben.

Solang die Wadiation nur als sog. Urtheilserfüllungsgelöbnis vorkam, also vor gesessenem Gerichte vollzogen wurde, mochte nachheriger Streit über Inhalt und Umfang derselben weniger leicht mög-

[3] S. Löning, Vertragsbruch S 251.
[4] Pertz, Leges II 280. [5] Löning a. a. O. S 254.

lich sein. Aber als sie auch aussergerichtlich vorkam, waren Bestreitungen seitens des angegriffenen Schuldners keine Seltenheit mehr; Ed. Roth. 366 und Ratchis 5 sprechen von solchen Differenzen, wo der Kläger behauptete: quod in tali praetextu wadia suscepisset, und der Schuldner: quod in tali tenore wadia non dedisset. Dem Schuldner konnte in solchen Fällen aussergerichtlicher Wadiation kaum das ordentliche Vertheidigungsmittel des Reinigungseides versagt werden: Roth. 366 erkennt es ihm ausdrücklich zu, Liutpr. 8 hält es sogar für den Fall der Zuziehung von Zeugen noch aufrecht, und erst Liutpr. 15, unter Bestätigung von Ratch. 5, gestattet dem Gläubiger, den Eid des Schuldners durch Berufung auf die zu der Wadiation zugezogenen Zeugen auszuschliessen, wie das schon für andere Ansprüche zur Geltung gebracht war. Mit dieser Unterstellung der Wadiation unter das ordentliche Beweisrecht mag auch ihr executorischer Charakter verwischt worden sein, wie auch die Formeln des liber Papiensis bezüglich der prozessualischen Behandlung keinen Unterschied machen zwischen Klagen auf conventasti sibi dare C solidos in Kal. Maias, und auf wadia sibi dedisti ut dares sibi C solidos in Kal. Maias.

Indem so die Wadiation zu einer gewöhnlichen Schuldverpflichtung herabsinkt, wird sie die ausschliessliche Form für Eingehung aller einseitigen Schuldverbindlichkeiten, die nicht durch Vorleistung der Gegenpartei begründet werden, insbesondere für Conventionalstrafen u. dgl. Sie verdrängt auf diesem Gebiete namentlich die durch Liutpr. 116 anerkannte Vereinbarung einer Conventionalstrafe per chartam, um so sicherer, als ja der carta diese ihre rechtserzeugende Kraft schon mit Beginn der nachfränkischen Periode abhanden kam, wie bereits Bd. I S 91 bemerkt worden. Die dadurch entstehende Lücke konnte die Wadiation ausfüllen, nicht weil Urkunde und wadia identisch waren, was nicht der Fall ist, sondern weil die wadia, ihres strengen executorischen Wesens entkleidet, die zur Begründung eines einfachen Schuldverhältnisses geeignete Form geworden war.

Aber nicht nur der Inhalt der alten Wadiation ist verbraucht und aufgezehrt, auch die Form ist verblasst und unscheinbar geworden. Die Selbstbürgschaft, ein Nothbehelf, dessen sich ein Uebergangszustand bedienen mag, ist auf die Länge unhaltbar und wird weggeworfen; das wadium, wie es schon in fränkischer Periode ein blos zur Solennisation des Geschäfts dienender Gegenstand (festuca), ja selbst eine Spielerei geworden war[6], verliert sogar seinen körper-

[6] So wenn der Schuldner ein Haar aus seinem Barte, einen Faden aus seinem Mantel zog, um solches als wadium zu geben.

lichen Bestand und wird zu blossem Eid und Handschlag, ja zu einfachem Treuversprechen, Geloben auf Treue, wo der Zusammenhang mit der ursprünglichen Bedeutung nur noch in dem Worte fides, Treue, nachklingt[7].

Hiemit befinden wir uns auf dem das deutsche Mittelalter beherrschenden Standpunkte. In den deutschen Rechtsquellen und Urkunden begegnen wir unzählige Male einem „geloben, Gelöbnis, geloben auf Treue", im Ssp „loven". Das ist nicht, wie man immer angenommen hat, ein allgemeines farbloses Versprechen, Zusagen, sondern die alte Wadiation oder fides facta, in der bestimmten Form der durch Eid oder Ehrenwort und Handschlag übernommenen und gefestigten Verpflichtung[8]. Jetzt verstehen wir auch die berühmte Stelle des Ssp I 7

sve icht borget oder lovet, die sal't gelden, unde svat he dut, dat sal he stede halden

nicht dahin, dass sie das Princip des formlosen Vertrages, der einfachen Zusage, für das deutsche Mittelalter in unzweideutiger Weise darthue, sondern so, dass sie unter loven eben nur die fides facta, den Formalvertrag der Wadiation, des Treugelöbnisses versteht. Daher lautet auch die im Richtsteig Landrechts 41 § 1 für diesen Satz des Ssp aufgestellte Klagformel: dat N. heft eme gelovet bi sinen truwen. Diese Sachsenspiegelstelle verdient aber überhaupt eine grössere Würdigung, als ihr meist zu Theil wird. Sie bietet einige nicht unbedeutende Schwierigkeiten; zunächst ist unsicher, ob unter dem „borgen" Verbürgung oder Darlehnsempfang zu verstehen ist. Könnte für letzteres Richtst. Landr. c. 6 und die Glosse zu Ssp I 7[9] angeführt werden, so ist doch immerhin diese Bedeutung des Wortes

---

[7] Eid und Handschlag als wadium schon in merovingischer Zeit bei Gregor. Tur. Hist. Franc. V 3 und de gloria confess. c. 68 (beide Stellen bei Löning, Vertragsbruch S 25).

[8] Hier einige zufällig herausgegriffene Beispiele: C. d. Anhalt. II Nr 166: quod nos in manus comitis fide data promisimus persolvendum. UB. Augsburg I Nr 66: porrecte fidei sue vinculum resolventes de pecunia mihi satisfecerunt. Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1721: promisit fide militari in manus militum. Mon. Bo. XXXIII a Nr 68: prestito sacramento obligavi me; Nr 71: fideliter promisimus; Nr 120: compromisimus pro nobis S. decanus fide data et pro civibus H. Sch. simili fide quod . . .; Nr 128: et in donationem consentiens prestitit corporale juramentum possessiones se nunquam repetituram. UB. Augsburg I Nr 244: geloben wir mit guten triuwen; das. Nr 15: Verpfändung der Ehre und Behaftung der Bürgen. — Sonstige Belege bei Löning, Vertragsbruch S 23 Anm 34; Stobbe, Vertragsrecht S 26.

[9] Siehe Witte, Die bindende Kraft des Willens, in Z f. RG VI 465 f.

borgen im Sprachgebrauche des Mittelalters zweifelhaft. Und wird borgen im Sinne von Bürgschaft leisten genommen, so ist eine Incongruenz vorhanden, weil auch die Bürgschaftsleistung durch ein loven stattfindet. Sodann, was ist unter dem „Thun" verstanden, das man stät halten soll? Der einfache Sinn scheint zu sein, man solle nicht dem zuwiderhandeln, was man selber schon gethan hat[10], also auch, man solle stät halten, was sich als die Consequenz eines ausgeführten Rechtsgeschäfts ergiebt, z. B. Nachwährschaft bei Verkauf. Jedenfalls sagt die Stelle nicht: wer einen formlosen Vertrag schliesst, muss ihn halten; sie greift nicht in Opposition gegen das alte Recht den Formalismus an und will nicht eine rationalistischere, die ethischen Principien mehr verwirklichende Richtung zur Geltung bringen[11], sondern hält gegentheils das alte Recht fest, an dessen Ausdrücke stare debere und complere debere auch das stede halden und das gelden unverkennbar anklingt.

Das Contractssystem des Mittelalters läuft somit nicht auf das Princip des formlosen Consenses der Verträge hinaus, es kennt gegentheils keine schlechthin durch formloses Versprechen und nichts weiter entstehenden obligatorischen Verpflichtungen. Allerdings aber genügt es andrerseits nicht, das mittelalterliche Contractssystem einfach auf die zwei Classen von Formalvertrag (Treugelöbnis, Wettvertrag) und Realcontract aufzubauen, wie das die neuere Theorie mit Subsumtion namentlich des Kaufvertrages unter den Begriff des Realcontracts gethan hat. Es möchte schon an sich nicht ganz zweckmässig sein, hergebrachtem Sprachgebrauche zuwider den Kaufvertrag, selbst wo er erst durch Vorleistung einer Partei perfect werden sollte, als Realcontract zu bezeichnen. Bisher hiessen doch nur die obligationes re contractae des römischen Rechtes so, d. h. es fielen unter diesen Begriff nur solche Verträge, bei denen der Contractsinhalt Rückgabe einer anvertrauten Sache, das Anvertrauen die Grundlage des Contracts ist[12]. Aber das ist ein nebensächlicher Punkt. Erheblicher ist, dass von den vier benannten Realcontracten des römischen Rechtes eigentlich nur der Darlehnsvertrag im deutschen Rechte zu einem vollkommenen obligatorischen Vertrage ausgebildet ist, nicht aber Leihe, Verpfändung und Hinterlegung, weil diese drei keine persönliche Klage

[10] So ist in Ssp III 41 § 1 (jewelkes gevangenen dat unde lof ne sal dur recht nicht stede sin) die That (dat) eine Leistung, das Treugelöbnis (lof) ein formelles Versprechen.

[11] So Stobbe, Reurecht und Vertragsschluss, Z f. RG XIII 217.

[12] Bechmann, Der Kauf I 330 f. Anders v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I 336.

auf Rückgabe erzeugt haben, und demgemäss auch die Klage auf Schadenersatz bei Unmöglichkeit der Rückgabe in natura oder bei Verschlechterung der Sache nicht sowohl eine contractliche Basis (dare debes), als vielmehr einen Delictsgrund (subtraxisti, perdidisti, in damnum misisti res meas) hat. Und weiter: auch bei dem Kaufe ist es genau genommen nicht die Vorleistung der einen Partei, welche den Vertrag perfect macht, sondern die Hingabe der arrha, des Haftgeldes, welches nicht als „symbolischer Kaufpreis" zu betrachten ist. Wir gliedern daher das mittelalterliche Contractssystem richtiger nach folgenden drei Kategorien:

1. Realverträge, streng genommen nach eben Gesagtem der Realvertrag des Gelddarleihens;
2. Wettverträge, bei einseitigen Schuldverpflichtungen;
3. Arrhalverträge, bei zweiseitigen Verpflichtungen, d. h. bei Kauf und Miethe, besonders Dienstmiethe.

Die erste Classe, das Darlehn, bedarf keiner weiteren Erörterung. Dagegen betrachten wir die beiden andern Classen obligatorischer Verträge noch im einzelnen.

§ 125. 5. Der Wettvertrag (Gelöbnis).

Ueberall wo eine einseitige Zahlungs- oder Leistungspflicht soll begründet werden, kann eine solche vertragsweise blos durch Gelöbnis entstehen. Auf diesem Wege werden Schadenersatzverpflichtungen vertraglich übernommen, Bürgschaften eingegangen, namentlich auch Vorverträge abgeschlossen, so der Vertrag über Lieferung einer Waare, bezw. Zahlung des Kaufpreises[1]. Wie sehr in der jetzigen Form des Wettvertrags die alte wadiatio abgeschliffen ist, haben wir schon gesehen, namentlich die Bürgenstellung ist jetzt nicht mehr zu der Gelobung unerlässlich, wie das durch das Aufkommen der Selbstbürgschaft sich bald ergeben musste, und in Folge davon hat sich die Bürgschaft wesentlich verändert, wie der folgende Paragraph zeigen wird. Trotzdem erhält sich mit eigener Zähigkeit bei dem Treugelöbnis die Erinnerung an den ursprünglichen Charakter einer Pfandsatzung im Bewusstsein. Als wadium im wahren alten Sinne, als Pfand, nicht blos als symbolisches Pfandzeichen, wird noch immer das gegebene Wort, die fides des Gelobenden angesehen, und das Verpfänden des Worts, der Ehre wird noch recht buchstäblich genommen in dem uns fast als

[1] Z. B. Cod. Cav. I Nr 52: wadia mihi dedit L. ut mihi daret suam sortione, et ego dare exinde pretio; Ssp I 9 § 1: Sve dem anderen lovet en egen to gevene.

Unfug vorkommenden Brauche, dass der Schuldner dem Gläubiger einräumt, bei Nichthaltung des Wortes und Nichterfüllung der Verpflichtung ihn öffentlich durch Wort, Schrift und Bild als ehrlos zu schelten und zu brandmarken[2]. Des Schuldners Ehre ist durch seine Zahlungsunfähigkeit dem Gläubiger verfallen und kann öffentlich ausgeboten und weggeworfen werden.

Darum ist auch der Wettvertrag in dieser seiner neuen Gestalt ein wahrer Formalvertrag geworden, dessen Begriff darin besteht, dass die Form die Verpflichtung erzeugt, unabhängig von einer zu Grunde liegenden causa debendi. Die alte Wadiation in ihrer ursprünglichen Gestalt ist kein Formalcontract gewesen, sondern reelle Pfandsatzung, jetzt ist das wirkliche Pfand (Sache oder Bürge) in die blosse Form verflüchtigt, aber die Auffassung ist geblieben, dass auf das als Pfand gegebene Wort exequiert wird, dass also die Klage aus Gelöbnis nicht Klage aus dem die Schuldpflicht erzeugenden Thatbestande, sondern Klage auf Einlösung der zu Pfand gesetzten Treue und Ehre ist. Die causa debendi kann also nicht mehr in Frage gestellt werden, sondern nur Umfang, Fälligkeit u. dgl. der geltend gemachten Forderung, wie das in lex Sal. 50 § 1 gemeint ist, wo der auf Grund von fides facta exequierende Gläubiger nominare debet, quale debitum debeat, d. h. die Schuldsumme angeben muss, und wie es namentlich in dem Satze des langobardischen Edicts verstanden ist, der Schuldner könne einwenden, quod in tali praetextu, in tali tenore wadia non dedisset (Roth. 366, Ratch. 5). Debitor, sagt die Glosse zu Roth. 367 (366), non negat debitum, sed solum wadiae protextum, id est aut pure aut in diem aut sub conditione, oder er bestreitet, wie die formula zu demselben c. 367 zeigt, gegenüber der Klage: wadia dedisti dare solidos C, den Betrag der Wettsumme: de L sol. dedi wadia, non de plus. Namentlich konnte also darnach der Beklagte in den zahlreichen Fällen der langobardischen Praxis, wo er für den Fall eventueller Eviction eine Conventionalstrafe verwettet hatte, nicht mehr seine Pflicht zur Nachwährschaft in Zweifel ziehen.

Auch die deutschen Quellen erweisen das sehr bestimmt. Als Schuldgrund, den der Kläger auf Begehren des Beklagten angeben muss, womit er aber auch seine Klage vollständig substantiiert, nennen

[2] Schon in UB. von Augsburg I Nr 15: si damnum nobis irrogaverit nec de eo satisfacere curaverit, tamquam fractor voti ad omnes actus legitimos inabilis et despectus, quod vulgariter subintelligendum est elose unde rehtlose. Andere Beispiele bei Stobbe, Vertragsrecht S 27. Stark ausgeartet in der Urk. bei Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 124 Nr 15; Verbot der RPO von 1577 das. Nr 16.

Ssp III 41 § 4 und Richtst. Landr. 6 neben andern causae auch schlechtweg das Gelöbnis, und in besonders entscheidender Weise behandelt unsre Frage eine Stelle im Magd.-Bresl. syst. Sch.-R. III 2, 133:

Beclaget eyn man den andirn umme slechte gelöbde und spricht, das ym der antworter globit habe gelt, wy vil des sey, ane arg, ane geczog und ane hyndernis zu geben, und der antworter vrogte ap der clegir nicht benennen sulde, von wanne dy schulde queme und deme cleger gebe orteil und recht, das her byllich benennen sulle, von wanne dy schulde queme, und der cleger benente (nicht) von wanne dy schulde queme, und der antworter frogte, synt der clegir bekente von wanne dy schulde queme und er nicht antworte, ab her nicht billig ledig seyn sulde von em adir was recht sey, — das kan den antwortir allis nicht gehelffen, sunder her mus vorsachen adir bekennen, ap her deme clegir das gelt globt habe adir nicht[3].

Dieser Auffassung des Gelöbnisses als eines wahren Formalvertrages steht eine andere gegenüber, welche auf die Form kein Gewicht legt und das Gelöbnis als ein einfaches abstractes, d. h. ohne Bezugnahme auf eine causa debendi verpflichtendes Versprechen ansieht[4]. Dem Mittelalter war m. E. eine solche Anschauung fremd; ja sie war selbst dann noch nicht mit Nothwendigkeit gegeben, als die Form des Wettvertrags eine letzte Einbusse erlitt und auch noch Handschlag und Eid als wesentliche Erfordernisse des Gelöbnisses dahinfielen: das in Treuen gegebene Wort, die bedächtliche Zusage konnte immer noch als die Form gelten. Wir dürfen hier wohl an die Analogie der römischen Stipulation erinnern. Wer möchte behaupten, dass Leo in c. 10 C de contr. stip. 8, 38 und Justinian in § 1 I de v. o. 3, 15 das Princip der Klagbarkeit aller pacta auszusprechen und die Stipulation als dadurch überflüssig gemacht aufzuheben gedacht hätten? Wie hier in Rom trotz der Entfesselung der Form die verborum obligatio bestehen bleiben sollte, so mochte man auch in Deutschland der Meinung sein, dass das Treugelöbnis seinem rechtlichen Gehalte nach nicht verändert sei. Und gerade der vielberufene Satz des Freiburger Stadtrechtes (oben S 227 Anm 4) ist doch richtiger in diesem Sinne zu erklären, vielleicht aus einer Combination des alten deutschrechtlichen Princips mit dem römischen von § 1 I 3, 15. Denn deutsches und römisches Recht konnten wirklich in dem gemeinsamen Gedanken geeinigt erscheinen, dass das bedächtlich, d. h. mit Verpflich-

[3] Vgl. Witte a. a. O. S 465 ff. 473.

[4] Wie z. B. Stobbe, Handbuch III 73 f. das Geloben der alten Rechtsquellen nur in solcher Weise, nicht als Formalvertrag versteht.

tungsabsicht, in Treuen gegebene Wort, wenn auch kein bestimmt vorgeschriebenes (licet quibuscunque verbis expressum = die wort syent wie sy wöllen) den Vertrag begründe[5].

Dabei ist nun ohne weiteres zuzugeben, dass das eine Uebergangsform ist, die sich nur kraft der Erinnerung an den alten Formalvertrag halten kann und mit dem Verschwinden des Bewusstseins von diesem Zusammenhange in dem formlosen Consensualvertrag aufgehen muss. So ist denn auch die „bedächtliche Zusage", mag man sie nun als aus dem altdeutschen Treugelöbnisse oder aus der justinianischen verborum obligatio oder aus einer Vermischung beider hervorgegangen ansehen, das rein consensuale Schuldversprechen geworden, untergebracht unter dem Satz von der Klagbarkeit aller pacta, wie man das besonders deutlich verfolgen kann, wenn man z. B. wahrnimmt, wie jener Ausspruch des Freiburger Stadtrechts, in das würtembergische Landrecht von 1610 Theil II Tit. 23 aufgenommen, durch dieses in die Basler Gerichtsordnung von 1719 § 419 (RQ von Basel I 863) gelangt ist, mit dem neu angehängten, daraus gezogenen Schlusse: und solle hiemit der zwischen den pactis nudis und contractibus in den römischen Rechten geordnete Underscheid auffgehebt und alle Verkommnussen, wie die gemacht worden, gehalten werden.

§ 126. 6. Die Bürgschaft.

Wie wir gesehen haben, ist im ältesten Rechte die Bürgenstellung der regelmässige Modus der Wadiation, denn immer wenn ein mit der Schuldsumme gleichwerthiges Pfand nicht kann gegeben werden, ist der Bürge Pfand oder an Pfandes Statt, loco wadii gesetzt. Achten wir nur auf das langobardische Edict, so möchten wir wohl Anstand nehmen, überhaupt von Bürgschaftsvertrag zu reden, da man doch darunter nur einen zwischen Gläubiger und Bürgen abgeschlossenen Vertrag verstehen kann, der Abschluss eines solchen aber nicht ersichtlich ist. Es findet keine Wadiation seitens des Bürgen statt, weil der Bürge selbst ja an die Stelle der wadia tritt. Es giebt nur eine der Pfandsatzung gleichwerthige Bürgenstellung seitens des Schuldners. Wie uns Liutpr. 36—40 zeigt, hat der Schuldner dem Gläubiger spätestens am dritten Tage nach der Wadiation die versprochenen Bürgen zu geben; der Gläubiger kann sie zurückweisen, wenn sie nicht genügen, gleichwie er angebotene Pfänder, die unzureichend sind, zu-

[5] Wie auch die Consuetudines Mediolanenses von 1216 (hg. v. Berlan) die stipulatio und die guadiae datio identificieren und als promissio bezeichnen.

rückweist; der genehmigte Bürge empfängt vom Gläubiger die wadia, die der Schuldner gegeben hat, was juristisch nicht den Sinn zu haben scheint, dass er die Haftpflicht übernimmt, sondern den, dass er das Wahrzeichen bekommt, um den Schuldner zu pfänden. Denn ihm liegt nun die Execution gegen den Schuldner und die Zustellung der bei diesem gepfändeten Sachen an den Gläubiger ob. Erst wenn er dies nicht thut, oder nichts hat erhältlich machen können, greift ihn der Gläubiger an, aber nicht auf Grund eines zwischen ihnen bestehenden Vertrags, sondern als sein Pfand.

Im fränkischen Rechte ist nun allerdings von einer sponsio des Bürgen die Rede, welche bei sonst gleichem Verfahren gelegentlich der Uebernahme des wadium stattfindet[1]. Materiell wird an dem Verhältnisse dadurch aber nichts geändert, und besonders ergeben sich hier wie dort folgende zwei wichtige Sätze:

1. Der Gläubiger hat sich durch Annahme des Bürgen des Griffes auf den Schuldner begeben. Denn der letztere hat damit so gut wie mit Pfandsatzung seine Schuldpflicht getilgt (solvit, composuit). Wie der Gläubiger, der ein Pfand angenommen hat, nicht mehr die Schuld eintreiben, vielmehr blos das Pfand als verfallen betrachten kann, so verhält es sich mit dem Bürgen, weil er loco wadii steht[2].

2. Die Bürgschaft ist unvererblich, denn der Bürge hat sich selber nur an Pfandes Statt gesetzt. Stirbt er, bevor sich der Gläubiger auf ihm erholt hat, so ist dem letzteren das Befriedigungsmittel verloren gegangen gleichwie durch Untergang des Pfandes.

Aber mit der Verflüchtigung der Wadiation zu einem reinen Formalvertrag ist die Verpflichtung des Bürgen mit und neben dem Schuldner das eigentliche Wesen der Bürgschaft geworden. Der Unterschied gegenüber dem alten fränkischen Rechte ist gross genug und zeigt sich sowohl bezüglich der Form der Bürgschaftsübernahme als in Hinsicht des Inhalts und der Wirkung der Bürgschaftsverpflichtung. Im alten Rechte, so lange noch eine, wenn auch an sich werthlose, körperliche Sache als wadium gegeben wurde, machte sich das Verhältnis so, dass der Bürge durch Uebernahme dieses vom Schuldner an den Gläubiger gegebenen wadium und Geloben auf dasselbe ausschliesslich haft-

---

[1] Vgl. die Stellen bei Sohm, Prozess der lex Sal. S 220 ff. und Eheschliessung S 39, besonders in den Anm. Die Ausführung von Sohm selbst besonders im Prozess der lex Salica bedarf freilich mehrfacher Berichtigung im Sinne des hier Ausgeführten.

[2] Extravag. ad leg. Sal. B 6 (Behrend S 122): postquam debitor wadium dederit, liber erit, si fidejussor moritur, propter wadium quod emisit in debitore.

bar geworden, der Schuldner selbst durch den Bürgen geledigt war. Die ganze Manipulation mit dem wadium brachte das zur Erscheinung, und solang sie bestand, liess sie eine andre Auffassung nicht aufkommen. Anders als das wadium nur noch im Worte und Handschlage sich äusserte; jetzt konnte sich der Bürge nicht mehr durch Einlösung des wadium an dessen Stelle setzen, sondern nur die gleiche Handlung vollziehen, die der Schuldner selbst schon vorgenommen hatte: sich durch Eid und Handschlag verpflichten. Aus dem Eintreten des Bürgen an des Schuldners Statt ist eine Mitverpflichtung des Bürgen neben dem Schuldner geworden[3]. Der Bürge ist zwar immer noch principaliter verhaftet, insofern als der Gläubiger zuerst auf ihn greifen kann, aber er hat den Schuldner nicht mehr geledigt, indem der Gläubiger auch diesen zuerst in Anspruch zu nehmen die Wahl hat. Der Bürge ist, mit einem Worte, Mitschuldner; Bürge, Mitschuldner, Selbstzahler sind identische Begriffe. In den einzelnen Particularrechten ist dieser Gedanke freilich sehr verschieden entwickelt worden, je nachdem diese oder jene Seite des alten Rechtes noch besonders wirksam geblieben ist. Den alterthümlichsten Charakter trägt wohl diejenige Form der Bürgschaft, welche nicht nur das beneficium excussionis nicht kennt, sondern sogar den Bürgen dadurch, dass der Gläubiger den Schuldner direct belangt, frei werden lässt[4]. Denn hier tritt noch am meisten die Eigenschaft des Bürgen als eines mediator hervor, als welcher er nach langobardischem Rechte gesetzt war, damit er die Zahlung vom Schuldner an den Gläubiger vermittle und bewirke: in dem Umstande, dass der Gläubiger sich direct an den Schuldner wendet, liegt sein Verzicht auf diese Vermittlung und damit auch auf den Rückgriff gegen den Bürgen. Scheinbar einem ganz andern, dem alten Rechte fremdartigen Gedanken entsprungen ist der in vielen Statuten des Mittelalters aufgestellte Grundsatz, dass der Bürge erst könne zur Zahlung angehalten werden, wenn der Schuldner vergeblich angegangen worden; doch liegt auch darin wohl nur die einseitige Ausbildung eines schon im alten Rechte liegenden Princips: schon nach diesem musste dem Bürgen eine Frist zur Beschaffung der Zahlung seitens des Schuldners, eventuell zu dessen Pfändung gewährt werden; der Gläubiger musste also mit Pfändung

[3] Daher nun die Urkunden im allgemeinen dahin lauten: der Schuldner erklärt, das und das schuldig geworden zu sein, verspricht es zu zahlen und setzt dafür Bürgen, und diese geloben ebenfalls als rechte Bürgen, Selbstbezahler und Mitschuldner unverscheidenlich mit dem Hauptschuldner die Schuld auf den festgesetzten Termin zu zahlen.

[4] Viele Beispiele bei Stobbe, Handbuch III 308 Anm 8.

des Bürgen warten, bis dieser die Execution gegen den Schuldner in gesetzmässiger Frist durchgeführt hatte, und daraus ist der Satz entstanden, dass der Schuldner zuerst vergeblich gemahnt sein müsse, bevor der Bürge zur Zahlung verpflichtet sei, was dann zu dem Princip der subsidiären Haftung des Bürgen hinüberleitete.

Mit der veränderten Gestalt der Bürgschaft wäre auch die Unvererblichkeit derselben nicht haltbar gewesen, wenn solche nicht durch die erbrechtlichen Grundsätze bezüglich des Eintritts des Erben in die Schulden des Erblassers noch gestützt worden wäre. Ich verweise in dieser Beziehung auf § 176.

§ 127. 7. Die Arrhalverträge.

Die Verträge, welche durch Hingabe einer arrha perfect werden, sind weder reine Formalverträge in dem auf S 248 gegebenen Sinne, noch Realcontracte, wie die neuere Doctrin annimmt, wohl aber formbedürftige Verträge, die nicht durch blossen Consens abgeschlossen werden. Es ist das hauptsächlich an dem Kaufvertrage nachzuweisen, über den auch die Quellen am reichhaltigsten sind.

Die älteste Form des Kaufs ist der Natural- oder Baarkauf, wo ohne vorherige obligatorische Beredung die Waare gegeben und der Preis bezahlt wird und es auf obligatorische Bindung überhaupt nicht abgesehen ist, auch im Falle der Eviction die Haftpflicht des Veräusserers weniger auf eine solche obligatorische Verpflichtung zurückgeführt als vielmehr gleich der Haftung für Delicte behandelt wird. In diesem Falle ist vor dem Austausch der beiderseitigen Werthe keine Partei gebunden: allfällige Vorberedungen sind ohne Rechtswirkung. Das mochte für den Verkäufer weniger lästig sein als für den Kaufliebhaber: jener konnte, solang der Käufer den Kaufpreis nicht aufbrachte, jede Gelegenheit zu anderweitigem Verkaufe ergreifen und die Sache weggeben; für den Kaufliebhaber aber war es fatal, wenn er vielleicht mit Mühe den Kaufpreis sich verschafft hatte, nun zu spät zu kommen. Darum findet sich schon bei diesem System des reinen Baargeschäfts die Möglichkeit, den Verkäufer für eine bestimmte Zeit zum Zuwarten zu verpflichten. Dies geschieht vermittelst der arrha, worüber ich schon oben Band I S 84 das Nöthige gesagt habe. Die arrha hatte darnach nur die Bedeutung, den Verkäufer an der Weiterveräusserung innerhalb der gesetzten Frist zu hindern, aber gerade für den Verkäufer am wenigsten war der Kaufabschluss perfect, weil er keine Klage auf Haltung des Kaufes gegen den Käufer hatte. Sollte der Käufer gebunden sein, so musste er den Kaufpreis wadieren. Somit

wird formell das Verhältnis noch immer so gedacht, dass der Kaufabschluss in der Zahlung des Kaufpreises und der Uebergabe der Waare liege, das Kaufgeschäft Baargeschäft sei und bleibe. Die Urkunde, wodurch bei Verkauf von Liegenschaften der Eigenthumsübergang vermittelt wird, ist charta traditionis und venditionis zugleich, per cartam vendimus, per cartam emtum habuimus, sagen die Urkunden; die Auswechslung des Kaufgegenstandes und des Kaufpreises ist Kaufgeschäft und Eigenthumsübergabe zugleich, pro confirmanda et stabiliscenda venditione, sagen zumal die langobardischen Urkunden, recepimus pretium, worin das Doppelte liegt: 1. Vollziehung des Kaufgeschäfts; 2. Uebertragung des Eigenthums an der Sache, letzteres auf Grund der von den Langobarden recipierten römischen Rechtsregel, dass das Eigenthum erst nach Zahlung oder Creditierung des Kaufpreises übergeht[1].

Schon früh hat sich nun aber die Function der arrha erweitert zu der Bedeutung, dass eine obligatorische Bindung beider Parteien dadurch bewirkt wird. Das ist nicht ohne Unsicherheit und Schwankungen abgegangen, wie die lex Bai. am besten erweist. Die klare Stelle der lex Wisig. V 4, 4 ist hier XVI 10 in einer Weise verdorben, dass sie allerdings fast „unverständlich" kann genannt werden[2]. Doch steht so viel fest, dass die arrha hier, in Ueberschreitung der ihr im Westgothenrechte gesetzten Aufgabe, eine Behaftung des Käufers, der sie giebt, mit sich bringt. Dadurch kommt die arrha aber in Collision mit der wadia, und in der That behandelt sie eine andre Stelle der lex Bai., XVII 3, ganz in der Function dieser letztern, wenn es heisst: propter arras, qui donat quasi pro pignus qualecunque re, usque dum solvat debitum et pignus recipiat. Auch im späteren Rechte ist die Unterscheidung zwischen arrha und wadia vielfach nicht klar festgehalten, weder im französischen, wo einerseits oft die palmata, der Handschlag, als Mittel zum Kaufabschluss, somit in der Function der arrha figuriert, und andrerseits da, wo ein Wettvertrag vorliegt, die wadia doch arrha genannt wird[3], noch im deutschen Rechte, für welches denn auch Stobbe[4] wadium und arrha als identisch behandelt.

---

[1] Brunner, Zur RG der Urkunde S 133. Kohler, Beiträge zur germanischen Privatrechtsgeschichte Heft 1 S 3 Anm 1.

[2] Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund S 33 Anm 17.

[3] Franken, Das französische Pfandrecht S 47. 56. — Promettre solemnellement et comme en donnant des aires, das. S 64 Anm 2.

[4] Reurecht und Vertragsschluss, in Z f. RG XIII, bes. S 215. 217. 222.

So sehr nun auch in vielen Beziehungen die arrha[5] der wadia genähert ist, so kann doch nicht übersehen werden, dass immer noch die Erinnerung an die ursprüngliche Verschiedenheit (Bd I S 80 f.) in der Vertheilung der beiden auf die einzelnen Rechtsgeschäfte fortlebt. Bei Conventionalstrafen, Bürgschaft u. dgl. finden wir so wenig die arrha als (der Regel nach) bei Kauf und Miethe die wadia[6]. Es handelt sich also bei diesen arrhalischen Verträgen nicht um Identität mit dem Wettvertrage.

Wie ist es nun aber zu erklären, dass die arrha diese Bedeutung eines Mittels für Herstellung des Kaufvertrags erhalten hat? Sohm, Stobbe[7] u. A. sagen: die arrha ist Scheinleistung des Käufers, symbolischer Kaufpreis, sie gilt rechtlich, d. h. für das Zustandekommen des Vertrags, als wirkliche Leistung des Käufers und hat die Wirkung, dass der Verkäufer seinerseits den Kaufgegenstand liefern muss, weil er die Vorleistung des Käufers erhalten hat. Allerdings ist, wie nicht zu bezweifeln, schon früh der Kaufvertrag auch nach der Seite aus den Schranken des absoluten Baargeschäfts herausgetreten, dass die Leistung der einen Partei die andere zur Gegenleistung verpflichtet[8], mag der Käufer oder der Verkäufer der vorleistende Theil sein; insofern hätte jene Annahme von der Natur der arrha als symbolischen Kaufpreises viel für sich. Auch könnte dafür angerufen werden der verhältnismässig hohe Werth der nordgermanischen arrha, der schwedischen tilgaef[9], der sie eher als Verbindungsglied und Uebergangserscheinung zwischen Realleistung und Form kennzeichnet. Aber es bleibt doch das Bedenken, dass die ursprüngliche Bedeutung der arrha damit nicht stimmt. Die arrha hat von Hause aus kein Verpflichtungsmoment in sich, sie ist Gegenleistung für eine Freigebigkeitshandlung, speciell beim Kaufe für den Verzicht des Verkäufers auf anderweitige Verfügung über die Sache während bestimmter Zeit. Indirect ist allerdings darin enthalten, dass der Verkäufer die Waare liefern muss,

---

[5] In ihren verschiedenen Formen als Haftgeld, das der Empfänger behält, oder als Gottespfennig, denarius sancti Spiritus, welcher einer geistlichen Anstalt gegeben wird, oder als Weinkauf, litkouf, mercipotus, der von den Parteien sofort vertrunken wird.

[6] Die wadia, das Geloben bei Kauf in Ssp I 9 § 1 und ähnlichen Stellen hat nicht die Bedeutung, den Kaufvertrag perfect zu machen (derselbe ist schon durch die Zahlung des Kaufpreises perfect), sondern enthält das formale Versprechen der gerichtlichen Fertigung.

[7] Sohm, Eheschliessung S 28 ff.; Stobbe, Reurecht a. a. O. S 243.

[8] Vgl. Stobbe a. a. O. S 241 f.

[9] v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I 321. 330. 332.

falls der Käufer auf bestimmten Termin den Kaufpreis darlegt, aber rechtlich betrachtet kommt doch das Kaufgeschäft erst mit diesem Augenblicke der Zahlung zu Stande, ist noch reines Baargeschäft; darum geht auch neben der Behaftung des Verkäufers durch die arrha noch die Wadiation des Kaufpreises durch den Käufer nebenher, beides sind blosse Vorbereitungen für das Kaufgeschäft, und es kann bezweifelt werden, ob die Wadierung der Kaufsumme vorgekommen wäre, wenn die arrha schon dieselbe symbolisiert hätte.

Wie dem aber auch sei, soviel scheint sicher, dass die arrha beim Kaufe ursprünglich nur den Verkäufer behaftete, dem Käufer aber die freie Wahl liess, die Waare gegen Bezahlung zu beziehen. Dass man sich meistens mit dieser einseitigen Verpflichtung des Verkäufers begnügte, erklärt sich wohl so: was der Verkäufer liefern soll, ist etwas individuell Bestimmtes, auf das es der Käufer abgesehen hat, und das er anderwärts nicht gerade leicht in gleicher Beschaffenheit und Güte findet; dagegen was der Verkäufer empfangen soll, findet er bei jedem andern Kaufliebhaber in gleicher Beschaffenheit. Insofern hat der Käufer ein grösseres Interesse, seinen Verkäufer zu binden, als umgekehrt. Ist es dem Verkäufer darum zu thun, seine Sache möglichst bald los zu werden und den Kaufliebhaber zu binden, so lasse er ihn den Kaufpreis wadieren. Aber letzteres wird weniger oft nothwendig erscheinen als ersteres. Wir dürfen nun vielleicht annehmen, dass mit Verdunkelung des Verständnisses für die ursprüngliche Bedeutung der Wadiation, also zu der Zeit, da die wadia schon eine mehr oder weniger unverstandene Form geworden war, die ebenfalls nur als Form existierende arrha auch die Wirkung der wadia bezüglich Verpflichtung des Käufers in sich aufnahm[10]; ich meine: zu einer Zeit, welcher das lebendige Gefühl für die ursprüngliche Function von arrha und wadia schon verloren gegangen war, und welche beides nur noch als äusserliche Form würdigte, mochte es überflüssig erscheinen, den Käufer, der schon die arrha gab, auch noch die wadia geben zu lassen, die arrha schien genügend um die Bindung nach beiden Seiten, sowohl die Behaftung des Verkäufers als die Verpflichtung des Käufers zum Ausdrucke zu bringen. So ist es zu dem Satze gekommen, der das ganze Mittelalter beherrscht, dass mit Hingabe der

[10] Ich möchte annehmen, dass die langobardische arrha, das Launegild, bei Schenkungen schon in früher Zeit solchen Charakter angenommen hat. Denn wenn es Liutpr. 43 heisst: si quis alio homini rem donaverit et launigild susceperit, et postea defendere minime potuerit, so scheint an den Empfang des Launegilds die Währschaftspflicht geknüpft, was ursprünglich bei der arrha (launegild) nicht der Fall war, sondern eben durch Wadiation allein bewirkt wurde (oben Bd. I S 80 f.).

arrha, des Gottespfennigs u. s. w. der Kauf für beide Parteien verbindlich geworden ist[11].

Bei dieser Auffassung wird es keinem Bedenken unterliegen, den Kaufvertrag des Mittelalters (und ebenso den ihm gleich behandelten Dienstmiethevertrag) als formbedürftigen Vertrag zu bezeichnen. Aber auch wenn man die arrha als symbolischen Kaufpreis (richtiger: Scheinpreis) ansieht, bleibt nichts andres übrig und ist es unzulässig, ihn als Realvertrag zu behandeln. „Wo der Contract", sagt Stobbe a. a. O. S 232 Anm 49, „perfect wird, ohne dass von einer Seite eine wirkliche, vollständige oder theilweise Erfüllung erfolgt, sollte man nur von einem Formalvertrage reden." Ich füge dazu bei: wenn man den durch arrha abgeschlossenen Kauf als Realcontract behandelt, so muss man auch das durch wadia abgeschlossene Treugelöbnis als Realcontract qualificieren, und zwar als Pfandvertrag. Denn so gut wie dort beim Kaufe die arrha als Leistung angenommen wird, muss man auch hier beim Gelöbnis die wadia als Leistung (Pfandsatzung) passieren lassen, und dann hat man überhaupt nur Realcontracte im Sinne Sohms und gar keinen Formalvertrag, denn wadia so gut wie arrha ist Scheinleistung. Und umgekehrt, taxiert man die wadia als Form, so muss man auch die arrha unter diesen Begriff stellen. Dieses letztere erscheint mir als das richtigere.

Als neuere singuläre Rechtsbildung ist die Verwandlung der arrha in ein Reugeld anzusehen. Sie hat sich in Verbindung mit dem allmählich aufkommenden Satze entwickelt, dass auch in kurzer Frist nach Hingabe der arrha noch Rücktritt vom Vertrage gestattet sein solle[12]; das Aequivalent dieser Befugnis war der Verlust der arrha, bezw. Rückerstattung der doppelten arrha seitens des zurücktretenden Verkäufers. Im späteren Rechte, welches den Kauf als Consensualcontract anerkannte, erhielt dann die gewöhnliche arrha den Charakter einer blossen Bestärkung des Kaufes (arrha confirmatoria)[13], das Reugeld dagegen (arrha poenitentialis) die Natur einer Conventionalstrafe, womit man sich vom Kaufe befreien konnte.

---

[11] Magd.-Bresl. syst. Sch.-R. V 1; Hamburger Stadtr. 1270 VI 27; Lüb. R. Cod. I 72. Weitere Beispiele bei Stobbe, Reurecht a. a. O. S 226 f.; Siegel, Versprechen S 29 ff.

[12] Antequam pedem mutaverit, lüb. Recht Cod. I 72 Anm 4 (Hach S 207). Oder den Tag nachher, Siegel a. a. O. S 34.

[13] Und eines Beweismittels, venditionis testimonium, urkund, im Brünner Schöffenb. Art. 280.

§ 128. 8. Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten.

Gleichwie in der Herrschaft mehrerer Berechtigter über Sachen je nach Umständen reines Miteigenthumsrecht oder Gesammthandsrecht zum Ausdrucke gelangt, so kennt auch das Obligationenrecht eine Betheiligung mehrerer Personen an einem Forderungsrechte oder an einer Verpflichtung in der doppelten Form der Theilforderung bezw. der Theilschuld und der Gesammthandforderung bezw. der Gesammthandschuld.

Das erstere Verhältnis ist einfach und klar: einer von mehreren Gläubigern kann nur seinen Antheil fordern und einer von mehreren Schuldnern braucht nur seinen Antheil zu bezahlen[1]. Im Zweifel wird angenommen, dass dieses Verhältnis bestehe, also dass schlecht, schlicht gelobt sei; gesammte Hand muss ausdrücklich vereinbart sein[2].

Bezüglich dieses zweiten Verhältnisses erschweren die Quellenaussprüche das Verständnis oft sehr erheblich. Den Fall der Gesammtforderung behandeln sie fast gar nicht, daher wir ihn vorerst auch bei Seite lassen. Die Gesammtschuld ist im allgemeinen so charakterisiert, dass die mehreren Schuldner simul, una, pariter, in solidum, unverscheidenlich zahlen oder leisten müssen; sie entsteht durch gemeinsame Begehung eines Delicts und durch gemeinsame Eingehung einer Vertragsverpflichtung, letzteres durch Geloben mit gesammter Hand. Das führt uns zu dem oben Bd. I S 226 aufgestellten Satze zurück, dass für diese obligationenrechtlichen Gesammthanderscheinungen das gleiche Princip wie für die Gemeinderschaft in ihren sachenrechtlichen Bezügen anzunehmen sein dürfte. In dieser Hinsicht haben wir das Eigenthümliche der Gesammthand darin gefunden, dass bei Wegfall des einen Gemeinders sein Antheil den andern accresciert, und dass nur alle Gemeinder zusammen über ihr Recht an der Sache (im Ganzen oder zum Theile) verfügen können. Für Gesammtschulden ist die Gleichheit unbedenklich anzunehmen bezüglich des Accrescenz-

---

[1] Am deutlichsten in einer Variante zu Ssp III 9 § 2 (Homeyer Anm 11): Swe enen del ghelovet hevet, he ist ledich of he sin del gheldet. Sonst noch: Verm. Ssp III 12 d. 8: do kempt iczlicher mit siner anczal von; Hamburger Stadtr. 1270 VII 8; Stobbe, Vertragsrecht S 141 f.

[2] Das sagt der Schöffenspruch bei Wasserschleben S 265 c. 127, auch Verm. Ssp III 12 d. 11. Mancherlei Ausnahmen bei Miterben, welche zu gesammter Hand haften (vgl. Stobbe, Handbuch III 167 Anm 7), offenbar weil die Schuld in der Person des Erblassers einheitlich begründet war und die Erben vor der Theilung liquidieren sollen, dem Gläubiger nicht an Stelle eines einzigen Schuldners mehrere Ratenschuldner setzen können, analog der Tragerei und Einzinserei. Siehe auch Stobbe, Eintreten des Erben, im J des DR V 316 ff.

rechtes: Wegfall eines Schuldners lässt die Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Gläubiger in vollem Umfange auf den übrig bleibenden haften[3]. Ob die Erben eines verstorbenen Gesammtschuldners den andern haftbar bleiben, ist eine interne Angelegenheit, die von andern Verumständungen abhängig ist[4]. Wie aber verhält es sich mit dem Correlat zu dem andern Satze, der gemeinsamen Verfügung?

Das langobardische Edict giebt uns zunächst einige Andeutungen für den Fall gemeinschaftlich verübter Delicte. Hauptgrundsatz ist: die Gesammtschuldner sollen gemeinsam zahlen, simul reddant, pariter componant, die Busse braucht nur einmal von allen zusammen aufgebracht zu werden, habent licentiam adunandi, ut in unum componant (Roth. 12. 138. 263). Wie das praktisch durchgeführt wurde, ist indess nicht ganz deutlich. An eine exceptio plurium litisconsortium, mit der ein einzelner auf die Busse belangter Delinquent den Kläger zu gemeinsamer Verfolgung aller Thäter hätte nöthigen können, ist nicht zu denken, weil dann die in diesen Stellen vorgesehene Möglichkeit, dass einer von ihnen sich der adunatio entzieht (si se subtraxerit, se diviserit ab aliis), nicht eintreten könnte. Demnach ist anzunehmen, dass der Beschädigte gegen jeden Verbrecher die ganze Busse einklagen konnte, dass aber die mehreren Verbrecher das Recht hatten, durch sofortige gemeinschaftliche Aufbringung der Busse sich zu befreien. Darnach bezöge sich die licentia adunandi allein auf das innere Verhältnis zwischen den mehreren Thätern. Wie aber ist dann damit zu vereinbaren, dass der Gläubiger gemäss Roth. 12 und 263 gegen den, der se subtraxit, selber noch die Klage auf die ganze Busse hat? Was geht ihn das noch an, wenn er schon von den andern die Busse empfangen hat? Man kann es aus dem Gesichtspunkte einer Leugnungsstrafe erklären[5], oder als Voraussetzung dieses Klagrechts annehmen, dass die andern die ganze Busse nicht haben aufbringen können.

Eine Analogie zu diesen Bestimmungen enthält Liutpr. 107: wenn

---

[3] Verm. Ssp III 12 d. 9: sy mussen dy schult gelden, dywile or eyner lebete, denne dy gesampten hand erbet or eyner uf den andern.

[4] Im Hamburger Stadtr. von 1270 VII 8 heisst es unter anderm: Were erer kumpane welk dot ofte vorarmet, de dar leveden ofte ere erven unde de gelden mochten, scholden dat gud gelden alle gelik. Darnach treten solvente Erben an die Stelle der absterbenden Gesammtschuldner, aber das Princip der Accrescenz bleibt bestehen bei Insolvenz oder Erblosigkeit, gleichwie in der Gemeinderschaft die Descendenz eines Gemeinders succediert, bei weiteren Verwandten aber die Accrescenz an die Gemeinder eintritt.

[5] Vgl. Osenbrüggen, Das Strafrecht der Langobarden S 41.

mehrere eine carta convenientiae ausgestellt und eine poena gesetzt haben, und nachher einer oder zwei oder mehr sich der Vertragspflicht entziehen (se subtrahere) wollen, so zahlt jeder von diesen die Strafe per caput in integrum. Wir dürfen wohl auch hier annehmen, dass für die Erfüllung der Hauptverpflichtung die licentia adunandi besteht.

Im allgemeinen also scheint für Gesammtschulden aus Delict und Vertrag sich zu ergeben: der Gläubiger braucht nicht alle Gesammtschuldner zu belangen, noch weniger sich Theilzahlung gefallen zu lassen. Analog dem Tragerei- und Einzinsereiverhältnisse hält sich der Gläubiger an einen Schuldner und überlässt ihm die adunatio mit den andern. In dieser Gestalt äussert sich hier das Gemeinderschaftsprincip: alle zusammen müssen das Ganze leisten, denn es ist eine einheitliche Verpflichtung, in Beziehung auf welche sich die mehreren Schuldner (sei es durch Zusammenlegen der Hände, communis manus, bei Vertrag, sei es durch gemeinsames Handeln bei Delict) untrennbar verbunden haben. Das äussert sich nun in doppelter Richtung, sowohl gegenüber dem Gläubiger als unter den Schuldnern selbst, in folgender Weise.

Es ist ersichtlich, dass der Grundsatz der Einheit der Schuld sich im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldnern auf verschiedene Weise praktisch realisierbar denken lässt, entweder so, dass der Gläubiger zwar alle zusammen belangen muss, aber keine Theilzahlung anzunehmen braucht, oder keine Theilzahlung annehmen darf, ohne den Zahlenden von seiner Haftpflicht für das übrige zu befreien; oder aber, dass der Gläubiger nur einen der Gesammtschuldner auf das Ganze belangen und diesem überlassen kann, sich mit seinen Mithaften zu benehmen; oder endlich, dass er mehrere oder alle auf ihre Quote belangt unter der (gesetzlichen) Möglichkeit, gegen jeden seine Quote zahlenden nachher das von den andern nicht erhältlich Gewesene einzuklagen. Alle diese Modalitäten finden sich in den mittelalterlichen Quellen[6]; das ihnen Gemeinsame spricht am deutlichsten

[6] Vgl. Stobbe, Vertragsrecht S 157 ff.; Schmidt, Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des Mittelalters (Gierke, Unters. zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte XV) S 66 f. Es finden sich bisweilen selbst in der Praxis eines und desselben Gerichts verschiedene Entscheidungen, vgl. Hallische Schöffenbücher S 250 Nr 381: Hans Welme klagt gegen Hans Locstede sechs Mark ein; der Beklagte bekennt, diese Summe mit gesammter Hand gelobt zu haben, und wird verurtheilt, binnen 14 Tagen „sine antal" zu zahlen, „unde wurde Hanse Welme icht brok dar na an deme gelde, des schal hie ok warden an Hanse Locsteden". Ebenso S 252 Nr 395. Dagegen S 404 Nr 42: Heydeke hat gelovet mit

die oben erwähnte Variante zu Ssp III 9 § 2 aus: hebbet se alle to samene ghelovet, ir nen n'is nicht ledich, er it allet verghulden is[7].

Dieser Grundsatz wird auch sehr genau durchgeführt im innern Verhältnisse der Gesammtschuldner unter sich. Keiner kann sich von den andern absondern (se subtrahere, dividere), bis die ganze Schuld getilgt ist, und selbst durch Zahlung seines Antheils entgeht der Einzelne nicht der Mithaftung für Kosten und Schäden, die die andern betroffen haben. Der allgemeine Satz, wie er im Prager Stadtrecht[8] erwähnt ist, findet eine charakteristische Illustration im Brünner Schöffenbuch Art. 131: das von zwei Schuldnern mit gesammter Hand gelobte Einlager war auf Mahnung von dem einen angetreten worden, während der andere seinen Theil der Schuld behufs Vermeidung der Kosten des Einlagers zu berichtigen vorzog. Von diesem verlangte nun aber doch der erstere Erstattung der Hälfte seiner Einlagerkosten, und das Gericht sprach sie ihm zu, weil tanta est vis promissi importati per dictionem in solidum, quod Joh. expensas per Wenc. factas solvere tenetur medias ipso jure.

Ueber Forderungen zu gesammter Hand sind die Quellen recht schweigsam. Wenden wir die Grundsätze von der adunatio und dem Verbot der divisio, des se subtrahere durch den Einzelnen, analog auch hier an, so dürfte etwa gesagt werden: keiner kann gegen den Schuldner einseitig vorgehen, und der letztere ist berechtigt, nur an alle zusammen zu zahlen, ja vollständige Zahlung an einen Einzelnen geht auf seine Gefahr, es sei denn dass ein solcher dem Schuldner gegenüber ausdrücklich als Träger des Obligationsverhältnisses constituiert sei wie bei der Zinstragerei[9]. Andererseits musste wohl ein einzelner Gläubiger, wenn er auch nur seinen Antheil vom Schuldner erhältlich gemacht hatte, die andern daran Theil nehmen lassen.

Peter Lyning mit samender Hand Hans Lange vier Schock Kreuzgroschen, Hans Lange klagt den Heydeke vor Gericht ab, dass dieser ihm das Geld geben musste; da fragt Heydeke eines Urtheils, ob er sich nicht möge erholen in Peter Lyninges Gütern des Theils, das er für Peter geben musste. Gefunden, dass er das thun dürfe.

[7] Dazu die Urk. bei Niesert, Beiträge zu einem Münster. UB. II 263: nec aliquis eorum liberabitur, si pro rata suam solverit portionem, quam vulgus anthal dicit.

[8] Cap. 125 (Rössler S 81): also, das sich cheiner von dem anderm mit seinem teile muge lassen an der andern wille.

[9] So ist vielleicht die nicht sehr deutliche Stelle Ssp III 85 § 2 (fast wörtlich gleich Hamburger Stadtr. 1270 VII 8 a. E.) zu erklären: Geloven ok vele lüde enem manne ene scult to geldene, unde untvan dat gelovede mer lüde, svar man jeneme lestet, deme man gelden sal, dar hevet man in allen gelest, den man't gelovet hadde.

§ 129. 9. Haftpflicht für Schaden[1].

Mangels eines sog. allgemeinen Theils des Privatrechts mag an dieser Stelle noch die Haftpflicht für Zufall und Schuld besprochen werden, wie sie nicht nur aus Vertragsverhältnissen, sondern überhaupt aus allen möglichen rechtlichen Beziehungen entspringt.

Durch unzählbare Ereignisse verschiedenster Art wird die Verwirklichung einer idealen Rechtsordnung gehindert. Auf dem Gebiete des Privatrechts, mit welchem wir es einzig hier zu thun haben, äussern sie sich ausschliesslich durch Erzeugung eines ökonomischen Schadens, d. h. eines Verlustes, eines Zugrundegehens von Gütern materiellen Werthes. Dieser Schaden, weil bleibendes Resultat solchen Ereignisses, ist insofern unersetzlich, als er auf irgend Jemand haften bleibt, der ihn tragen muss. Wer ist dieser Träger des Schadens? Das Privatrecht hat hier eine umfänglichere Aufgabe zu lösen als das Strafrecht, weil es nicht wie dieses nur die Schuldfrage stellen kann, sondern auch mangels jeglicher Schuld über Zutheilung des Schadens bestimmen muss. Das Strafrecht verfolgt nur die Schuld: wer in plötzlich hereinbrechendem Nebel und Schneegestöber verirrt eine fremde Anpflanzung zertreten, wer in Nothwehr einen fremden Hund erschlagen hat, geht straflos aus; noch weniger kann an Schuld und Strafe gedacht werden bei dem Fuhrmann, der unter Räuber fällt und des ihm anvertrauten Frachtgutes beraubt wird, oder bei dem Pächter, dem ein Blitzstrahl seine Scheune in Brand setzt. Aber sollen alle diese Personen nicht vielleicht doch wenigstens den Schaden ersetzen? Hier bleibt dem Privatrechte eine Frage offen, die für das Strafrecht nicht auftaucht.

Ein ursprüngliches Recht wird von vorneherein geneigt sein, einfach zu entscheiden:

1. wer einem andern thätlich einen Schaden zufügt, muss denselben ersetzen, also in obigen Beispielen der Verirrte, der Nothwehr Uebende;

2. wer eine fremde Sache anvertraut erhalten hat, ist für deren Rückgabe unbedingt verantwortlich, und muss daher auch Verlust oder Beschädigung derselben auf sich nehmen.

Beide Sätze lassen sich kaum unter ein gemeinsames Princip stellen und sind gesondert zu betrachten.

1. Wer Schaden gethan hat, muss dafür haften, auch wenn die That in noch so unabsichtlicher oder unschuldiger Weise geschehen

---

[1] Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S 209 ff.

ist[2]. Das subjective Moment des Willens und der Willensfreiheit bleibt hier ganz ausser Betracht, wo es sich nicht um Bestrafung handelt; blos der objective Erfolg der That, der Vermögensverlust, wird ins Auge gefasst und, wie er das directe Ergebnis der That ist, auch dem Thäter aufgebürdet. Das altdeutsche Recht führt diesen Grundsatz allseitig durch, namentlich in den zwei weitestgehenden Anwendungen, dass Unmündige, Wahnsinnige, kurz Personen, die eines eigenen freien Willens beraubt sind, doch den Schaden ersetzen müssen, den sie durch eine Handlung verursacht haben[3], und dass der in Nothwehr verübte Schaden von dem Thäter muss ersetzt werden[4].

2. Wer eine ihm anvertraute oder sonst (vielleicht durch Fund) in seinen Besitz gelangte Sache gar nicht oder nur mit einem Schaden, der während seines Innehabens eingetreten ist, zurückgeben kann, haftet unbedingt für allen Ersatz. Die Rechtspflicht, eine fremde Sache zurückzugeben an den, dem sie gehört, bleibt unberührt von Ereignissen, welche mit oder ohne Zuthun des Besitzers den Bestand der Sache gefährden; solche Ereignisse werden objectiv als „Unglück" betrachtet, welches das Rechtsverhältnis unter den Parteien nicht ändert. Das Motiv hiefür liegt wohl in den Schwierigkeiten, welche ein einfaches formales Recht abhalten, die Unterscheidung von dolus, culpa und casus praktisch durchzuführen.

So sicher wir nämlich die drei Grundbegriffe dolus, culpa und casus, um die es sich im allgemeinen handelt, zu trennen vermögen, so lange blos eine theoretische Definition verlangt wird, so schwierig ist es oft in der Praxis, alles, was geschieht, einer bestimmten Rubrik einzuordnen. Wir nennen dolus die beabsichtigte Auflehnung gegen das Recht, das Wollen des rechtswidrigen Erfolges, culpa die nicht gewollte, aber durch Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit herbeigeführte Verletzung des Rechtes, casus alles unabhängig vom Willen und von der Handlung der Betheiligten Geschehende. Aber diesen

---

[2] Roth. 387: Si quis hominem liberum, casum facientem, nolendo occiderit, conponat eum sicut adpretiatus fuerit, et faida non requiratur, eo quod nolendo fecit.

[3] Nach dem Sprichwort: wer unwillig gethan, muss willig zahlen. Ssp II 65 § 1, III 3; Görlitzer Landr. c. 34 § 5 (Homeyer II 2 S 189). Vgl. dazu Kraut, Vormundsch. I 339, und als in gewissem Zusammenhange mit dieser Frage stehend lex Sal. 24 § 5; Ed. Roth. 138. 310; Ed. Liutpr. 136; lex Sax. 58; lex Angl. et Wer. 61; ferner Osenbrüggen, Strafr. der Langobarden S 33. 36; Wilda, Strafr. der Germanen S 547 ff.

[4] Ssp II 14; Ed. Liutpr. 20. 62. Zöpfl, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte III 415 f.

abstracten Begriffen entsprechen im Leben sehr verschiedene Grade; zumal dolus und culpa, weil auf Geistes- und Willensmomenten beruhend, treten in den allerverschiedensten Graden auf, und in dem einen Falle kann eine Fahrlässigkeit (culpa) so gesteigert, in dem andern kann sie so gering sein, dass das Recht doch beide Fälle nicht gleich behandeln kann, obschon beidemal der abstracte Begriff der Fahrlässigkeit vorhanden ist. Darum gelangte das römische Recht weiter zu den Unterschieden von culpa lata und culpa levis und, noch enger, von culpa dolo proxima und culpa levissima, womit aber auch weiter keine feststehenden Schranken aufgestellt, keine zwei, bezw. vier Classen von culpa gebildet waren, in welche sich nach bestimmten Merkmalen alle vorkommenden Fälle einschachteln liessen, sondern dem richterlichen Ermessen in Beurtheilung des einzelnen Falles ein erheblicher Spielraum musste gelassen werden. Ein formales Recht wird daher im Privatrechte, für die Frage des Schadenersatzes — denn für das Strafrecht liegt die Sache anders — zum mindesten gegen die Scheidung der Begriffe dolus und culpa sich ablehnend verhalten und sich mit zwei Begriffen begnügen, Verschuldung und Zufall, oder mit Ausdrücken des alten deutschen Rechts: Schuld und Unglück. Und da auch je nach Umständen Schuld und Unglück schwer aus einander zu halten sind, z. B. bei Diebstahl, bei Brandschaden u. s. w. immer gefragt werden kann, ob das Unglück nicht durch grössere Vorsicht hätte können ganz vermieden oder wenigstens in seinen Folgen nicht so fühlbar gemacht werden, so wird ein primitives Recht selbst diese Schranke wenigstens für Beurtheilung des Schadenersatzes zu entfernen geneigt sein. Daraus erwächst dann eben das Resultat, dass Schuld und Unglück gleich behandelt sind, soweit die Pflicht der Rückgabe fremder Sachen in Frage steht. Nicht also casum sentit dominus, sondern Unglück ist im Rechte nicht berücksichtigt, ändert nichts an sonst bestehenden Rechtsverhältnissen und Rechtspflichten.

Dieses Princip unbedingter Haftung des Inhabers einer fremden Sache für Rückgabe an den Berechtigten ist in seiner äussersten einseitigen Strenge aus den Rechtsquellen nicht mehr nachweisbar, es muss sich aber doch wohl aus der Thatsache ergeben, dass der letzte Inhaber einer Sache einzig zu deren Verfolgung berechtigt war, und beispielsweise der Vertrauensmann, bei dem die anvertraute Sache war gestohlen worden, einzig das Klagrecht gegen den Dieb und dessen Rechtsnachfolger hatte. Dieser Satz wird nur erträglich durch die unbedingte Haftpflicht des Vertrauensmanns gegenüber dem Anvertrauenden: denn was wäre das für ein Rechtszustand, wenn der

Depositar sich der Entschädigungspflicht gegenüber dem Deponenten durch Berufung auf Diebstahl entziehen könnte; dann würde er sich natürlich nicht bemüssigt finden, für Wiedergewinnung der Sache etwas zu thun, und es könnte geschehen, dass der Dieb die gestohlene Sache ungescheut vor den Augen des Anvertrauenden spazieren führt, unbehelligt von letzterem, der ja kein Klagrecht gegen ihn hat, und ebenso unbehelligt vom Vertrauensmann, der kein Interesse an der Klage hätte.

Von dieser Regel der unbedingten Haftpflicht für Erhaltung und Rückgabe einer fremden Sache stellen nun schon die ältesten Quellen Ausnahmen auf, indem sie einzelne Gründe, wie Brand, Schiffbruch, Zusammensturz, incendium, naufragium, ruina nennen, aus denen die Haftpflicht cessieren soll. Man möchte versucht sein zu sagen, es sei hierin nur in casuistischer Weise der Gegensatz von Schuld und Unglück ausgedrückt, mit welchem das deutsche Recht von Anfang an operiert habe, und man könnte sich allenfalls darauf berufen, dass das langobardische Edict sehr bestimmt immer casus, inevitabilis causa u. dgl. der Schuld in ihren Abstufungen von asto animo und culpa entgegenstelle[5]. Praktisch kommt es auf das gleiche Resultat heraus, der Unterschied ist mehr nur ein formeller: bei der einen Annahme wären die einzelnen Fälle des Unglücks zunächst als Ausnahmen vom Grundsatze der unbedingten Haftpflicht aufgestellt worden (man sehe Roth. 178: excepto inevitavele causa), aus denen sich erst im Verlaufe die principielle Gegensätzlichkeit von culpa und casus herausgebildet hätte; bei der andern wäre von Anfang an das Rechtsprincip auf diesen Gegensatz gestellt und blos der Begriff des Unglücks in formalistischer Weise durch Einzelerscheinungen ausgedrückt gewesen. Ich würde die erstere Auffassung darum vorziehen, weil die Quellen diese ganze Frage doch höchst casuistisch behandeln und ihre Bestimmungen nicht den Eindruck machen, dass sie von einem principiellen Ausgangspunkte ausfliessen.

Dem entspricht es, dass der Ausnahmen von der unbedingten Haftpflicht im älteren Rechte weniger sind als später. Die hauptsächlichste ist der Tod bei Thieren, und zwar der gänzlich unverschuldete, der gemeine Tod, wie ihn Schwsp (W.) 212. 185, (L.) 258 b. 223 nennt. Dabei macht die lex Bai. XV 1 nach Vorgang von lex Wisig. V 5, 1 auch schon den Unterschied, dass der Vertrauensmann nur dann für den Tod des Thieres nicht haftet, wenn er die custodia unentgeltlich übernommen hatte, wozu sich aber etwas singulär die Vor-

[5] Ed. Roth. 138. 152. 178 u. s. w.

schrift von lex Wisig. V 5, 2 verhält, dass auch wer ein Thier zu eigenem Gebrauche geliehen hat, für den gemeinen Tod nicht ersatzpflichtig ist. Bei Brand, Zerstörung durch Feindeshand u. dgl. macht die lex Wisig. V 5, 5 die weitere Unterscheidung, ob der Inhaber fremder Sachen seine eigenen mit verloren oder gerettet hat, und bei Diebstahl theilt sie V 5, 3 den Schaden unter den Eigenthümer und den Inhaber je zur Hälfte. Diese Bestimmungen, welche die lex Bai. XV zum grösseren Theile abgeschrieben hat, enthalten schon neue Motive gegenüber dem ursprünglichen Rechte, das wenigstens bei Diebstahl, wie aus Ed. Liutpr. 131 zu schliessen, die volle Haftpflicht des Vertrauensmannes zu Gunsten des Anvertrauenden angenommen hat. Diese Motive erscheinen nun weiter entwickelt und verwerthet in den Quellen des Mittelalters.

Am einfachsten noch im Sachsenspiegel, der den Gegensatz von Schuld und Unglück als wesentliches Moment kennt[6] und je nach der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse die Haftpflicht des Inhabers der Sache für Schuld und Unglück oder nur für Schuld bestimmt; doch kommt er in der Hauptstelle III 5 § 3—5 nicht über eine casuistische Behandlung hinaus: bei Depositum Haftpflicht des Depositars blos für Schuld, wobei alle Arten des Verlustes, Diebstahl, Raub, Brand, Tod, gleich berücksichtigt werden und von rein formalem Standpunkte aus der Entscheid über Schuld oder Unschuld in den Eid des Depositars gelegt wird; bei Leihe Haftpflicht des Commodatars für Schuld und Unglück; bei Pfand Haftpflicht des Pfandgläubigers für Schuld und Unglück mit Ausnahme des gemeinen Todes.

Die späteren Quellen haben bei Bemessung der Schuld noch das schon in der lex Wisig. aufgetretene Element der diligentia quam suis rebus verwerthet: aus dem gleichzeitigen Verlust eigener Sachen schliesst man auf Nichtschuld, nimmt also ein von der Haftpflicht befreiendes Unglück an, gegentheiligen Falls schliesst man auf Schuld und demgemäss auf Ersatzpflicht, alles das auch wieder in sehr verschiedenen Modalitäten[7]. Bemerkenswerth ist der Widerspruch, den schon der Verm. Ssp IV 42 d. 18 gegen die Verwendung dieses Maassstabes (gleichzeitigen Verlustes eigener Sachen) für Annahme von Schuld oder Unglück erhebt: der Dieb, sagt er, nimmt in seiner Furcht vor Entdeckung und Verfolgung das, was er am besten weg-

[6] Ssp I 11, I 23 § 1. Ebenso Schwsp 26.

[7] Man vgl. etwa Gosl. Stat. 82, 26 ff.; Hamburger Stadtr. 1270 XII 12; Bremer Stat. von 1303 c. 79 (Oelrichs S 112); Augsburger Stadtbuch Art. 58 (Meyer S 127); Rev. lüb. R. III 3, 1; Schwsp (W.) 191. 212, (L.) 230. 258.

schaffen kann; ist das zufällig die fremde Sache, warum soll der Mann Schaden leiden? was hülfe es, wenn er auch das Seine verloren hätte?

Ein weiteres, bei Zumessung der Haftpflicht für Schuld und Unglück sich geltend machendes Moment ist das des Vortheils, den der Inhaber der beschädigten Sache von derselben gehabt hat. Es entspringt einem höchst natürlichen Impulse, dass man einen Inhaber, der die Sache aus reiner Gefälligkeit bei sich aufgenommen hat, weniger streng behaftet als denjenigen, dem durch Uebergabe der Sache ein Dienst ist erwiesen worden. Dieses Moment schimmert schon in der lex Wisig. durch, es mag auch der gegensätzlichen Behandlung des Depositars und des Commodatars in Ssp III 5 § 3 und 4 zu Grunde liegen[8], und ist dann später oft so mit dem Motiv der diligentia quam suis rebus verbunden, dass es die Frage entscheidet, ob für Unglück gehaftet werden muss oder nicht, der Begriff des Unglücks aber dadurch bedingt ist, dass auch eigene Sachen verloren gegangen sind. Allgemeine feste Principien sind immerhin nie abstrahiert worden und so ist namentlich auch die alte Ausnahme der Nichthaftbarkeit für den gemeinen Tod von Thieren durchweg, auch in den Verhältnissen, wo der Inhaber den ausschliesslichen Vortheil davon hatte, beibehalten worden.

[8] Aber zu dem ausschliesslich maassgebenden Princip hat es schon darum nicht werden können, weil in einer Reihe von Rechtsverhältnissen der Vortheil nicht so rein auf einer Seite liegt wie bei Depositum und Commodat. Bei Pfand z. B. blieb es bei dem alten Grundsatz der Verantwortlichkeit des Pfandgläubigers ausser bei gemeinem Tod, und das um so selbstverständlicher, als sich das aus der Natur des Pfandrechts ergab: die Sache war dem Gläubiger an Zahlungsstatt gesetzt, er trug also die Gefahr derselben wie der Käufer einer Sache und musste, falls der Schuldner die Lösung anbot, für den Schaden aufkommen.

Sechstes Buch.

Das Familienrecht.

§ 130. Familie und Sippe.

Bei dem Worte Familie denkt man heutzutage an einen engeren Verwandtenkreis, der sich innerhalb des weiteren, des Geschlechtes, aus den Sprösslingen eines Hauswesens zusammensetzt und als Familie nur so lange besteht, als das Familienhaupt selber noch am Leben ist oder wenigstens noch in der persönlichen Erinnerung der Abkömmlinge fortlebt. Der Familienbegriff ist hier schon wesentlich mit dem Verwandtschaftsbegriff vermischt und dadurch in seiner Reinheit afficiert; die Vorzeit hat beides aus einander gehalten und Familie und Sippe gegensätzlich behandelt, um so schärfer, je höher wir in die Vergangenheit hinaufsteigen.

Die Familie des alten Rechtes ist nicht ein Verband von Blutsverwandten, sondern eine Gemeinschaft der Hausgenossen. Zur familia zählen die hörigen Leute aller Art, welche in mannigfach strenger Abhängigkeit aus den verschiedensten Gründen dem Herrn des Hauses untergeben sind, Familie ist die Hausgenossenschaft der unter der Munt, der Hausherrschaft des pater familias vereinigten Personen ohne Rücksicht auf Blutsverwandtschaft und ohne Nothwendigkeit einer solchen.

Der familia als der Hausgemeinschaft steht die Sippe, parentela, als die Blutsverwandtschaft im deutschen Rechte begrifflich gegenüber. Beide haben sich die Herrschaft über besondere Gebiete des Rechts neben einander bewahrt: für das, was wir speciell unter dem Begriffe Familienrecht zusammenfassen, ist die Hausgenossenschaft unter der Herrschaft des Hausvaters, also das Princip der Munt, der geschichtliche Ausgangspunkt gewesen und das dauernd maassgebende Element geblieben; dagegen hat die Sippe und das reine Blutsverwandtschaftsprincip das Wergeldrecht bezüglich Betheiligung der Sippe an Zahlung und Empfang des Wergeldes nach bestimmter Ordnung beherrscht und ist namentlich auf dem Boden des Erbrechts in der Vorherrschaft geblieben, von andern nebensächlichen, meist früh schon verschwundenen

Rechten und Pflichten der Blutsverwandtschaft hier zu geschweigen. Beide Gebiete (der Familie und der Sippe) sind dergestalt bestimmt abgegrenzt, wenn auch gegenseitig mannigfacher Einfluss wirksam gewesen ist. Jedoch hat das deutsche Recht nicht gleich dem römischen auf der Grundlage der Hausgewalt des paterfamilias die Agnation und die Agnatenfamilie so durchgreifend ausgebildet, dass alle Berücksichtigung der Cognation im Rechtsleben, sogar im Erbrechte wäre verdrängt worden. Das in der Hausherrschaft liegende agnatische Element ist zwar nach einzelnen Richtungen in voller Stärke zum Durchbruch gekommen, aber in der Hauptsache hat es das cognatische Princip des Blutsbandes in seiner Geltung nicht angegriffen. Wir bemerken in dieser Hinsicht Folgendes.

Es besteht eine verbreitete Meinung, wonach die Sippe ursprünglich durchaus auf dem Princip der Agnation wäre aufgebaut gewesen. Namentlich hat Rosin[1] die Theorie aufgestellt, dass das Verwandtschaftsband anfänglich durchweg durch Männer vermittelt und hergestellt worden, das Princip der Sippe, der Magschaft im ältesten Rechte nicht die Idee der unterschiedslosen Blutsverwandtschaft, sondern die der Agnation, der Verwandtschaft durch Männer gewesen, und erst später neben der agnatischen Verbindung der Genossen die reine Blutsverwandtschaft als solche zur Bedeutung gelangt sei, so dass auch die Ausdrücke Schwert- und Spillmagen schlechtweg die, immer agnatischen, männlichen und weiblichen Verwandten der Agnationssippe bezeichnet hätten. Ich theile diese Anschauung nicht. Die Sippe ist durchaus cognatisch; es hat in vorhistorischer Zeit sogar ein Zustand existiert, der die Sippe nur durch die Mutterseite vermittelt werden liess: Ueberbleibsel in den Volksrechten, namentlich die Erbfolgeordnung der ältesten Texte von tit. 59 der lex Salica — keine Interpretationskunst vermag das wegzuschaffen — führen auf eine nur durch Verwandtschaft von der Mutterseite erzeugte Cognation als einzig das Erbrecht bedingendes Moment zurück. Das ist der Ausdruck einer Culturstufe, da die Ehe noch nicht als eine Institution begründet ist, welche geeignet wäre, das Blutsband zwischen Vater und Kindern unzweifelhaft sicher zu stellen. Sobald das ethische Princip der Heiligkeit der Ehe zum Durchbruche gelangt ist, kommt auch die Cognation auf der Vaterseite zur Geltung und die Sippe erstreckt sich nun über väterliche und mütterliche Blutsverwandte, unter Beibehaltung ihres durchaus cognatischen Charakters. So umfasst die Sippe, die parentela der lex Salica, die parentes tam de patre quam

[1] Rosin, Der Begriff der Schwertmagen § 5.

de matre (tit. 62), die generatio paterna und die generatio materna (tit. 58), und überhaupt schliesst der Umstand, dass die Verwandtschaft von der Mutter her, die mütterliche Magschaft, bei Zahlung und Empfang des Wergeldes betheiligt ist, das Agnationsprincip aus.

Dieser Gestaltung und naturgemässen Entwicklung des Begriffs der Sippe gegenüber findet das agnatische Element seinen eigentlichen Rückhalt und den Boden seiner Bethätigung wesentlich erst in dem auf die Ehe gegründeten „Hause", welches hinwiederum in dem aus der festen Ansiedelung sich herausarbeitenden Sondereigen an Grund und Boden seine Stütze und seine ökonomische Basis empfängt. Das liegt schon dem Gegensatz des tit. 59 der lex Salica zu Grunde: die Fahrnis der Sippe, die terra dem sexus virilis qui fratres fuerint. Letztere sind die Schwertmagen, d. h. die nur durch Männer verwandten Männer[2], also die Repräsentanten des Agnationsprincips, und dieser Begriff ist Erzeugnis der Hausherrschaftsidee, des Mundialrechtes, wie denn auch Agnations- und Mundialprincip identisch sind. Die Hausgewalt und deren Symbol, das Schwert, gehört nur den Männern, und wie sich unter der Hausherrschaft des Hausherrn die Familie im Widerstreit mit der ursprünglich nur durch Frauen vermittelten Sippe bildet, so gelangt dieser Gegensatz zu schärfstem Ausdrucke in der Berufung der nur durch Männer verwandten Männer, der Schwertmagen, zur Führung der Hausherrschaft, der Munt. Anfangs besteht entschieden die Neigung, die ganze ökonomische Grundlage der Familie, das Vermögen, wenigstens das liegenschaftliche, diesem Mundial- und Schwertmagenrecht völlig zu unterwerfen, also selbst auch für das Erbrecht die alte Berechtigung der Sippe preiszugeben und eine rein agnatische Erbfolge durchzuführen. Die Spuren davon zeigen sich, abgesehen von dem erwähnten Titel des salischen Gesetzes, im alamannischen Rechte noch später wirksam. Dasselbe kennt noch lange Jahrhunderte hindurch den Vorzug der Vatermagen vor den Muttermagen. Die Bedeutung dieser Begriffe hat sich im Laufe der Zeit wesentlich geändert. Ich verweise auf § 188, wo sich ergeben wird, dass vereinzelte Spuren auf ursprüngliche Identität von Vatermagen und Schwertmagen zurückführen. Und eine Verschiebung des Erbrechts von der Sippe auf die Schwertmagenagnation war dadurch nahegelegt, dass der Frauenstamm von der Succession in Liegenschaften ausgeschlossen war. Je schärfer dieser Ausschluss ausgebildet wurde, desto leichter war das Erbrecht der Schwertmagen durchzuführen.

[2] Schwertmagen sind die „al ut von sverd halven" verwandten Männer, Ssp III 15 § 4. Vgl. Ssp I 19 § 1.

Aber ein solches Alleinerbrecht der Schwertmagen, wenn es auch in einer gewissen Uebergangszeit sollte bestanden haben, ist in den Quellen schon früh nicht mehr nachzuweisen, ausser in dem singulären Erbrecht der Schwertmagen in das Heergewäte, wozu dann den entgegengesetzten Pol der Ueberrest uralten cognatischen Mutterrechtes bildet, wie er in dem Begriffe der Spillmagen auftritt, d. h. der weiblichen Verwandten von Weiberseite, ut von wif halven geboren (Ssp III 15 § 4), und in deren ausschliesslichem Erbrechte bezüglich der Gerade.

Dagegen hat das Agnationsprincip den vollen Sieg über das Cognationsprincip davongetragen in dem specifischen Gebiete des Mundialrechts, also der Vormundschaft. Die Schwertmagen sind die zur Führung der Hausherrschaft, der Munt einzig Berufenen. Doch haben sich auch hier höchst merkwürdige Ueberreste uralten Rechtes bisweilen erhalten. Der Sippe ist später noch hie und da eine Art Gesammt- und Obervormundschaft über ihre unmündigen Angehörigen zugeschrieben[3]. Wir finden das im angelsächsischen, im friesischen, im holländischen (also salischen) Rechte, und es führt dies, wie kaum zu bezweifeln ist und in § 165 uns nochmals beschäftigen wird, auf ein uraltes Vormundschaftsrecht der Cognation zurück, welches erst durch das auf die Ehe gegründete Haus und den daraus erwachsenen Familien- und Agnationsbegriff verdrängt worden ist.

Schwertmagen und Spillmagen sind somit nicht Glieder eines Verwandtschaftssystemes, sondern Organe zweier entgegengesetzten Organismen, jene der auf der Munt basierten Hausgenossenschaft, diese der auf dem Blutsbande beruhenden Sippe. Demgemäss drückt sich in den Begriffen Familie und Sippe nicht die Verschiedenheit von engerem und weiterem Verwandtenkreise, auch nicht der Gegensatz von Herrschaft und Genossenschaft (Gierke), sondern der Unterschied von Hausgemeinschaft und Blutsverwandtschaft, Munthörigkeit und Blutsband, Agnation und Cognation aus. Soweit die Munt und damit das Agnationsprincip reicht, kommt die Sippe nicht zur Geltung, aber das Gebiet des Agnationsprincips ist ein viel engeres als im alten römischen Rechte und hat nie oder nur sehr vorübergehend alle Ausflüsse des Verwandtschaftsrechtes absorbiert, wie es im römischen Rechte der Fall war. Vielmehr entspricht im allgemeinen und von residuären Singularitäten abgesehen in der classischen Zeit der Abgrenzung der Begriffe Familie und Sippe die Scheidung der Gebiete des Familienrechtes und des Erbrechtes.

[3] Vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht I 22 Anm 44; Brunner, Sippe und Wergeld, in Z der Sav.-Stift., german. Abth. III 50 Anm 1.

Die erbrechtliche Seite dieser Frage werden wir bei Betrachtung des Erbrechts wieder aufnehmen. Für das, was wir hier im Familienrechte behandeln, haben wir einzig von dem Mundialrechte des Hauswesens auszugehen. Aber nicht alle Seiten des Mundialrechtes gehören hieher. Wir beschränken uns hier auf den engern Begriff der Familie, deren Fundament die Ehe ist, also auf den Kreis von Personen, die durch Ehe oder daraus direct oder indirect entspringende väterliche oder vormundschaftliche Rechte unter eine Hausherrschaft gewiesen sind. Hier hat sich ja das specifische Familienrecht nach seinen drei Seiten des Eherechtes, der väterlichen Gewalt und des Vormundschaftsrechtes ausgebildet. Anfangs allerdings ist es nach allen diesen Richtungen dem starren, strengen Princip der Munt, der Hausgewalt des Familienhauptes, untergeordnet: die einzelnen Fälle der Familiengewalt werden nicht aus einander gehalten, die Ehe begründet ähnlich wie die römische Manusehe für die Frau eine Art Kindesverhältnis — daher noch in später Zeit die Witwe unter der Vormundschaft des nächsten Schwertmags des verstorbenen Mannes steht — und die Gewalt über eigene Kinder und über Mündel äussert sich im wesentlichen gleich. Dieses gleichmässige und einheitliche Recht für alle Muntangehörigen bewahrt seine Lebenskraft am längsten im Verhältnisse nach aussen: die Repräsentanz des Hauses und aller Angehörigen desselben durch das Familienhaupt bleibt in dieser Richtung dieselbe und wird in der Folge nur sehr allmählich und an den äussersten Spitzen abgeschliffen, sodass selbst bis auf den heutigen Tag die Munt als Vertretung der Hausangehörigen gegenüber Dritten in der Hauptsache gleich geblieben ist, mag sie als Ehevogtei oder als väterliche Gewalt oder als Vormundschaft auftreten. Aber die inneren Beziehungen zwischen Mann und Frau, Vater und Kindern, Vormund und Mündel fallen mehr und mehr besondrer Rechtsbildung anheim und das ursprüngliche einheitliche Recht ist schon früh auf diesem internen Gebiete des Familienrechts aufgelöst. Denn das Familienleben ist zu reichhaltig an den individuellsten Bezügen und viel zu sinnig, als dass es solche mechanische Regulierung der verschiedenartigen sittlichen Beziehungen durch das Recht lange ertrüge. Indem sich das Recht der Sitte anschliesst, gestaltet sich das Familien*recht* ebenso mannigfaltig, als sich die Familien*sitte* ausbildet. Wir dürfen, trotz gebührender Würdigung der manchen Schattenseiten, doch sagen, dass das Familienleben und damit auch das Familienrecht des deutschen Volkes von früher Zeit an einem idealeren Zuge folgt und sich nach höheren sittlichen Impulsen ausbildet als das römische, nicht weil das deutsche Volk in dieser Beziehung mit edleren Anlagen begabt gewesen wäre,

sondern weil es das Glück hatte, in der läuternden und hebenden Zucht des Christenthums zu reifen.

Je nach dem Grade, in welchem das starre Princip der Munt als der alles andre ertödtenden Hausherrschaft über die Familienglieder abgeschwächt und auch, wie in dem Verhältnisse der Ehegatten, durch das ihr fremdartige Element der Gleichberechtigung, der Gemeinderschaft, zersetzt wird, entstehen zumal für die internen Beziehungen zwischen Hausvater und Untergebenen verschiedene Rechtsgebilde des Eherechtes, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft. Wir betrachten jetzt diese drei Gebiete des Familienrechts in ihren eigenartigen Ausbildungen.

Erster Abschnitt.

Das Eherecht.

Erstes Kapitel.

Eheschliessung und Ehescheidung.

I. Eheschliessung.

§ 131. A. Raubehe und Brautkauf[1].

In den Berichten der Zeitgenossen über das Leben und die Sitten der Germanen treffen wir auf eine tief innige Erzählung des Eheschliessungsvorganges; es ist die berühmte Stelle Germ. 18, wo Tacitus mit warmen Worten beschreibt, wie die Lebensgemeinschaft durch sinnige Gaben und Gegengaben des Bräutigams und der Braut geheiligt wird als eine unauflösliche Verbindung zu Freud und Leid. Jahrhunderte später aber hallt es in den Rechtsdenkmälern wieder von Raub und Entführung der Frau und Herstellung der Ehe auf diesem Wege selbst gegen den Willen der Entführten. Wir können den Bericht des Römers nicht unbedingt als tendenziöse Entstellung der Wahrheit verwerfen, aber ausschliessliche Geltung kommt ihm nicht zu: beides liegt noch hart neben einander: Werben in Minne und stürmische Gewaltthat zur Erlangung der Geliebten, wo jenes nicht zum Ziele führt. Es leidet keinen Zweifel, dass die Volksrechte einer durch Raub hergestellten Verbindung von Mann und Frau die Anerkennung als Ehe nicht versagen, jedenfalls dann nicht, wenn zwischen dem Entführer und der Entführten Einverständnis geherrscht

[1] Dargun, Mutterrecht und Raubehe und ihre Reste im germanischen Recht und Leben (Untersuchungen zur deutschen Staats- u. Rechtsgeschichte hg. von Gierke XVI), bes. S 23 ff. 111 ff.

hat[2]; für das westgothische, das langobardische, das burgundische, das sächsische und das thüringische Volksrecht ist es allseitig anerkannt[3], aber auch für das fränkische und das alamannische Recht kann es mit Grund nicht bestritten werden[4].

Allerdings diese Ehe auf Grund von Entführung erscheint in den Volksrechten als etwas Anomales, aus Noth Geduldetes. Volles Genüge wird der Rechtsordnung nur geleistet durch den Erwerb der Frau auf Grund einer Vereinbarung mit deren Verwandten. Das ist die desponsatio, die Verlobung, welcher nach kürzerer oder längerer Frist die traditio, die Trauung und die Heimführung der Braut durch den Freier nachfolgt. Die Rechtsform, in der sich dieser Erwerb der Frau vollzieht, ist der Kauf, der Bräutigam zahlt einen Preis an die Verwandten der Braut und kauft sie ihnen damit ab[5].

Da sind nun vornehmlich zwei Punkte streitig, einmal das historische Verhältnis von Entführungs- und Verlobungsehe, und sodann der juristische Inhalt des Kaufgeschäfts. In ersterer Beziehung hält die verbreitetste Meinung dafür, dass der Brautkauf das ursprünglich einzige Mittel gewesen sei, in eine rechtlich anerkannte Ehe zu treten, dass man sich aber in der Folge aus Rücksicht auf die thatsächlich vollzogene Lebensgemeinschaft oder aus Connivenz gegen die Kirche dazu verstanden habe, die auch ungesetzlich geschlossenen Verbindungen als giltige Ehen anzuerkennen[6]. Damit hängt die zweite Frage

---

[2] Selbst die aus Raub wider den Willen der Frau hervorgegangene Verbindung wird nach Ed. Roth. 186. 187 nicht wieder getrennt wie die incestae et illicitae nuptiae gemäss Roth. 185.

[3] Die Hauptstellen: lex Wisig. III 2, 8; Ed. Roth. 188. 214, auch 190; Liutpr. 5. 119. 139 a. E.; lex Burg. 100. 101; lex Sax. 40; lex Angl. et Wer. 47; lex Fris. IX 11; Sohm, Recht der Eheschliessung S 51; Dargun a. a. O.

[4] Die für das Gegentheil angeführte Erzählung bei Gregor Tur. Hist. Franc. IX 33 beweist nichts aus den von Dargun S 35 geltend gemachten Gründen. Nach lex Sal. tit. 13, 10 galt die Verbindung des Entführers mit der Entführten, selbst wenn diese schon einem andern verlobt war, unzweifelhaft als conjugium. Das Alamannenrecht tit. 51, 52 und 54 bietet mannigfache Schwierigkeiten, sehr bemerkenswerth aber ist, dass es den Entführer und die Geraubte als maritus und uxor bezeichnet und dem ersteren die Wahl lässt, die Frau zurückzugeben oder sie mit der entsprechenden Bussezahlung zu lösen, und das sogar, wenn er eine schon verheiratete Frau entführt hat; denn der Satz in tit. 51 et hoc si maritus prior voluerit ist doch evident ein Zusatz neueren Datums.

[5] Lex Burg. 12 § 1 u. 2: puellae pretium; lex Sax. 40: uxorem ducturus CCC solidos det parentibus ejus; 43: pretium emptionis; 49: CCC solidis emat eam; lex Alam. pactus 3, 29 und Lantf. 97 § 4: puella empta.

[6] Sohm, Recht der Eheschliessung S 51. Bluhme, Die Mundschaft, in Z f. RG XI 381. Rosin, Die Formvorschriften für die Veräusserungsgeschäfte der

ziemlich eng zusammen. Sie wird von derselben Anschauung aus dahin beantwortet, dass die Frau ihrem bisherigen Muntinhaber habe abgekauft und aus seiner Munt gelöst werden müssen, um unter die Munt des Eheherrn gelangen zu können, und dass somit, da das Eherecht ein blosser Anwendungsfall des Vormundschaftsrechtes sei, eine Ehe ohne Munt des Ehemanns keine rechte Ehe gewesen sei[7].

Dem entgegen wird neuerdings (namentlich in der vortrefflichen Schrift von Dargun) die Entführungs- oder Raubehe als das ursprünglich allein herrschende Institut, der Brautkauf als das die Raubehe allmählich verdrängende, die Anerkennung der durch Entführung zu Stande gekommenen Ehe trotz mangelnder Munt des Ehemanns in den Volksrechten als Ueberrest uralten Rechts, nicht als Neuerung angesehen. Damit im Zusammenhang steht die Lehre Darguns (S. 23 f.), dass dem ältesten Begriffe der Ehe die Munt des Mannes nicht wesentlich, eheliche Gewalt und Munt nicht identisch gewesen seien.

Es ist äusserst schwierig, über solche Fragen vorhistorischen Rechtes eine bestimmte Ansicht zu gewinnen. Wenn ich darauf eintrete, so geschieht es, weil das Verständnis des Zustandes zur Zeit der Volksrechte doch wesentlich davon abhängig ist. In der Hauptsache mit Dargun einverstanden, glaube ich folgende Auffassung hier äussern zu dürfen.

Das pretium emptionis, der Kaufpreis in seiner ältesten Gestalt ist schwerlich als Entschädigung für den Verlust der Vormundschaft zu denken. Wir dürfen uns nicht dadurch irre führen lassen, dass nach den Volksrechten in den Fällen, wo Väter oder Brüder ihre Töchter, bezw. Schwestern verloben, der Kaufpreis von ihnen allein bezogen wird; das kann, wie wir sehen werden, spätere Rechtsbildung sein. Bestimmend für uns ist, dass wo nur weitere Verwandte vorhanden sind, der Kaufpreis unter die Mitglieder der Sippe vertheilt wird[8], obschon doch auch in diesem Falle die Braut ihren bestimmten

---

Frauen, in Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte von Gierke VIII 48.

[7] Wie Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts I 8 sagt: eine solche Ehe werde nur vom sittlichen, nicht vom rechtlichen Standpunkte aus als Ehe angesehen. Eine Unterscheidung, welche Dargun a. a. O. S 24 Anm 1 mit Recht ablehnt.

[8] Lex Burg. 66, wo selbst Schwestern und andere zur Führung der Munt gar nicht fähige Verwandte den Preis empfangen. Nach Ed. Roth. 160 u. 161 theilen die filii legitimi und naturales den Preis der Schwestern. Auch der Achasius, mit welchem sich die salfränkische Witwe bei Wiederverheiratung von der Sippe des

Muntwalt hat, der als alleiniger Berechtigter gelten müsste, wenn das pretium für die Munt gezahlt würde. Der Kaufpreis in seiner ursprünglichen Gestalt ist nicht Muntschatz, sondern Composition der Frau, wie sie bei Todtschlag muss gezahlt werden[9], und wird daher gleich dem Wergelde an die Sippe entrichtet, wie denn auch in den ältesten Quellen von Tacitus Germ. 18 bis zu lex Sax. 40 von Zahlung an die parentes gesprochen wird. Bei dem durchweg anerkannten Zusammenhange zwischen Kaufpreis und Entführungsbusse ist es nun um so eher gestattet anzunehmen, dass der Kaufpreis geradezu aus der Raubbusse hervorgegangen, die letztere aber nicht wegen Bruchs der Munt an den Muntinhaber, sondern wegen Entzuges eines Gliedes der Sippe an die Verwandtschaft gezahlt worden sei, und zwar mit dem vollen Werthe der Frau.

Es handelte sich also ursprünglich bei dem Brautkaufe nicht um Erwerb der Munt, sei es darum weil die Munt des Ehemanns zum Zustandekommen einer giltigen Ehe nicht nothwendig war[10], sei es weil die auch durch Raub vollzogene Ehe ohne weiteres und von selbst die Munt des Ehemanns bewirkte. Der Raub und die fleischliche Verbindung begründeten in diesem letzteren Falle die hausherrliche Gewalt des Entführers, aber die Sippe der Frau war beleidigt und musste gesühnt werden, wie das salische Recht für die Wiederverheiratung der Witwe noch diesen Gedanken zur Geltung bringt.

Damit denken wir uns den Brautkauf als das Spätere, aus der Raubehe erst Hervorgehende. Der Frauenraub steht am Anfange alles Eherechtes: er macht die Frau unbedingt zur Ehegattin des Mannes,

---

verstorbenen Mannes löst, wird nicht für die Munt entrichtet, sondern zur Sühne der Verwandten ihrer Kinder an die parentes proximiores mariti defuncti gezahlt, und zwar ist auch die Mutter, also eine muntunfähige Person, unter diesen genannt: Cap. I ad leg. Sal. c. 7.

[9] Daher ist m. E. der Kaufpreis des altalamannischen Rechts nicht, wie man meist annimmt, in den als dotis legitima angegebenen 40 sol. (tit. 55, 3) zu finden, sondern er steckt in jenen 400 sol., welche nach tit. 51, 1 und 54, 2 für eine nach der Entführung gestorbene Frau zu zahlen sind und ihre Todtschlagbusse ausdrücken: Pactus II 40; Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts I 17; Grimm, Rechtsalterthümer S 449. Die 300 solidi, welche nach lex Sax. 40 der Kaufpreis sind, erklärt v. Richthofen, Zur lex Saxonum S 285. 296 ff. und in seiner Ausgabe der lex (Mon. Germ. leges V 52 Anm 27) als das Freienwergeld von 240 solidi mit Zugabe eines fredum von 60 sol. Dagegen Sohm, Trauung und Verlobung S 21 Anm 37.

[10] Das nimmt auch an Freisen, Die Entwicklung des kirchlichen Eheschliessungsrechts, im Archiv für katholisches Kirchenrecht Bd. 52 (1884) S 376. Vgl. nachher Anm 12.

aber ihre Sippe muss dafür Genugthuung erhalten[11]. Die nächst höhere Stufe wird damit beschritten, dass diese Sühnung der Sippe vor der Heimführung der Frau vereinbart und geleistet wird, das ist der Brautkauf, der eben darum auch nicht Lösung der Frau aus der Munt ihres bisherigen Gewalthabers ist.

Daraus erklärt sich auch, dass verhältnismässig frühe schon der Kaufpreis zu einer Zuwendung an die Frau selber wird. Wäre er für die Lösung der Frau aus der Munt bezahlt worden, so wäre nicht recht einzusehen, warum er schon in den meisten Volksrechten diesen Charakter nicht mehr hat, denn die Munt des Vaters über die Tochter war damals noch streng genug; dagegen als Sühne der Verwandten konnte er schon früh in Abgang kommen, weil im Grunde mit dem Augenblicke, wo die Entführung durch freiwillige Abtretung der Braut seitens ihrer Angehörigen ersetzt war, dieser Gesichtspunkt nicht mehr zutraf, eine Sühne keinen Sinn mehr hatte. Wenn es nach einzelnen Quellen, wie z. B. nach dem älteren langobardischen Edicte, den Anschein hat, als werde der Kaufpreis (die meta) für die Munt bezahlt, so möchte ich das als einen Versuch betrachten, ein befriedigendes Motiv für den Kaufpreis zu finden, nachdem das ursprüngliche Motiv der Sühne der Sippe nicht mehr zutraf und aus dem Rechtsbewusstsein verschwunden war. Und die Folge davon war nothwendig, dass nun eine durch Entführung und ohne Zahlung der meta oder ohne rechtsgiltige Verlobung und Trauung seitens des Muntinhabers der Frau abgeschlossene Ehe allerdings eine Ehe ohne Munt des Ehemannes war, aber immerhin eine Ehe[12], wie denn auch der Ehemann das Recht in seiner Hand hatte, durch nachträgliches „mundium facere", d. h. Bezahlung der meta, die Munt zu erwerben, so gut wie er ursprünglich durch Zahlung der Busse die Verwandten befriedigt hatte.

Man darf diese Entführungsehe ohne Munt des Ehemannes nicht

---

[11] Es handelt sich aber auch nicht um Lösung der Frau aus ihrem Verwandtschaftsverbande; sie und ihre Kinder bleiben Glieder der Sippe, das ist schon durch das Princip des Mutterrechts bedingt. Die Ehe hat noch nicht den sittlichen Gehalt wie später, und namentlich die Beziehungen des Vaters zu den Kindern seiner Ehefrau sind nicht inniger als die zu den Kindern von einer Sklavin, daher die Verwandtschaft sich nur durch die Mutter knüpft und das Erbrecht noch vollständig unter Mutterrechtsprincip steht. Erst später, als die Raubehe verpönt wird, verliert die Frau, die sich entführen lässt, das Erbrecht gegen ihre Verwandten (s. unten gegen Ende dieses Paragraphen).

[12] Daher im langob. Edict der Ehemann auch ohne mundium maritus heisst. Freisen a. a. O.

als Concubinat bezeichnen; damit würde man spätere Anschauungen in die Volksrechte hineintragen. Zusammenleben eines freien Mannes mit der eigenen oder fremden Sklavin ist blosses Concubinat, die Sklavin nur quasi uxor (Liutpr. 106, vgl. Roth. 222), aber freie Personen sind conjugio sociati, heissen maritus et uxor, und Unzuchtsvergehen einer solchen Frau gelten als Ehebruch, der dem Manne zu büssen ist (Liutpr. 139 a. E.). Damit vereinbart sich gar wohl, dass die Kinder aus solcher Ehe naturales, nicht legitimi genannt werden[13]; es ist eben noch die alte Raubehe, welche dem Princip des Mutterrechts gemäss überhaupt die Kinder nicht dem Stamme des Vaters angehören, sondern der Mutter folgen liess, und einen Widerspruch dazwischen, dass aus conjugium keine legitimi, blos naturales liberi sollten entstehen können, empfand man nicht, weil solche blos natürliche Kindschaft noch keineswegs als schimpflich galt[14].

Was zum Wesen der Ehe nothwendig ist, die Verbindung von Mann und Frau zu unauflöslicher Lebensgemeinschaft, die conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, das genügte der ältesten Zeit auch vollkommen zum Zustandekommen derselben. Und da eine primitive, auf das Sinnliche gerichtete Anschauung den Beginn dieser Lebensgemeinschaft in der fleischlichen Verbindung, der copula carnalis, finden wird, so mögen wir wohl annehmen, dass bei der Entführung, der alten Raubehe, der Beischlaf als der eheschliessende Akt gegolten hat, der die Trennung der Ehegatten gegen ihren Willen ausschloss und die Pflicht der Frau zu ehelicher Treue gegen ihren Mann begründete.

Es fragt sich nun, ob bei der durch Brautkauf begründeten Ehe hierin eine Aenderung eingetreten sei. Die moderne Litteratur betrachtet theils die Verlobung, theils die Trauung als den eheschliessenden Akt. Die Verlobung, desponsatio, war die Vereinbarung zwischen dem Freier und den Verwandten der Braut, die letztere zur Ehe nehmen, bezw. geben zu wollen. Da das von der Zahlung der Sühne, des Kaufgeldes, später von der Bestellung der den Kaufpreis ersetzenden dos abhängig war, so bildete die Vereinbarung des Modus der Zahlung, bezw. der Dotierung den formell am meisten hervortretenden Theil der Verlobung. Weil der ursprünglich hohe Betrag des pretium eine sofortige Zahlung unmöglich machte, so wurde bei der Verlobung

[13] Rozière Nr 130 (Zeumer, Cart. Senon. app. 1a S 208): dum femina ingenua ad conjugium sociavi uxore, sed cartolam libellis dotis minime excessit facere, unde filii mei secundum lege naturalis appellant.

[14] Vgl. über diese Punkte auch Dargun a. a. O. S 29 ff.

selbst erst eine arrha behufs Behaftung der Angehörigen der Braut gegeben, bei den Salfranken ein Schilling und ein Pfennig[15]. Später, als mit Verwandlung des Kaufpreises in die dos die Kaufidee untergegangen war, trat an Stelle der arrha die wadia, Wette, des Freiers: er gelobte durch Wadiation die Braut dotieren und als Ehegattin heimführen zu wollen[16]; im langobardischen Rechte der späteren Zeit fand gegenseitige wadiatio de dando et recipiendo puellam in conjugium statt[17]. Die Ehe stand demgemäss erst in Aussicht, denn ihr Wesen ist Thatsächlichkeit der Lebensgemeinschaft, und diese wird durch blosse Verlobung nicht hergestellt. Aber wie jeder arrhalische, bezw. durch Wette geschlossene Vertrag ist die Verlobung streng formell bindend, der Bräutigam wird dadurch verpflichtet, die Braut binnen angemessener Frist (zwei Jahren nach Roth. 178) zu ehelichen, und er büsst ungerechtfertigtes Verlassen der Braut mit gleicher Strafe wie der Ehemann grundloses Verstossen der Ehefrau[18]. Andererseits sind auch die Ursachen, aus denen Verlassung straflos erfolgen darf, mit kleinen Abweichungen[19] dieselben wie bei Verstossung der Gattin. Nicht minder stark ist der Verlobende und ist die Braut selbst gebunden, wie denn die letztere Unzucht mit einem Andern gleich Ehebruch büsst[20]. Es ist daraus geschlossen worden, dass schon die Verlobung mit Ehewirkungen (den negativen Wirkungen der Ehe) ausgerüstet, also der eigentliche Eheschliessungsakt gewesen sei[21]. Das geht doch zu weit; Bräutigam und Braut heissen noch nicht maritus et uxor, ihr Verhältnis wird ebensowenig conjugium genannt. Gegentheils verspricht in den fränkischen Formeln für Dotalbriefe der Bräutigam, nachdem die Verlobung stattgefunden hat, die Braut zu dotieren, quando dies nuptiarum evenerit et nos Deus insimul conjunxerit, oder: ut in die nuptiarum, Deo jubente, de quo ad conjugium

---

[15] Fredegar. Epit. Greg. Tur. 18: Legati offerentes solidum et denarium, ut mos erat Francorum, eam (Chrotildem) partibus Chlodovaei sponsant. Rozière Nr 228 = form. Sal. Lind. Nr 7 (Zeumer S 271): ut ego tibi solido et denario secundum legem Salicam sponsare deberem.

[16] Cod. Cav. I Nr 163: der Bräutigam verpflichtet sich per wadiam, ut tolleret sibi ad abendum filia mea et daret scriptum morgincaput, et si filia sivi uxore abendum tollere noluerit, componat L solidos et per inbitis ipsa filia sibi uxorem tollere. Im schwäbischen Rechte die sieben Wetten: Pertz, Leges III 150 Anm 82.

[17] Form. lib. Pap. ad Roth. 182. Cartul. Langob. Nr 16.

[18] Sohm, Trauung und Verlobung S 6 ff.

[19] Z. B. Ed. Roth. 180 gestattet Auflösung des Verlöbnisses, wenn die Braut aussätzig oder besessen (wahnsinnig) wird oder erblindet.

[20] Roth. 179. Ueberhaupt Sohm, Das Recht der Eheschliessung S 76.

[21] Sohm, Recht der Eheschliessung S 76 f.

sibimet copulum sociatus fuero, conscriptam rem habeat (sponsa) u. dgl.[22]. Darauf, dass Unzucht der Braut mit der Ehebruchsstrafe belegt ist, darf kaum das entscheidende Gewicht gelegt werden. Es ist wohl nur eine Folge der Einfachheit des Bussensystems, dass man auf fleischlichen Umgang der Braut mit einem Andern diese Strafe anwendet: wie denn auch der Ausdruck adulterare bisweilen (z. B. Liutpr. 95) schlechtweg für Unzuchtshandlungen gebraucht wird, und diese poena adulterii mit der für Entführung einer Frau und Verstossung der Ehegattin angedrohten Strafe identisch ist, obschon es zwei verschiedene Verbrechen sind. Namentlich aber fällt in Betracht, dass der Bräutigam, wenn die Braut mit oder ohne ihren Willen von einem Andern heimgeführt wird, gegen diesen nicht die Klage auf Rückgabe der Braut hat, wie sie dem Ehemann gegen den Entführer seiner Frau zusteht[23], sondern sich mit dem Anspruch auf Busse begnügen muss[24].

Es wird denn auch vorwiegend die Trauung als der eheschliessende Akt angesehen. Und es scheint dafür die Analogie der Sachtradition zu sprechen, welche die verkaufte Sache in das Eigenthum des Käufers bringt. So trete auch die Frau durch die Trauung, welche ja eben traditio heisst, in die Gewalt des Mannes, sei ihm nun anheim gegeben, das sei der Beginn der Ehe. Es möchte nicht viel gegen diese Analogie einzuwenden sein, wenn die Braut nur eine Sache wäre, die Ehe in der Unterwerfung der Frau unter den Willen und die Herrschaft des Mannes ihr einziges Ziel fände. Aber die Ehe ist mehr als das, sie ist schon zur Zeit der Volksrechte als ein sociare zu innigster Lebensgemeinschaft angesehen, und dieses conjugio, copula sociare der Volksrechte und der Formeln dürfte wohl eher auf die copula carnalis als auf die Trauung bezogen werden. Wenn die oben angeführten Dotalbriefe sagen, die Frau solle die dos haben, nachdem der Hochzeitstag erreicht sei und Gott sie, die Brautleute, im Ehebande vereinigt habe, so scheint das eher auf die copula carnalis zu deuten; hätte es sich um die Trauung gehandelt, so wäre es wohl präciser ausgedrückt worden, etwa so: quando dies nuptiarum evenerit et tu, sponsa mea, mihi tradita fueris. Noch etwas anderes spricht für diese Ansicht: bei der durch Raub herbeigeführten Ehe

---

[22] Rozière Nr 228 ff.

[23] Jedenfalls nach den Volksrechten hat der Ehemann diese Klage, wenn auch für die Urzeit anderes anzunehmen möglich ist, gemäss Anm 4 a. E.

[24] Roth. 190—192; lex Sax. 49; Brunner, Anzeige von Sohm, Trauung und Verlobung, in der Jenaer Litteratur-Zeitung 1876 Art. 439.

glaubte ich den Moment des Beischlafs als den ehebegründenden Akt annehmen zu dürfen; nun ist ja aber auch bei dem Brautkaufe die Entführung in der Form beibehalten, sie ist noch deutlich erkennbar in der am Hochzeitstage erfolgenden Heimführung der Braut, zumal wenn man die vielen Gebräuche von Raubspielen aller Art ins Auge fasst; der Brautkauf ist seinem Wesen nach nur eine vorher vereinbarte Entführung, daher auch bei ihm der Heimholung der Braut und dem Beischlafe die Wirkung zukommen kann, dass erst von da an die Verbindung unlöslich hergestellt, also die Ehe geschlossen ist. Und schliesslich kann doch auch in Betracht fallen, dass das kanonische Recht in der Folge schwerlich dem Beilager die maassgebende Bedeutung würde beigelegt haben, wenn es nicht in der gemeinen Anschauung eine Stütze hiefür gefunden hätte.

Demgemäss dürfte vielleicht überhaupt die copula carnalis als der Moment gelten, mit welchem nach den Volksrechten die Ehe als geschlossen erscheint. Der Unterschied zwischen dem durch Entführung bewirkten und dem durch Verlobung und Trauung begründeten conjugium bestünde dann nicht darin, dass der Eheschliessungsakt dort und hier ein anderer ist, sondern dass in letzterem Falle die Ehe noch weitere Wirkungen erzeugt, welche bei der Entführungsehe nicht eintreten. Nur bei einer in Folge von Verlobung und Trauung vollzogenen Ehe werden die Kinder dem Stamm und der Sippe des Vaters angehörig, legitimi, nicht naturales, nur bei ihr erhält die Frau durch die dos ein Ehegüterrecht, das ihr namentlich für den Fall ihres Witwenstandes eine gesicherte ökonomische Lage verschafft, nur bei ihr bleibt sie ihren Verwandten gegenüber erbberechtigt (Liutpr. 5. 119; lex Angl. et Wer. 47).

Das Eherecht der Volksrechte befindet sich in einem Zustande der Gährung, wie wir ihn stärker kaum auf einem anderen Gebiete des Privatrechtes erblicken. Noch ist es nicht gelungen, eine allein giltige Form für Eingehung der Ehe durchzusetzen, wodurch die rein auf der Thatsächlichkeit des Zusammenlebens beruhende Verbindung vom Begriff der Ehe ausgeschlossen wäre. Erfolgreicher als das weltliche Gesetz hat wohl die Kirche gewirkt, welche als legitime Ehe nur die auf Verlobung, Dotierung und Trauung, und zwar möglichst öffentliche Trauung begründete Verbindung erklärte und mit allem Nachdruck die Pflicht dazu einschärfte[25]. In dem gemeinen Rechts-

---

[25] Bened. Lev. III 463. v. Scherer, Ueber das Eherecht bei Benedict Levita und Pseudo-Isidor, Grazer Festschrift (Graz 1879), bes. S 11 ff.

gefühl verlor die ohne diese Momente geschlossene Geschlechtsgemeinschaft den Ehecharakter, nachdem einmal die Anschauung durchgedrungen war, dass eheliche Kinder nothwendig dem Stamme des Vaters angehören müssen, das Entspringen von liberi naturales aus einem conjugium, wie es die Volksrechte noch als möglich gekannt hatten, ein innerer Widerspruch sei. Es war der definitive Sieg des agnatischen Familienprincips über die letzten in den Volksrechten noch geduldeten Reste des Mutterrechtes. Für die Periode des deutschen Mittelalters haben wir nur noch mit dem conjugium legitimum, der auf Verlobung und Trauung gegründeten Ehe zu rechnen.

§ 132. B. Das Eheschliessungsrecht des Mittelalters.

Weit mehr in der Form der Verlobung und der Trauung als in dem rechtlichen Werthe und der Rechtswirkung dieser Handlungen zeigt sich eine neubildende Thätigkeit. Seitdem von dem alten Kaufpreise, den die Verwandten der Frau ganz für sich bezogen hatten, nur noch der Schilling und Pfennig für diese übrig geblieben war, das Andre, die Hauptsache, der Frau selbst als dos zugewendet wurde, war es eigentlich das Natürlichere, dass die Braut selber als Partei auftrat, dass sie die Verlobung und die Trauung selbst vollzog[1]. Ob und wieweit auch sittliche Momente dazu halfen, der Selbstbestimmung der Braut nach dieser Richtung Geltung zu verschaffen, ist hier nicht zu untersuchen. Genug, das Verhältnis ist jetzt das umgekehrte wie zur Zeit der Volksrechte: nach diesen letzteren verlobt und traut der Muntwalt die Braut, mit deren Einwilligung[2], dem Freier, nach den Rechten des Mittelalters verlobt die Braut sich selber, mit Einwilligung ihres Muntherrn und ihrer Verwandten, sie empfängt den Ring (an Stelle des fränkischen solidus et denarius) und die Wetten, die feierlichen Gelöbnisse. Und so traut sie sich dann auch selbst dem Manne an, und zwar durch einen von ihr gewählten Trauungsvormund, als welcher mehr und mehr der Pfarrer verwendet wird[3].

Fragen wir nach dem eheschliessenden Akte, so weisen uns in

---

[1] Die „Auflösung der Geschlechtsvormundschaft", aus der sich die Handlungs- und Verfügungsfähigkeit der Frau und ihr Recht eigener Vertretung ergeben hätte, reicht zur Erklärung der Neuerung nicht so völlig aus, wie Sohm, Recht der Eheschliessung S 52 annimmt, weil das in einem Hauptfalle, bei der Verlobung von Töchtern in väterlicher Gewalt, nicht zutrifft.

[2] Nach Ed. Roth. 195 haben blos Vater und Bruder das Recht, die Tochter oder Schwester gegen ihren Willen zu verloben.

[3] Näheres bei Sohm, Das Recht der Eheschliessung S 53 ff. 67 ff.

dieser Periode bestimmter als in der früheren die Quellen auf die copula carnalis hin, indem sie wenigstens ausdrücklich die Standesgemeinschaft (die Genosssame) der Ehegatten mit ihr eintreten lassen[4]. Die Standesgemeinschaft aber ist gerade dasjenige Element, welches das innerste Wesen der Ehe, die Lebensgemeinschaft, im socialen Leben und äusseren Verkehre zum Ausdrucke und zur Erscheinung bringt. Indem diese intimste Wirkung der Ehe an das Beilager geknüpft ist, erscheint dieses letztere überhaupt als der Beginn des ehelichen Lebens hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse der Zusammengehörigkeit und Untrennbarkeit, auch dann, wenn etwa wegen Unebenbürtigkeit der Frau[5] keine Standesgemeinschaft entstehen kann.

Das hinderte nicht, dass die Mundialrechte, die Ehevogtei des Mannes, schon mit der Trauung eintraten. Denn die Trauung war ja eben die Uebergabe in die Herrschaft des Mannes, und diese Herrschaft war von der copula carnalis unabhängig, war schon damit gegeben, dass die Frau in das Haus des Mannes eintrat und sich seiner Hausgewalt untergab. Das spricht der Ssp III 45 § 3 des deutlichsten aus: Die man is vormünde sines wives to hant als sie ime getrüwet wert. Man nimmt an, und wohl mit Recht, dass in Ostfalen auch das eheliche Güterrecht damit seinen Anfang genommen habe, weil der Mann kraft seiner Vormundschaft berechtigt war, das Vermögen der Frau in seine Gewere zu nehmen. Dass mit der Trauung die Munt (Ehevogtei) des Mannes begründet wurde, darf wohl als allgemein geltender Rechtssatz des deutschen Rechts angesehen werden: dagegen in den Rechten mit Gütergemeinschaft ergab sich für den Beginn des ehelichen Güterrechts (eben der Gütergemeinschaft) nicht die Consequenz, dass auch er sich an die Trauung anschloss. Denn die Gütergemeinschaft war nicht eine Anwendung des Mundial-, sondern des Gemeinderschaftsprincips, die Ehevogtei erzeugte wohl das Recht des Mannes zu Verwaltung und Nutzung des Frauenguts, worin das ostfälische Ehegüterrecht wesentlich aufging, nicht aber die Vereinigung der Güter zu einem Gesammtgut. Diese Wirkung schloss sich natürlicher an den Moment, mit welchem auch die persönliche Einheit der Ehegatten eintrat, daher die meisten Gütergemeinschafts-

---

[4] Ssp III 45 § 3: dat wif is des mannes genotinne tohant alse sie in sin bedde trit. Schwsp (L.) 67: ist si vri, si muz doch sin genozinne sin, als si an sin bette gat.

[5] Bei Unebenbürtigkeit des Mannes wird die Frau seine Genossin, Ssp I 45 § 1, s. oben Bd. I S 158 f.

rechte den Beginn des ehelichen Güterrechts an das Beilager (oder selbst noch später, an die Geburt eines Kindes) knüpften[6].

Das weltliche Eheschliessungsrecht des Mittelalters dürfte demgemäss in folgenden Grundsätzen festgestellt werden: eine als gesetzliche Ehe anerkannte (somit namentlich auch den ehelichen Stand der Kinder bewirkende) Verbindung kann nur durch Verlobung und Trauung unter Consens des Muntinhabers der Braut zu Stande kommen. Was dieser Verbindung den unlöslichen Charakter giebt, sie also erst zur Ehe im wahren Sinne des Wortes macht, ist die thatsächlich vollzogene Geschlechtsgemeinschaft, die copula carnalis[7]. Was schon früher eintritt, wie die Munt des Ehemannes, berührt das eigentliche Wesen der Ehe als einer untrennbaren Lebensgemeinschaft nicht und erzeugt sie auch noch nicht.

Hiebei entgeht mir ein Bedenken nicht, welches dieser Ansicht könnte entgegengehalten werden: in seltsamem Contrast mit den Berichten der römischen Schriftsteller[8] über das späte Heiraten der Germanen reden die Quellen des Mittelalters oft und viel von Ehen, die zwischen so jugendlichen Personen abgeschlossen sind, dass an Zeugungsfähigkeit und copula carnalis kaum zu denken ist. Ich will dafür nicht einmal solche skandalose Vorgänge anführen, wie sie das Ed. Liutpr. 129 erwähnt und verpönt, aber daran erinnern, dass der 2. Titel des vierten Buches der Decretalen, der von der desponsatio impuberum handelt, neben der Verlobung doch auch von Eheschluss noch Unerwachsener spricht, in c. 1 z. B. von matrimonio tradere filium nondum adultum, in c. 6 von einer puella infra nubiles annos viro in uxorem tradita; ferner dass Ssp I 42 § 2 ein Kind, wenn es zu seinen Jahren kommt, also zwölf Jahre alt wird, Vormund seines Weibes werden lässt, wozu eine Illustration bietet, dass i. J. 1287 Mia uxor Ruodolfi dicti de Hünoberg, auctorante advocato suo domino Ruodolfo Molendinario milite, quem marito suo consentiente legitime elegit, cum ipse maritus deficiente etate legitima nequiret ejus existere advocatus, eine Liegenschaft veräussert[9]. Vollends auffällig ist, dass

[6] Viele Belege bei Phillips, Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S 112 ff.; Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 163 Nr 38—41. Spätere Abschwächungen: an des Mannes Bett treten, sich vor dem Bette entgürten, das Schlafgemach betreten u. s. f., worüber Stobbe, Handbuch IV 38 ff. eine reichhaltige Sammlung von Belegstellen enthält.

[7] Vgl. Guden, C. d. I Nr 334: a die qua Robinus Lyse carnaliter se conjunxerit et matrimonium inter ipsos contractum fuerit consummatum.

[8] Caesar, Bell. Gall. VI 21; Tacitus Germ. 20; Pomponius Mela III 3.

[9] v. Wyss, Geschichte der Abtei Zürich, Urk. Nr 300. Vgl. überhaupt Kraut, Vormundschaft I 126 f.

die h. Elisabeth in ihrem vierten Altersjahre dem zwölfjährigen Landgrafen Ludwig von Thüringen angetraut wurde. Darnach steht es ausser Zweifel, dass in dieser Hinsicht Dinge vorkamen, die unsre Zeit als höchst widernatürlich verwirft. Aber sie galten doch wohl auch damals als etwas Ausnahmsweises: aus solchen Vorkommnissen wie dem der h. Elisabeth, wo politische Rücksichten mitgespielt haben können, möchte ich keinen zu allgemeinen Schluss ziehen; bedeutender ist das Zeugnis des Ssp und die Zürcher Urkunde von 1287, obschon doch auch hier immer die Möglichkeit von Frühreife vorhanden ist; aber nicht nur das kanonische Recht in c. 2 X de desp. imp. 4, 2 hält als Regel aufrecht, dass vor der Geschlechtsreife Niemand heiraten solle, und nur urgentissima necessitate interveniente eine solche Verbindung zu dulden sei, sondern auch weltliche Quellen stellen diese Voraussetzung des Eheschlusses auf: schon das Ed. Liutpr. 112, trotzdem dass es im c. 12 dem Vater und dem Bruder Verlobung der Tochter und der Schwester in beliebigem Alter gestattet, verbietet doch eine Tochter vor vollendetem zwölften Altersjahre zu vermählen, und spätere Quellen halten diese Altersgrenze ebenfalls aufrecht[10]. So ist das Alter der Mündigkeit doch jeweilen als frühester Termin betrachtet worden, der die Präsumtion der Geschlechtsreife für sich hatte und von dem man nicht ohne Noth abging. Wurde in einzelnen Fällen davon abgewichen, so konnte doch immerhin einer solchen nur durch Verlobung und Trauung zu Stande gekommenen Verbindung, solange die copula carnalis fehlte, die Bedeutung einer Ehe in vollem Sinne nicht beigelegt werden[11]. Die privatrechtlichen Wirkungen der Ehe blieben aus, in den Gütergemeinschaftsrechten konnte das eheliche Güterrecht nicht in Kraft treten, der Mann wurde nicht einmal Ehevogt der Frau, wie die Zürcher Urkunde zeigt, und das Verhältnis war überhaupt noch nicht zu einer unauflöslichen Lebensgemeinschaft gediehen. Das geht aus dem kanonischen Rechte mit grösster Bestimmtheit hervor.

Es findet nämlich die hier ausgesprochene Ansicht ihre wesentliche Unterstützung eben in dem kanonischen Rechte des Mittelalters.

[10] Hallische Schöffenbücher S 11 Nr 45: kumt dat kint tu sinen jaren, dat it wif nimt.

[11] Erzählungen wie die von Grimm, RA S 436 mitgetheilte, wo ein noch nicht mannbares Mädchen war verheiratet und beschlafen worden und bald darauf starb, und dem Manne dann ihr Gut zugesprochen wurde, „die wile iz gekirchgengit was, so was ein rechte ee da", gehören schon einer Zeit an, wo man vielfach dem Kirchgange zur Trauung die eheschliessende Bedeutung beilegte. Vgl. Friedberg, Das Recht der Eheschliessung S 91 f.

Die Kirche hat das weltliche Recht der Eheschliessung grundsätzlich anerkannt und in ihr System aufgenommen, sagt Sohm[12]. Aber gerade die Kirche behandelt das Beilager als ein Hauptmoment in der Eheschliessung, und zwar als dasjenige, mit welchem die Unlöslichkeit des Verhältnisses beginnt. Wenn dennoch schon der Verlobung (desponsatio) die Bedeutung des conjugium initiatum beigelegt wurde, so war das im Widerspruch mit dem Begriff der Ehe und an sich ohne grosse praktische Folgen. Die Veranlassung dazu scheint darin gelegen zu haben: aus dem römischen Eheschliessungsrecht hatte die Kirche den Satz festgehalten: consensus, non concubitus, facit nuptias. Diesen Consens fand sie aber in der Verlobung wegen deren bindender Kraft, welche sie von den römischen Sponsalien unterschied. Immerhin konnte nicht übersehen werden, dass die Lebensgemeinschaft, welche das Wesen der Ehe ausmacht, mit der Verlobung noch nicht hergestellt werde, dass auch die Gebundenheit der Verlobten in wichtigen Beziehungen noch mangle, unter allen Umständen bedeutend schwächer sei als das Eheband, und dass daher erst mit dem concubitus das wirkliche eheliche Leben beginne. So, aus einer Vermengung römischer und deutscher Rechtsanschauungen, entstand die Doctrin Gratians, dass das conjugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur, welche ein scholastisches Theorem blieb, solang man doch erst mit dem Beilager die sacramentale Natur und die Unlöslichkeit der Ehe eintreten liess. Schwierigkeit und geradezu Verwirrung entstand erst mit der Aufnahme des Gegensatzes der sponsalia de futuro und de praesenti. Die ursprüngliche Idee dieser in Frankreich aufkommenden Unterscheidung war insofern berechtigt, als sie die zwei Grade von conjugium initiatum und consummatum und damit von löslicher und unlöslicher Ehe nicht anerkannte, nur unlösliche Ehen haben wollte, aber sie wurde vom Uebel dadurch, dass der Unterschied von Eheversprechen für die Gegenwart und die Zukunft im praktischen Leben nicht brauchbar war und so, wie Luther vollkommen richtig urtheilte, ein lauter Narrenspiel mit diesen Worten getrieben wurde. Das Nähere fällt schon ausserhalb des Gebiets unsrer Aufgabe.

Von verbotenen Verwandtschaftsgraden sagt Grimm, Rechtsalterthümer S 435: „Eheverbot wegen zu naher Verwandtschaft zwischen Eltern, Kindern und Geschwistern versteht sich von selbst.“ Roth. 185 bezeichnet als illicitae et incestae nuptiae, quae separentur, die Ehen zwischen Stiefsohn und Stiefmutter, zwischen Stiefvater und

[12] Recht der Eheschliessung S 107.

Stieftochter, zwischen Schwager und Schwägerin. Die lex Alam. Hloth. 39 dehnt das Eheverbot auf Geschwisterkinder aus. Später ist das kanonische Recht mit seinen Uebertreibungen zur Geltung gelangt und wird auch in Ssp I 3 § 3 anerkannt[13].

§ 133. II. Ehescheidung.

Das älteste Recht kennt eine absolute Freiheit der Ehescheidung durch gegenseitiges Uebereinkommen. Die fränkischen Scheidebriefe der Formelsammlungen lassen darüber keinen Zweifel[1], ebenso lex Alam. pactus III 2: si voluntaria se partire volunt. Dieser Grundsatz ist dem Kirchenrechte und seinem Princip, dass nur der Tod eines Ehegatten die Ehe lösen könne, unterlegen. Es kam allerdings im Mittelalter oft vor, dass Eheleute sich freiwillig unter dem Gelübde der Keuschheit trennten, um sich in ein Kloster zurückzuziehen[2]. Aber das war keine Ehescheidung in rechtlichem Sinne; trotzdem sich in der angeführten Urkunde von Chartres die Frau als viduata bezeichnet, fehlt doch die Möglichkeit der Wiederverheiratung, welche eben gerade in jenen fränkischen Scheidebriefen ausdrücklich vorbehalten wird: Ubicunque jocalis meus muliere volueret, licenciam habiat potestatem faciendi; similiter et illa convenit, ut ubicumque ipsa femena sibi marito accipere voluerit, licenciam habiat potestatem faciendi.

Ehescheidung auf Grund einseitiger Kündigung eines Ehegatten war im alten Rechte schon sehr eingeschränkt und an strenge Voraussetzungen gebunden. Uebereinstimmend bei allen Stämmen galt als Grund, der den Ehemann zur Verstossung der Frau berechtigte, Ehe-

---

[13] Auf kanonischem Recht beruht auch MR. UB. I Nr 307, wo Erzbischof Poppo von Trier seinem Vogte Thiefried die Ehe mit einer Verwandten gestattet, von denen es heisst: cognati erant, sed quinto generationis actu et sexto vicissim alterati.

[1] Rozière Nr 110—114.

[2] Zunächst bezeugt durch Ssp I 25 § 4: Hevet he sik begeven (d. h. in ein Kloster) ane sines echten wives willen, unde irvorderet se ine to senet rechte u. s. f. Also es ist vorausgesetzt, dass ein Klostergelübde mit Consens der Ehefrau kann abgelegt werden. Mon. Bo. IX 473: Richerus de Frisinga licentia accepta ab uxore sua monachum se fecit. Mone, Z V 223 tritt eine Ehefrau bei Lebzeiten des Mannes in ein Kloster. Cart. de l'abbaye de S. Père de Chartres I 221 c. 99: Ego Hildegardis quondam uxor militis Gausfridi, qui spernens omnia hujus seculi caduca Deo militaturus in coenobio b. Petri Carnotensis militarem balteum deposuit et secundum Domini preceptum uxorem et filios, agros, domos et omnia que habuit in mundo relinquens obedientie gressibus Christum sequens ad etheris aulam anhelat tendere, sic itaque ab eo viduata etc.

bruch der letztern, welchem etwa noch andere, die eheliche Treue verletzende Handlungen gleichgestellt werden[3]. Grimm, Rechtsalt. S 443 giebt als Entlassungsgrund noch Unfruchtbarkeit der Frau an, ohne Belege dafür beizubringen. Aus den Volksrechten ergiebt es sich nicht.

Als Grund, der die Frau zum Begehren der Ehescheidung berechtigte, wird wenig erwähnt, so bei den Langobarden (Roth. 195 bis 197, Grim. 6) gewisse Fälle schwerer Misshandlung[4].

Wir verfolgen diese Fragen nicht weiter, weil das kanonische Recht hiefür einzig maassgebend geworden ist. Wo im Ssp III 74 und sonst von Scheidung die Rede ist, handelt es sich um Nichtigerklärung der Ehe wegen eines impedimentum dirimens[5].

Zweites Kapitel.

Eheliches Güterrecht.

I. Die historischen Grundlagen[1].

§ 134. A. Die Ausgangspunkte der germanischen Zeit.

Eine Geschichte des ehelichen Güterrechtes zu schreiben liegt nicht in der Aufgabe dieses Buches. Aber es kann das System desselben, wie es sich aus den mittelalterlichen Rechtsquellen ergeben muss, nicht entwickelt werden, ohne dass wir die Grundlagen dafür im alten Rechte aufsuchen und für die particuläre Auflösung einen einheitlichen Ausgangspunkt feststellen. Wir müssen uns einlässlich mit den Volksrechten beschäftigen und selbst der Urzeit einen Blick gönnen: nicht jener vorhistorischen Sagenzeit, da die Frau, vom Manne als ein Vermögensstück geraubt, ihm auch bei seinem Tode in den Todtenhügel folgte[2]: denn solche Verhältnisse bedürfen keines ehe-

---

[3] Näheres und Quellenangaben bei Sohm, Trauung und Verlobung S 6.

[4] S. auch Sohm a. a. O.

[5] Vgl. v. Martitz, Das eheliche Güterrecht des Ssp S 126 f.

[1] Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland Bd. I u. II in drei Abtheilungen. Das Buch wird in diesem Kapitel immer schlechtweg Schröder citiert.

[2] Weinhold, Deutsche Frauen S 280 f.

lichen Güterrechtes. Ich spreche von den Zeiten der ersten Jahrhunderte unsrer Zeitrechnung: die Gesittung hat sich gehoben, in dem Brautkauf drückt sich schon der Fortschritt aus, welcher die Frau zu der Stellung einer Herrin des Hauses erhebt und ihr auch im Vermögensrechte demgemäss Antheil giebt. Andrerseits harrt das Volk noch fester Wohnsitze, und auch bei dauernder Ansiedelung ist Sondereigen noch nicht gewonnen: was der Einzelne sein Gut, sein Allod nennt, ist Fahrnis; das bedingt von vorneherein eine grosse Einfachheit der Vermögensverhältnisse.

Nicht viel mehr als andeutungsweise spricht Tacitus Germ. 18 von dem ehelichen Güterrechte der Germanen, und doch ist seine Mittheilung von unschätzbarem Werthe[3], weil sie die drei Punkte, auf denen die bestimmte Signatur des Eherechts beruht, mit voller Klarheit beleuchtet:

1. ipsa (uxor) viro armorum aliquid affert;

2. dotem uxori maritus offert, intersunt parentes et propinqui ac munera probant, boves et frenatum equum et scutum cum framea gladioque. In haec munera uxor accipitur, hoc maximum vinculum . . . mulier admonetur venire se laborum periculorumque sociam, hoc juncti boves, hoc paratus equus, hoc data arma denuntiant;

3. accipere se (uxorem) quae liberis inviolata ac digna reddat.

Das erste ist die Aussteuer, welche die Frau dem Manne einbringt. Indem wir uns das Bild aus den Volksrechten ergänzen, denken wir uns die junge Frau mit einer Aussteuer, verschieden gross nach Stand und Reichthum des Vaters, in die Ehe tretend, sie mag schon damals Gerade, Ausradung geheissen haben[4], und dieser Name zeigt, dass sie die Abfindung aus allem elterlichen Vermögen enthielt: um so selbstverständlicher, als die Tochter durch die Heirat in ein neues Haus hinübertrat und ihre Zugehörigkeit zu dem Vaterhause auflöste.

Eben darum aber, weil die Tochter durch ihre Verheiratung ihre Beziehungen zu Eltern und Geschwistern in vermögensrechtlicher Hinsicht, ihren Anspruch auf Mitgenuss und Unterhalt aus dem elterlichen

---

[3] Obschon sie „jetzt allgemein als ein Missverständnis angesehen" wird: Stobbe, Handbuch IV 13 Anm 23.

[4] Cap. I ad leg. Sal. c. 7: quae de casa patris mei exhibui (lectum, lectaria, scamnum, cathedrae). Lex Alam. 55, 2: quidquid de sede paternica secum attulit. Lex Angl. et Wer. 32, 38: ornamenta muliebria quod rhedo dicunt. Lex Burg. 14, 6: ornamenta; 86: mala hareda, Malgerade, Malschatz, d. h. bona placitata gemäss lex Alam. 55, 1. Bei den Galliern hiess die Aussteuer peculium laut Ulpian in l 9 § 3 D de jure dot. 23, 3.

Gute völlig aufgab, war es ihren Verwandten daran gelegen, dass sie im Hause ihres Mannes eine entsprechende Stellung finde; der Bräutigam musste ihnen die Gewähr geben, dass er die Frau filiae loco, und mehr als das, dass er sie als socia vitae auch vermögensrechtlich behandeln werde. Diesem Zwecke diente die Gegenleistung, welche der Mann mit den Verwandten der Braut vereinbarte, und welche Tacitus dos nennt. Durch diese dos, mag sie das ursprüngliche Sühngeld und der daraus hervorgegangene Kaufpreis gewesen sein oder schon neben diesem bestanden haben, wurde die Verbindung als vollkommene Ehe gekennzeichnet, in haec munera mulier accipitur; sie brachte zum Ausdruck, dass mit dem Kaufe nicht blos Erwerb einer Sklavin gemeint sei, die der Mann oder nach dessen Tode die Kinder aus dem Hause jagen dürften; in der Zusicherung einer anständigen dos lag die ökonomische Sicherung der Ehefrau als Glied des Hauses auch über des Mannes Tod hinaus, die Aufnahme der Ehefrau in das Hauswesen des Mannes und zwar in der anerkannten Stellung als rechtmässiger Haus- und Ehefrau, die nicht von der Gasse aufgelesen sei[5]. Die dos gehört zum Wesen einer rechten Ehe, welche auf Grund gehöriger Verlobung und Trauung abgeschlossen ist, weil ohne Dotierung keine Trauung stattfinden wird. Demgemäss, wenn des Tacitus Bericht von der Dotierung der Frau wirklich Glauben verdient, konnte die Meinung nicht die sein, dass die dort genannten Fahrnisgegenstände: bos, frenatus equus, scutum cum framea gladioque, in bestimmter Individualisierung gegeben wurden, die Ehefrau also nur gerade an den dannzumal gewidmeten Fahrnissen ein Recht erhalten sollte; denn diese Sachen waren nach jahre- und jahrzehntelanger Ehe nicht mehr vorhanden und der Zweck einer Fürsorge für die Witwe wäre damit nicht erreicht worden. Die Dotierung kann daher nur bedeuten entweder die Zusicherung einer anständigen Ausstattung der Frau für den Fall des Witwenstandes als Gegenleistung gegen die eingebrachte Aussteuer, wo dann zwischen dos und Aussteuer möglicherweise eine Ausgleichung bestand ähnlich wie bei den Galliern[6], oder

---

[5] Rozière Nr 240: Complacuit mihi ut filiam meam N. in conjugium darem N. viro clarissimo, et ille eam justis legibus utatur, nec eam obprimat servitute famularum, sed ut carnem suam nutriat et foveat. Noch spät spricht sich das aus im Saarbrücker Landr. VIII 1, 1: der Mann müsse die Frau dotieren, damit sie nach seinem Tode von seinen Erben nicht für eine Dienstmagd oder für eine leichte Frau, die zur Unehr bei ihm gesessen, gehalten und verstossen werde (bei v. Kamptz, Die Prov.- und statutar. Rechte in der preuss. Monarchie III 396).

[6] Cäsar, B. G. VI 19: Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis aestimatione facta cum dotibus communicant.

wie später bei Franken und Westgothen, wo die dos als tantodono, tandano bezeichnet ist, gemäss lex Wisig. III 1, 5: tantum puella vel mulier de suis rebus sponso dare elegerit, quantum sibi ipsa dari poposcerit; oder aber, was nach der ganzen Haltung des taciteischen Berichts vieles für sich hat, geradezu Aufnahme der Frau als socia vitae in den Mitgenuss des ehemännlichen Vermögens nicht blos für die Dauer der Ehe, sondern bis zu dem Tode der verwitweten Frau.

Eine solche Aufnahme der Frau in den Mitgenuss des Mannesvermögens bis zu ihrem Tode wäre um so natürlicher und unbedenklicher anzunehmen, als in jener ersten Zeit des germanischen Rechtslebens zwei Factoren zu Gebote standen, welche eines sorgsamen Abwägens und Berechnens der verschiedenen Interessen der Betheiligten völlig enthoben: Fruchtbarkeit der Ehen und Bewahrung des Witwenstandes, Tacitus Germ. 19 u. 20. Die inexhausta juventus des germanischen Volkes hatte in reichem Kindersegen von vorneherein den Mittelpunkt gefunden, in welchem sich alles, was den Ehegatten gehörte, wieder vereinigte, und diese Anwartschaft der Kinder war durch keine zweite Ehe der Witwe und Mutter gefährdet. Beides liess ein ungetrenntes, bis zu der Witwe Tod unverändertes Zusammenwohnen der Mutter mit den Kindern in dem von dem Ehemann begründeten Hauswesen als von selbst gegeben erscheinen, und man brauchte nicht ängstlich abzuwägen, was der Witwe zugeschieden werden, was den Erben des Mannes bleiben solle. Ueber dieses Verhältnis giebt der dritte Satz bei Tacitus die erwünschte Auskunft: was der Frau als dos vereinbart wurde, war doch als verfangenes Gut der Kinder angesehen; in den Worten accipere se quae liberis inviolata ac digna reddat, ist schon mit aller Deutlichkeit das Princip des späteren Verfangenschaftsrechtes der Kinder ausgesprochen.

Soll dieses eheliche Güterrecht der ältesten Zeit in eine bestimmte juristische Form gefasst werden, so möchte man beinahe versucht sein, von gütergemeinschaftlicher Anlage zu reden, und die Sache so aufzufassen, als sei die Ehefrau in Gütergemeinschaft mit dem Manne unter Verfangenschaftsrecht der Kinder aufgenommen worden, wie ja auch Cäsar a. a. O. von communicatio spricht. Aber zutreffend wäre das doch nicht. Die Stellung der Frauenspersonen im Hause war noch nicht der Art, dass sie streng juristisch betrachtet als gleichberechtigt und gleichbetheiligt am Vermögen hätten gelten können. Eigenthümer des Hausvermögens war der Mann, der als Munt- und Hausherr die Herrschaft führte; während der Ehe gab es nur Mannesvermögen, welches auch die Aussteuer in sich aufnahm, und nach seinem Tode gehörte es ganz und voll den Kindern, und zwar den

die Hausherrschaft übernehmenden Söhnen; aber wie diese letzteren die Pflicht hatten (eine Pflicht, die das langobardische Edict sehr entschieden hervorhebt), ihre Schwestern bei sich zu erhalten und bei Heirat auszusteuern, so und in noch höherem Maass wurde durch die dos dafür gesorgt, dass die Witwe am Vermögen betheiligt bleibe und in ungetrenntem Haushalte mit den Kindern lebend mütterlichen Ansehens geniesse, nicht nur aus Mitleid im Haushalte geduldet und auf Gnadenbrot gesetzt sich und andern zur Last ein klägliches Dasein friste, sondern ökonomisch nutzungsberechtigt bleibe. Für den Fall dagegen, dass die Frau vor dem Manne starb, bedurfte es keiner weiteren Vorschrift. Dann blieb alles Vermögen nach wie vor dem Manne. Ob schon zu Tacitus' Zeit eine zweite Ehe desselben daran etwas änderte und Verfangenschaftsrecht der Kinder begründete, wie es später der Fall war, mag hier dahingestellt bleiben.

Bevor ich zu den Volksrechten übergehe, sei eine Bemerkung über das Verhältnis der taciteischen dos zu den später auftretenden Zuwendungen des Mannes an die Frau gestattet.

Dass der ganze Bericht des Tacitus auf einem Irrthum beruhe, die Frau keine dos erhalten habe, und das was er als Zuwendung an die Frau bezeichnet, in Wirklichkeit der den Verwandten der Braut zufallende und verbleibende Kaufpreis gewesen sei, ist m. E. nicht anzunehmen. Das Missverständnis wäre doch recht stark und müsste uns überhaupt die Zuverlässigkeit des Tacitus und seiner ganzen Germania verdächtig machen. Darf der Kaufpreis als das alte Sühngeld für Entführung aufgefasst werden, so konnte er schon zu Tacitus' Zeit eine Zuwendung an die Frau geworden sein (s. oben S 281). Lieber würde ich aber annehmen — und darauf weist auch das Nebeneinanderbestehen von pretium emtionis und dos in der lex Saxonum —, dass die Dotierung der Frau zu Tacitus' Zeit die Zahlung des Kaufpreises an die Verwandten nicht ausschloss und dann eben schlechtweg die Aufnahme der Frau in den lebenslänglichen Mitgenuss am Mannesvermögen, als Gegenleistung gegen die eingebrachte Aussteuer, bedeutete. Einer dritten Ansicht, welche in der taciteischen dos die spätere Morgengabe erblickt, steht die Schwierigkeit entgegen, dass die Morgengabe ein freies Geschenk der Liebe ist, jene dos aber zur Ehe nothwendig erfordert wird. In Rücksicht darauf möchte ich annehmen, dass die Morgengabe erst später in der Gestalt, in der wir sie aus den Volksrechten kennen, aufgekommen ist[7]. Wir werden

[7] Vgl. aber auch die Ansicht von Freisen, in dem oben § 131 Anm 10 angeführten Aufsatz S 382.

nämlich sehen, dass zur Zeit der Volksrechte die dos dasjenige ist, was der Frau unter allen Umständen, selbst bei allfälliger (nun möglicher) zweiter Ehe zum Genusse verbleibt, weiter aber keine Beziehung auf Beisitz im Gesammtgute aufweist. Sie ist nur noch Gegenwerth der Aussteuer, welcher der Frau auch bei Wiederverheiratung gebührt, mangels besonderer Vereinbarung gesetzlich auf den Betrag des alten Kaufpreises gestellt: aber sie drückt nicht mehr die Aufnahme der Frau zur socia des Mannes, die Anerkennung der Ehefrau als Hausherrin während der Ehe und im Witwenstande aus. Das erschien in späterer Zeit nicht mehr nöthig, eine Verwechslung des Eheschlusses mit dem Erwerbe einer Sklavin war jetzt nicht mehr möglich, würdige Behandlung der Ehefrau und Witwe brauchte nicht mehr besonderer Gegenstand des placitare zu werden. Die Pflicht, der Ehefrau die Stellung über Mägden und Sklavinnen im Hause einzuräumen, verstand sich jetzt rechtlich von selbst, wurde auch vom sittlichen Standpunkte aus zuversichtlich erwartet, aber doch fortan durch ein freies Geschenk vom Manne noch gern zum Ausdrucke gebracht. So kam es nun auf, dass der Ehemann der Ehefrau am Morgen nach der Hochzeit gleich durch ein Geschenk bekundete: nicht als meine Magd hast du mir deinen Leib geopfert, sondern als mir beigeordnet in der Führung des Hauswesens; dir als der Herrin des Hauses gebührt reicher Schmuck (der Nibelungenhort war Morgengabe der Kriemhilt), gebührt besondere Bedienung durch ein Knechtlein und ein Mägdlein (Ssp I 20), gebühren sonst Gegenstände, die dich als Herrin im Haushalt auszeichnen. Es ist klar, wie leicht sich daran die Auffassung anschloss, die Morgengabe sei pretium virginitatis, eine Auffassung, die doch ein recht alterthümliches Ansehen trägt. Gehe ich zu weit, wenn ich sage, es liege ein zu der Sinnesart jener Zeit wohl passender tief psychologischer Zug darin, dass die junge Frau nach der Brautnacht, in der sie sich dem Manne preisgegeben, mit einem Geschenke empfangen wird, das ihr die Gewähr giebt, dass sie nicht als erniedrigt geachtet ist? Dazu passt auch später, zur Zeit der Volksrechte, die Art und Weise, wie die Morgengabe gegeben wird: still, unter vier Augen[8], daher sie durch Einhandseid der Frau

[8] In alter Zeit waren die Eheleute weder bei Beschreiten des Ehebettes noch beim Aufstehen allein: s. Weinhold, Deutsche Frauen S 268 f.; aber damals hat es vielleicht eben noch keine Morgengabe gegeben. Später war es auch wieder bei Bestellung der Morgengabe vielfach anders, z. B. Stat. von Medebach von 1165 (Westf. UB. [Seibertz] I Nr 55) Art. 14: quicquid coram paranymphis et concivibus suis uxori sue dederit. Aber das ist nicht mehr die alte Morgengabe, denn sie ist gegenseitig und von Erbenlaub abhängig.

bewiesen wird[9]. Die Bedeutung der Morgengabe als eines pretium virginitatis möchte ich um so weniger ohne weiteres wegwerfen, wie Schröder es thut, als sie gerade in den alterthümlichsten Quellen besonders auffällig hervorgehoben wird[10].

Der von Tacitus überlieferte Rechtsbestand unterlag keiner Aenderung mit der Entstehung von Sondereigen, so lange die Frauenspersonen noch vollständig von aller Möglichkeit des Grundeigenthumserwerbes ausgeschlossen waren; im Gegentheil, er gewann eben dadurch erst eine solidere Basis und festere Consistenz. Waren zuerst in periodischem Wechsel der wilden Feldgraswirthschaft die Ackerstücke nach der Zahl der Haushaltungen verloost worden, und hatten, wenn während einer Loosperiode ein Hausvater durch Tod abging, dessen Söhne die Wirthschaft mit gleichen Rechten und Pflichten fortgesetzt, so gestaltete sich auch das mit Aufhören des periodischen Wechsels aus den Loosen hervorgehende Sondereigen zu einem Hausvermögen, über das nur die Männer die Herrschaft führen konnten, auf das also die Frauen des Hauses keinen gleichberechtigten Anspruch hatten, an dem sie aber doch einen sicheren Sitz gewannen. Wie die Töchter auf dem väterlichen Gute bleiben und, wenn sie sich nicht verheirateten, von ihren Brüdern nicht weggewiesen werden durften, so hatte auch die Ehefrau, die ja durch die Ehe in das Hauswesen des Mannes aufgenommen und Glied seines Hauses geworden war, Anspruch darauf, in dem Gute zu bleiben und im Beisitze mit den Kindern auch nach des Mannes Tode des Hofes zu geniessen. In der dos brauchte darauf nicht einmal besondere Rücksicht genommen zu werden — die gesetzliche dos der Volksrechte ist noch in alter Weise Mobiliardos —, der Beisitz auf dem Hofe war mit dem Beisitze in der Fahrnis von selbst gegeben. Das wird uns durch die, gerade diese Fragen mit höchst alterthümlichem Anklange erörternde lex Thuringorum bestätigt. Nachdem dieselbe zuerst die absolute Unfähigkeit des Frauenstammes zu Grundeigenthumserwerb durch Erbgang bekundet hat, überrascht sie durch die Bestimmung, dass die Mutter dem Sohne das Grundeigenthum und den Sklaven- und Viehstand, der Tochter die Gerade, d. h. den weiblichen Schmuck hinterlasse: c. 32, 38. Woher soll denn die Mutter zu Grundeigenthum

[9] Ed. Liutpr. 7 enthält eine Aenderung blos zu dem Zwecke der Verhütung von Meineid.

[10] Osenbrüggen, Rechtsalterthümer aus der Schweiz II 80 f., auch Studien zur deutschen und schweiz. RG S 69 ff. Siegel, Güterrecht der Ehegatten im Stiftslande Salzburg S 16 (Sitzungsber. der Wiener Akad. XCIX 88). Lohengrin, hg. von Rückert, V. 6834 (vgl. Schröder in Haupts Z NF I 21 u. 22).

kommen, da unmittelbar vorher gesagt ist, dass selbst mangels von Söhnen nicht die Tochter, sondern der nächste Schwertmag die terra erbe, also jegliche Aussicht auf Eigenthumserwerb für die Frauen abgeschnitten erscheint und sie bei dieser Sachlage auch schwerlich Grundeigenthum durch Kauf haben erwerben können? Jedenfalls muss man auch annehmen, dass so lange Frauen keinen Grund und Boden erben konnten, ihnen solcher auch nicht durch Dosbestellung zu Eigenthum hätte übertragen werden können. Diese terra, welche die Witwe den Söhnen mit Ausschluss der Töchter „dimittit", ist offenbar der Hof ihres verstorbenen Mannes, und der Sinn ist nicht, dass die Witwe als bisherige Eigenthümerin desselben von den Söhnen beerbt werde, sondern dass sie ihn durch ihren Tod den Söhnen frei lasse (dimittere)[11], gleichwie auch das zu dessen Bewirthschaftung nothwendige Inventar. In diesem letzteren befindet sich zugleich auch ihre dos und Morgengabe. So bleibt auch, was die Frau von Aussteuer mitgebracht hat, in diesem Gemeingute; nur ein Theil davon, die ornamenta muliebria (rhedo), fällt an die Töchter[12], freilich so, dass auch diese Gerade den Durchgang durch das Hausvermögen des Mannes vollzogen hat: denn ihr Bestand bestimmt sich nicht nach der Herkunft aus dem väterlichen Hause, sondern nach gewissen Kategorien von Gegenständen, die ebensogut von dem Manne herkommen können. Das steckt dann alles noch so deutlich als möglich in demjenigen Rechte, dem man jegliche innere Eigenthumseinheit zwischen den Eheleuten abzusprechen geneigt ist, dem des Sachsenspiegels. In Wahrheit aber hat der Sachsenspiegel wirkliche Eigenthumseinheit an der Fahrnis in dem uralten Sinne des Uebergangs der Aussteuer in das Vermögen des Mannes gegen Dotierung der Ehefrau. Die Gerade des Sachsenspiegels könnte am ehesten als die gesetzlich gewordene dos, das tantodono der Aussteuer aufgefasst werden.

Ein Leibzuchtsrecht der Witwe am ehemännlichen Hofe darf freilich in dieser Bestimmung des thüringischen Gesetzes nicht gefunden werden; es handelt sich um Beisitz, und schwerlich war der Mutter ein dingliches Recht am Gut mit allen seinen Consequenzen zuerkannt. Ich denke mir, dass wenn der Sohn, der mit der Mutter zusammen auf dem Hofe sass, denselben veräussern wollte, der Mutter kaum ein Einspruchsrecht zukam, der Sohn also an ihren Consens nicht

[11] So auch lex Burg. 86, 1: si pater filias dimittit.

[12] Dass die rhedo des thüringischen Volksrechts nicht die ganze Aussteuer repräsentiert, könnte aus der Analogie der lex Burg. geschlossen werden, wo auch neben der malahereda noch in tit. 14 § 4 anderes von der Frau Eingebrachte erwähnt wird, welches im Mannesvermögen bleibt.

gebunden war, so wenig wie Schwestern des Sohnes, des Eigenthümers, durch Einspruch eine Veräusserung hindern konnten. Dies darum nicht, weil einspruchsberechtigt doch nur war, wer das Gut selber erwerben konnte. Und dann: so wenig wie die Frau Eigenthümerin werden konnte, so wenig konnte sie Leibzucht erwerben. Der Gegensatz zwischen Eigenthum der Söhne und Leibzucht der Witwe konnte überhaupt erst ins Bewusstsein treten, als die Frauen fähig wurden, selbst Grundeigenthum zu erwerben; denn jetzt erst war entschieden, dass sie die vestitura rechtlich vertreten können, mag sie als Eigenthums- oder als Leibzuchtsgewere erscheinen.

Zunächst freilich schien die Rechtsbildung weniger auf Leibzuchtsrechte der Ehefrau, als auf Antheil derselben am Mannesvermögen auslaufen zu wollen. In der Lombardei und im Westgothenreiche sind geradezu Missverhältnisse daraus entstanden, dass die Zuwendungen des Mannes an die Frau auch die Liegenschaften des Ehemannes ergriffen und dessen Vermögen über Gebühr in Anspruch genommen haben. Die fragliche Erscheinung ist ein interessanter Beleg dafür, dass die Dotierung der Frau ursprünglich eine Betheiligung der letzteren an dem Gute des Mannes bedeutete. In der Lombardei war diese Betheiligung aber bereits über blossen Beisitz hinausgewachsen und mit der vorgeschrittenen Rechtsfähigkeit der Frauen zu einem Theilrechte geworden, das von dem Manne um so härter empfunden wurde, als die Ehefrau ihm kein entsprechendes Vermögen, nur eine Aussteuer beibrachte (Roth. 181, Liutpr. 3). So musste Liutpr. 7 im J. 717 vorschreiben, dass nicht mehr als höchstens ein Viertel des Vermögens vom Ehemanne der Frau dürfe gewidmet werden. Nicht ganz gleich, aber ähnlich stand es im Westgothenreiche; hier waren zwar die Töchter im Erbrechte nicht mehr hinter den Söhnen zurückgesetzt, die Frauen erbten gleich mit den Männern (lex Wisig. IV 2, 1), aber ihre Liegenschaften wollten sie nicht mit ihren Ehemännern theilen, sie nahmen hiefür das römische Recht gern in Anspruch, während sie von dem Manne Theilung seines Vermögens als Morgengabe verlangten. Das Gesetz Chindaswinds v. J. 645 (lex Wisig. III 1, 5) war dann insofern die richtige Lösung des Zwiespaltes, als es die Grundsätze des römischen Rechtes nach beiden Seiten, auch zu Gunsten des Mannes, zur Geltung brachte und bestimmte, dass die Ehefrau nur so viel fordern dürfe, als sie selber dem Manne zugebracht habe, und abgesehen davon der Ehemann nicht mehr als ein Zehntel seines Gutes zur dos verwenden dürfe.

Solche auffallende Uebelstände, wie sie in Italien und Spanien zu gesetzgeberischem Einschreiten veranlassten, traten in Deutschland

nicht zu Tage. Die alten Zustände dauerten hier länger fort und das eheliche Güterrecht blieb von tiefgreifenden Einflüssen noch längere Zeit unberührt. Während der Periode des Merovingerreiches herrscht der alte Gedanke vor, dass alles Gut dem Ehemanne gehört und den Kindern verfangen ist. Die Volksrechte, wie sie sämmtlich noch die Töchter hinter den Söhnen erbrechtlich zurücksetzen und ihnen eine Fahrnisaussteuer als Erbabfindung zuwenden, lassen sich durchaus daran genügen, der Ehefrau eine würdige Stellung im neuen Hauswesen zu sichern: anständigen Unterhalt und Beisitz im Witwenstande, ohne Eigenthumsrecht.

Das deutlichste Bild giebt uns von allen Volksrechten die lex Burgundionum, namentlich auch dadurch, dass sie Satzungen aus verschiedener Zeit in sich schliesst, welche den Zustand der Gährung in unserer Frage kennzeichnen[13]. Die communis facultas von Vater und Söhnen, von welcher tit. 1 § 1 spricht, umfasst sicherlich auch das Eingebrachte der Frau, das nach tit. 14 § 4 im Mannesvermögen bleibt, mit Ausnahme der malahereda, des weiblichen Schmuckes. Dafür erhält die Witwe, welche aus erster Ehe Kinder hat, bei Wiederverheiratung die donatio nuptialis (also das, was im fränkischen und im alamannischen Rechte dos heisst) zur Nutzung auch in zweiter Ehe unter Verfangenschaftsrecht der erstehelichen Kinder (tit. 24 § 1); mangels solcher Kinder fällt die donatio (dos) zur Hälfte an die Verwandten des Mannes zurück, zur Hälfte an die Erben der Frau. Eine spätere Satzung (tit. 42 § 1) verfügt, dass die kinderlose Witwe, so lange sie den Witwenschleier bewahrt, den dritten Theil des Gesammtgutes[14] zu Leibzuchtsrecht behalten und nach ihrem Tode den Verwandten des Mannes zurücklassen soll. Dasselbe schreibt tit. 62 § 1 für den Fall des Vorhandenseins eines Sohnes vor; bei Wiederverheiratung, fügt § 2 entsprechend dem tit. 24 § 1 bei, verliert die Witwe dieses Drittel und behält nur ihre dos unter Verfangenschaftsrecht des Sohnes; endlich tit. 74 § 2 gestattet der Witwe Abtheilung mit den Kindern zu bestimmten, je nach der Zahl der Kinder verschiedenen Quoten. Das sind nun alles Erscheinungen, welche sich nur aus vollständiger Gütereinheit, und zwar in Rücksicht auf die beschränkte Erbfähigkeit der Töchter aus Absorption des Frauenguts durch das Mannesvermögen erklären. Soll das eheliche Güterrecht daraus in bestimmte Rechtssätze formuliert werden, so würde sich

[13] Näheres hierüber bei Huber, Die historische Grundlage des ehelichen Güterrechtes der Berner Handfeste (Basler Universitätsprogramm 1884) S 15—38.

[14] Tertiam totius substantiae in der Ausg. von Binding, Fontes rer. Bern. I.

etwa Folgendes ergeben müssen, was überhaupt als der Typus sämmtlicher Ehegüterrechte der specifisch deutschen Stämme zur Zeit der ersten Aufzeichnung der Volksrechte gelten dürfte: Die Aussteuer der Frau, mit einziger Ausnahme der ornamenta muliebria, gelangt in das Vermögen des Mannes; als Gegenwerth (tantodono) setzt ihr der Ehemann die dos aus, welche ihr unter allen Umständen, auch bei Wiederverheiratung, zu Nutzung bleibt, immerhin unter Verfangenschaftsrecht der Kinder. Aber ausserdem hat die Witwe, wie sie schon während der Ehe in vollem Genuss des Mannesgutes neben ihrem Ehegatten gestanden, auch nach dessen Tod den Beisitz mit den Kindern, wenigstens so lange sie im Witwenstande bleibt, und (fügt lex Burg. tit. 74 § 2 bei) die Kinder können diesen Beisitz nur ausschliessen durch Ueberweisung einer Quote des Gesammtvermögens zu Leibzucht an die Witwe. Da ist nichts von Güterverbindung (sog. Verwaltungsgemeinschaft), sondern das Mannesvermögen nimmt alles auf und ist den Kindern dieser Ehe verfangen, und nur in einem einzigen Falle, bei Tod einer kinderlosen Witwe, fällt die Hälfte der dos an ihre Verwandten, berechtigterweise darum, weil es der Ersatz der Aussteuer ist.

Das entspricht einem Zustande, wo die Töchter, den Söhnen erbrechtlich nachgestellt, regelmässig nur Fahrnisaussteuer mitbringen und auch sonst nichts mehr aus dem elterlichen Vermögen zu erwarten haben. Aber im Laufe der Zeit verbessert sich die Stellung der Tochter im väterlichen Hause mehr und mehr, die Schwester wird neben den Bruder auf gleiche Stufe gehoben, namentlich bezüglich des Erbrechts; und das muss auf die Rechtsstellung der Ehefrau wesentlich einwirken. Ist die Tochter nicht mehr die unselbständige, auf den Unterhalt seitens des Bruders verwiesene Hausgenossin, so muss auch die Ehefrau selbständiger werden. Ein Hauptmoment hiefür liefert eben das Erbrecht der Frauenspersonen. Wenn die Schwester mit dem Bruder das Erbe theilt, so ist sie ökonomisch frei; und wenn die Ehefrau Liegenschaften erbt und statt der Fahrnisaussteuer grosses Gut in die Ehe bringt, so kann dieses ihr Vermögen auch nicht mehr so leichthin in das Eigenthum des Mannes fallen und die Ehefrau nicht mehr mit blosser Leibzucht abgefunden werden.

Dass mit der Erweiterung der ökonomischen Rechte der Frauenspersonen das alte, noch von den Volksrechten dargestellte eheliche Güterrecht, d. h. das Alleineigenthum des Ehemanns unverträglich sei, stellte sich sofort deutlich heraus, aber ein neues Recht arbeitete sich nur sehr allmählich, oft durch mancherlei Schwankungen und namentlich in mannigfaltigster particulärer Verschiedenheit aus dem

ursprünglichen Rechtszustande heraus. Indem wir heute in den zwei Systemen der äussern Güterverbindung (fälschlich Verwaltungsgemeinschaft genannt) und der Gütergemeinschaft die Endpunkte der rechtsgeschichtlichen Entwicklung in klarer Gegensätzlichkeit ausgebildet sehen, dürfen wir nicht vergessen, dass höchst verschiedenartige Motive und Factoren Jahrhunderte lang an der Herstellung des neuen Rechtsbestandes thätig gewesen sind. Die Sache machte sich nicht so mechanisch einfach, dass man gleich von vorneherein entweder die Ehefrau als ökonomisch gleichberechtigt mit dem Manne an dem beiderseits eingebrachten Vermögen betheiligt, also sofort ein beiden Ehegatten gemeinschaftliches und ihrer gemeinsamen Verfügung unterstelltes Ehevermögen gebildet hätte, das bei Auflösung der Ehe nach Quoten an die beiden Seiten aus einander gefallen wäre, — oder aber das Vermögen der Ehefrau rechtlich von dem des Mannes getrennt gehalten hätte, wenn es auch der ehemännlichen Verwaltung unterstellt wurde. Zumal was wir Gütergemeinschaft nennen, entwickelte sich sehr langsam auf dem Boden der Verfangenschaft des Gutes der Ehegatten zu Gunsten der Kinder in allmählicher Consolidation der Rechte der Eheleute gegenüber den Ansprüchen der Kinder; und je nachdem die Ehe beerbt (d. h. mit Kindern gesegnet) oder unbeerbt war, ergaben sich ganz verschiedene Resultate, wie das vielfach bis auf den heutigen Tag sich erhalten hat. Im allgemeinen versuche ich die Entwicklung vorläufig etwa so anzudeuten.

Das alte Recht beruht darauf, dass die Vermögen sich als Haus- oder Familienvermögen in strenger Abgeschlossenheit gegenüberstehen; indem die Tochter eines Hauses als Ehefrau in ein anderes Haus hinübertritt, verliert sie allen Antheil an dem Vermögen ihres elterlichen Hauses; was sie daraus mitnimmt, dient als Einkauf in den Mitgenuss des Hausvermögens des Ehemannes. Aber dieses letztere ist der Familie des Mannes vorbehalten. Wo nun diese Gebundenheit der Güter als Familienvermögen, die namentlich in dem starken Warte- und Einspruchsrechte der Erben zur Erscheinung kommt, sich lebenskräftig erhält oder unter politischen und anderen Einflüssen (s. § 137) sich fester ausbildet und consolidiert, wird auch trotz Anerkennung des Erbrechtes der Tochter die rechtliche Behandlung ihres Eingebrachten davon beeinflusst, so nämlich, dass sie ihr Erbe, zumal ihr liegenschaftliches, nicht definitiv dem Hausvermögen des Mannes zubringen kann: ein wesentliches Hindernis für Entwicklung gütergemeinschaftlicher Tendenzen. Denn die Liegenschaften, welche die Töchter geerbt haben, gelten dann doch immer noch als Stücke alten elterlichen Familiengutes, dem Interesse der elterlichen Familie insofern unter-

geordnet, als dieselbe nicht definitiv darauf verzichten will. Darum zeigt sich die Erscheinung, dass da, wo die Vermögen wesentlich in dem althergebrachten Grundeigenthum bestehen, das sich nicht erheblich vermehrt, sondern stabilen Charakter behält, das von der Frau in die Ehe gebrachte liegenschaftliche Gut rückfällig bleibt und nicht mit dem des Mannes zu einer Einheit vereinigt wird, selbst bei beerbter Ehe den Kindern nicht verfangen ist, sondern auch einer zweiten Ehe der Witwe und den Kindern aus derselben zu gute kommt. Und andrerseits gestaltet sich auch die vom Manne bestellte dos, soweit sie überhaupt noch fortbesteht, zu einer reinen Leibzucht der Witwe. So in Ostfalen, so in den innern Cantonen der Schweiz, wo auch als entsprechendes Correlat sich im Erbrechte der Seitenlinie der Vorzug der Vatermagen vor den Muttermagen erhalten hat. Das schliessliche Resultat ist dann unsere heutige Güterverbindung gewesen. Dagegen wird die gütergemeinschaftliche Bildung wesentlich befördert da, wo diese Gebundenheit der Familienvermögen und das Warte- und Einspruchsrecht der Erben zurücktritt; das geschieht vielfach unter dem Einflusse, den die Errungenschaft übt: wo die Vermögen durch eigene Thätigkeit und Arbeit des Einzelnen sich bilden, umgestalten, vergrössern, wird die Vermischung des Frauenvermögens mit dem Gut des Mannes wesentlich erleichtert, und besonders hilft zu gütergemeinschaftlicher Ausgestaltung das Einwohnergemisch in den Städten. Wir werden sehen, wie die aus den verschiedenen alten und neu eingewanderten Elementen der Stadtbevölkerung hervorgehenden Ehen der Ausgangspunkt für Bildung neuer Familien und neuer Vermögen werden, der Zusammenhang mit den alten verwandtschaftlichen und genossenschaftlichen Verbänden abgebrochen und das Haus neu gegründet wird auf die aus dieser Ehe entsprungenen Kinder, daher das Verfangenschaftsrecht der Kinder und mit ihm die gesammte Hand der Eheleute die maassgebenden Factoren werden, aus denen sich schliesslich mit Abstossung der Verfangenschaft die reine Gütergemeinschaft herausbildet. Das Nähere muss sich nun aus der Betrachtung des Schicksals der einzelnen Volksrechte ergeben. —

Diese Auffassung der historischen Entwicklung macht es möglich, die verschiedenen Güterrechtsformen des späteren Mittelalters als gleichberechtigte organische Erzeugnisse aus einem ursprünglich einheitlichen Rechtszustande herzuleiten. Der herrschenden Anschauung kann das nicht gelingen. Dieselbe beruht auf dem Dogma, dass die Volksrechte sämmtlich das System der Güterverbindung zur Erscheinung bringen, dass das älteste deutsche Güterrecht der Ehegatten auf dem Princip der äusserlichen Einigung der Güter unter der Verwaltung des Mannes

bei innerlicher, rechtlicher Trennung der Güter beruhe. Man nimmt für alle deutschen Stämme dasselbe Recht an, das uns der Sachsenspiegel für Ostfalen bezeugt, wie denn Schröder II 2 S 214 das fränkische Volksrecht als das System der reinen Verwaltungsgemeinschaft bezeichnet, und Sohm[15] das altdeutsche eheliche Güterrecht sämmtlicher Stämme in Gütertrennung mit blosser Verwaltungsgemeinschaft bestehen lässt. Mit welchem Rechte man sich alsdann noch gegen die alte, von Gerber besonders scharf formulierte Meinung wehrt, wonach der Sachsenspiegel das ursprünglich allen deutschen Stämmen gemeinsame Recht fortgepflanzt und weiter gebildet habe, und die Gütergemeinschaftsidee anorganische, auf Zufälligkeiten beruhende Seltsamkeit sei, ist nicht recht zu verstehen. In der That kostet es dann die grösste Kunst, um das im Mittelalter davon völlig abweichende Verfangenschafts- und spätere Gütergemeinschaftsrecht zu erklären und seine Herkunft nachzuweisen. Es ist doch fast nur ein Verzweiflungsversuch, es aus Eheverträgen herzuleiten, welche das alte gesetzliche Recht allmählich gebrochen hätten. Nachdem Sandhaas[16] das spätere gesetzliche Güterrecht der fränkischen Gebiete als „gewohnheitsrechtlichen Niederschlag von Eheverträgen" bezeichnet hatte, ist dieser Ausdruck von Schröder ich möchte sagen zu einer Beschwörungsformel gemacht worden, welche alle Schwierigkeiten auf eine ebenso einfache als leichte Weise zu bannen schien. Der Irrthum liegt darin, dass man diese Eheverträge als Abweichung von einem latenten gesetzlichen Rechte ansah und so dazu gelangen konnte, anzunehmen, dass dieses gesetzliche Recht durch sie sei abgeschafft worden. Ich bin ganz einverstanden, den Werth der Eheverträge für die Rechtsbildung in unserer Frage anzuerkennen; aber nicht im Widerspruch mit gesetzlichem Rechte, sondern als wichtiger Factor der Ausbildung der volksrechtlichen Grundlagen müssen sie betrachtet werden. Was wir urkundlich als Vereinbarungen der Ehegatten bei dem Eheschlusse finden, ist Ausdruck des damaligen positiven Rechtes, das sich uns als ein allerdings in starkem Flusse befindliches Gewohnheitsrecht darstellt. Die Eheverträge sind Zeugnisse der von Anfang bis zu Ende auf der volksrechtlichen Grundlage sich vollziehenden Rechtsbildung; wie z. B. gerade der Hauptfall, in welchem man die Eheverträge als den entgegen dem gesetzlichen Rechte neu schaffenden Factor angesehen hat, die Verfangenschaft, von Alters her gesetzliches Recht war, das die

[15] Das Recht der Eheschliessung S 92. 96. Allerdings anders in seiner Ausgabe der lex Rib. (Pertz, Leges V 233 Anm Z. 35).

[16] Das fränkische eheliche Güterrecht S 458.

Eheverträge nur bezeugen; daher auch die stehende Formel der Kölner Schreinsbucheinträge: si prolem habuerint, bona ejus sint[17], in einer Urkunde von 823[18] deutlich als gesetzliches Recht bezeichnet ist: si filios aut filias relinqueremus, juxta lege nobis heretes existat.

Wir überblicken nun kurz die hauptsächlichsten Entwicklungsmomente der einzelnen Stammesrechte, und zwar, um nicht unverhältnismässigen Raum zu beanspruchen, ausser dem salischen Rechte nur derjenigen, welche im eigentlichen Deutschland charakteristische und originäre Formen ausgebildet haben.

§ 135. B. Das salische Recht[1].

In den uns erhaltenen Zeugnissen über das altsalische Recht spielt die dos weitaus die Hauptrolle. Seltener findet sich die Morgengabe erwähnt, noch dazu in einer Weise, aus der zu entnehmen ist, dass sie neben der dos und der dieser letzteren zukommenden Ausbildung keinen rechten Platz mehr im Eherechte findet, daher sie sich bald ganz verliert, wie denn schon der Vertrag von Andlau in seiner berühmten Stelle de civitatibus quas Gaileswinda tam in dote quam in morganegyba certum est acquisisse beide Zuwendungen vermischt und blos noch in alter Reminiscenz äusserlich unterscheidet. Bei der dos ist aber ein Einfluss des römischen Rechts und seiner donatio ante nuptias unverkennbar. Was ist natürlicher, als dass die fränkische dos von der bei der romanischen Bevölkerung üblichen donatio ante nuptias annahm, was sich mit ihrem Sinn und Wesen vertrug? Und wer möchte leugnen, dass im französischen douaire ebensoviel von der donatio ante nuptias wie von der salfränkischen dos steckt? Demgemäss haben auch die Dotalbriefe einen verschiedenen Inhalt. In den Capitularien zur lex Salica ist die dos noch als Mobiliardos zu denken; sie ist das tantodono, die Gegenleistung der Aussteuer, und verbleibt der Frau unter Verfangenschaftsrecht der Kinder zur Nutzung auch in zweiter Ehe; während des Witwenstandes wird ausserdem Beisitz mit den Kindern anzunehmen sein. Später, in den libelli dotis der Formelsammlungen, also zu einer Zeit, da die Frauen auch schon liegenschaftserbberechtigt waren und Immobilien in die Ehe brachten, figurieren als dos Grundstücke und ganze grosse Güter, welche theils

---

[17] Es handelt sich übrigens hier nicht einmal um Eheverträge, wie Schröder annimmt, sondern um grundbuchliche Fertigungen auf Grund gesetzlichen Rechtes.

[18] Cod. dipl. Langob. Nr 102.

[1] Sandhaas, Fränkisches eheliches Güterrecht S 45—122.

zu Eigenthum, theils zu Leibzuchtsrecht übertragen werden. Die libelli dotis secundum legem Salicam[2] constituieren der Frau volles Eigenthum, aber, wie das Folgende ergeben wird, unter Verfangenschaftsrecht der Kinder[3], so dass inhaltlich kein wesentlicher Unterschied besteht von den donationes mehr römischen Ursprungs, welche blossen Niessbrauch bestellen, entweder unbedingt oder doch für den Fall des Vorhandenseins von Kindern[4], letzteres besonders auch in den Formeln von Angers 1 § 3, 54, auch Form. Turon. 14 (Rozière Nr 222. 226. 220). Diese drei Hauptformen: 1. Uebertragung zu freiem Eigenthum, 2. Bestellung zu Niessbrauch bei Vorhandensein von Kindern, Eigenthumsübertragung bei Kinderlosigkeit, 3. unbedingte Niessbrauchbestellung, finden sich im späteren französischen Rechte des douaire wieder, doch hat die mittlere Form die Oberhand gewonnen und ist das Recht der générale coutume geworden. Wie sehr sich aber da verschiedene Ideen gekreuzt haben und specielle Motive zur Neubildung wirksam gewesen sind, zeigt deutlich die Gesetzgebung, die sich an das Volksrecht unmittelbar angeschlossen hat.

Die bestimmte Veranlassung zu dieser Gesetzgebung scheint mir die erst neuerdings aufgekommene Zulassung zweiter Ehen von Witwen gegeben zu haben. Solange nach Tacitus' Worten (Germ. 19) tantum virgines nubunt et cum spe votoque uxoris semel transigitur, bedurfte es keiner Bestimmung über das Schicksal der dos, sie gehörte als Fahrnis zum Hausvermögen und konnte von der Witwe dem Hause nicht entfremdet werden, wie im vorigen Paragraphen dargestellt. Jetzt forderte die Möglichkeit der Wiederverheiratung von Witwen bestimmte Vorschriften.

Die lex Salica steht in der Umwandlung der Anschauung, welche über die Statthaftigkeit zweiter Ehen von Witwen herrscht. Der tit. 44 de reipus[5] kann doch nur aus dem Umstande eine befriedigende Erklärung finden, dass die Wiederverheiratung der Witwe als ein Schimpf betrachtet ist, der sowohl den eigenen Verwandten als denen des ersten Mannes angethan wird. Konnte und wollte man aber eine zweite Ehe der Witwe nicht mehr als etwas Unzulässiges verbieten,

---

[2] Rozière Nr 228—231 = form. Sal. Lind. Nr 7; form. Sal. Bign. Nr 6 (Zeumer S 230. 271).

[3] Aehnlich heisst es lex Wisig. III 1, 5: liberam habeat licentiam facere quod voluerit, aut si intestata decesserit, ad maritum aut ad propinquos mariti heredes donatio redeat. Darnach wird die libera licentia schwerlich freies Veräusserungsrecht einschliessen.

[4] Rozière Nr 219 ff. 234 ff.

[5] Und ebenso Cap. I ad leg. Sal. c. 7.

so war man doch sofort darauf bedacht, sie nicht das Vermögen erster Ehe ergreifen und zu Gunsten des neuen Hauses ganz oder theilweise absorbieren zu lassen, zumal bei beerbter erster Ehe; und darauf ist die merovingische Gesetzgebung speciell gerichtet. Mit voller Stärke wird nun sofort das Verfangenschaftsrecht der Kinder an der dos gewahrt. Hiefür bot auch das römische Recht Galliens einen Anhalt. Schon c. 2 C. Theod. III 8 = c. 3 C. de sec. nupt. 5, 9 bestimmte, dass die zu zweiter Ehe schreitende Witwe ihren Kindern alles von dem Ehemanne Empfangene überlassen solle, oder wenigstens einem von ihr auszuwählenden Kinde. Aber es ist kaum anzunehmen, dass das deutsche Recht in dieser Beziehung nur das römische recipiert habe. Das fränkische Recht fasst die Sache ersichtlich so viel principieller und von einem grossen Gesichtspunkte der Familien- und Hauseinheit aus auf, ohne die Willkür in Bevorzugung eines Kindes, dass von Anfang an alles einen durchaus nationalen Charakter hat. Gleich das erste Capitulare zur lex Salica, jener uralte, der ersten Aufzeichnung des pactus zeitlich sehr nahe stehende Erlass, sieht sich genöthigt, einlässliche Vorschriften über das Schicksal der dos für den Fall der Wiederverehelichung aufzustellen: allerdings zunächst für den Fall der Wiederverheiratung der Witwe; nur hier lag eine Neuerung vor, denn Männer hatten von jeher unangefochten zweite Ehen geschlossen. Aber das Gesetz knüpft doch unmittelbar hieran ähnliche Vorschriften für den Fall der Wiederverehelichung des Witwers: auch er soll bei Vorabsterben der Frau die dos nur als verfangenes Gut der Kinder in seine Nutzung ziehen können. Das weist auch wieder auf nationalen Ursprung zurück.

In c. 7 dieses Cap. ist nun ausdrücklich gesagt: die Kinder aus erster Ehe werden durch Wiederverheiratung ihrer Mutter in der Anwartschaft auf die dos, die ihr Vater gegeben hat, nicht beeinträchtigt; die Witwe kann darüber nicht verfügen, und die Kinder erster Ehe ziehen die dos nach ihrer Mutter Tode an sich sine ullum consorcium, das heisst doch unzweifelhaft: ohne mit ihren Halbgeschwistern zweiter Ehe theilen zu müssen[6]. Auch der Vater, fährt c. 8 fort, kann die dos erster Ehe nicht noch einmal einer zweiten Frau geben, sie bleibt den Kindern verfangen, und der Vater kann sie, so-

[6] Sandhaas S 68 wirft die Frage auf, wie das wohl gemeint sei, ob die Witwe sofort mit Auflösung der Ehe gegenüber ihren Kindern in der Verfügung über die dos gebunden gewesen sei oder erst von der Wiederverehelichung an? Er entscheidet sich für letzteres, doch wohl mit Unrecht. Denn dann hätte die Frau die Möglichkeit gehabt, die dos ihrem Liebhaber zu schenken und ihn einige Zeit nachher zu heiraten, und so die Kinder um die dos zu prellen.

lange die Kinder bei ihm wohnen, nutzen, aber in keiner Gestalt veräussern.

Anders bei Kinderlosigkeit. Ein Drittel der dos fällt alsdann durch Wiederverheiratung der Witwe ohne weiteres an die Verwandten des Mannes zurück, und die übrigen zwei Drittel kann sich die Witwe blos durch Ueberlassung eines Theiles ihrer Aussteuer an dieselben retten und in ihre zweite Ehe mitnehmen. Der wieder heiratende Witwer dagegen muss den Verwandten der Frau zwei Drittel der dos definitiv überlassen und darf dafür einen Theil der Aussteuer behalten. Das Capit. V zur lex Salica c. 4 hat diese Quoten geändert und Halbtheilung in beiden Fällen eingeführt.

So manches hiebei auch im einzelnen auffallend und räthselhaft bleibt, so ist doch in der Hauptsache der enge Zusammenhang dieses Capitulars mit dem alten Rechte deutlich erkennbar. Die dos ist nach wie vor die Gegenleistung gleichen Betrags (tantodono, tandono) gegen die Aussteuer, und zwar (mehr symbolisch?) in dem Sinne einer Betheiligung der Ehefrau am Hausvermögen des Mannes, welches andrerseits auch ihre Aussteuer ergreift, sodass bei Wiederverheiratung eines Theiles beides, dos und Aussteuer, zwischen der Familie des Verstorbenen und dem Ueberlebenden getheilt wird. Dieser Gemeinschaftsgedanke tritt besonders in dem Satze des c. 4 in Capit. V ad leg. Sal. (Behrend S 106) hervor: si vir uxorem suam superstitem mortuus fuerit, tunc illa mulier dimediam dotem accipiat. Also von dem ersten Augenblicke an, da sich für die Frau die Möglichkeit eröffnet, in den Besitz der ihr von dem Manne gewidmeten dos zu treten, wird sie ihr um die Hälfte geschmälert, die Frau muss somit schon während der Ehe einen bestimmten Vortheil von der dos gehabt haben, sonst hätte es keinen Sinn gehabt, dieselbe in einer Höhe zu bestellen, die doch nur imaginär war. In der That wird die dos a die praesente bestellt. Andrerseits ist nicht denkbar, dass die Ehefrau bei Lebzeiten des Mannes gesonderte Verwaltung und Nutzung der dos gehabt hätte. Es liegt daher in dieser Bestimmung nichts andres als der Ursprung der im späteren gemeinrechtlichen douaire vollendeten Entwicklung: die dos ist Aufnahme der Frau in das Miteigenthum am Mannesvermögen entsprechend ihrem eigenen Einbringen, wie in alter Zeit, daher auch immer noch zur Entstehung einer rechten Ehe nothwendig. So ist die Frau während der Ehe Mittheilhaberin des Gutes, wie es Form. Andec. 54 (Rozière Nr 226) heisst: haec omnia ambo pariter tenire et possedire debeamus, und für den Fall beerbter Ehe ist ihr der Mitgenuss des Ganzen gesichert, bei unbeerbter Ehe soll alles nach billigem Verhältnis getheilt werden, wenn nicht gegentheilige Verein-

barung vorliegt (wie z. B. Andec. 54 der Frau das Ganze zu freier Verfügung zugewiesen ist).

Zu diesen Gemeinschaftsansätzen passt es nun vollkommen, dass die Errungenschaft, collaboratio, acquaestus conjugalis, gemeinsames Gut beider Ehegatten ist. Die Errungenschaftsgemeinschaft ist schon seit früher Merovingerzeit, des deutlichsten schon unter Dagobert, bezeugt[7]. Und zwar erhält die Frau ein Drittel der Errungenschaft, des durante matrimonio acquisitum, zu freier Verfügung ohne Verfangenschaftsrecht der Kinder[8].

Wie uns die libelli dotis in den Formeln der fränkischen Periode die verschiedensten Modalitäten vorführen, von Zuweisung freien Eigenthums zu Constituierung blossen Niessbrauchs, so finden wir auch in den altfranzösischen Coutumes diese verschiedenen Erscheinungen repräsentiert. Das Cart. de l'abbaye de St. Père de Chartres S 88 berichtet, dass i. J. 987 die Gräfin Eldegard mit Consens ihres Sohnes alodum juris mei, quem senior meus secundum legem Salicam et secundum consuetudinem, qua viri proprias uxores dotant, mihi in proprium concessit, vergabt habe. Chartres gab[9] adlichen Witwen Eigenthum und blos nichtadlichen Niessbrauchsrecht. In Italien betrug die fränkische dos nach Cartul. Langob. 8 das Drittel der Liegenschaften und der Fahrnis des Mannes[10]. Ich möchte annehmen, dass diese tertia, da sie als Eigenthum der Frau an dem Drittel des ganzen Vermögens des Mannes erscheint, nur das Dotalrecht der in Italien lebenden Salfranken geworden sei, unter dem Einfluss der langobardischen quarta. Denn das salische Recht der Heimat entwickelte sich anders, nämlich nur zu einem Niessbrauch am Drittel oder (seltener) an der Hälfte der eingebrachten Liegenschaften des Mannes. Der blosse Niess-

---

[7] Schröder I 92.

[8] Das soll nach gemeiner Meinung durch das Diedenhofner Capitular von 821 (Boretius I 301) c. 9 theilweis geändert worden sein; darnach soll die Frau blos von der Errungenschaft aus beneficia das Drittel erhalten, dagegen von Allodialerwerb (nach verschiedenen Ansichten) die Hälfte oder einen Kindestheil. Schröder I 91 f.; Sandhaas S 121 f. Diese Schriftsteller erblicken den Gegensatz, den das Capitulare aufstellt, in dem Erwerbe aus beneficia und aus Allod. Aber der Gegensatz ist beneficium selber und Allod. Das Capitulare will sagen: das beneficium, das einer erhält, gilt nicht selber als Erwerb, jedoch gehört das daraus Gewonnene zum acquisitum. Hinsichtlich des erworbenen Allods aber bleibt es dabei, dass dieses ganz als Errungenschaft der Frau und den Kindern gehört. Zu welchen Theilen, will das Capitulare nicht entscheiden, und braucht es nicht zu entscheiden, weil es hiefür beim alten Rechte bleibt.

[9] Nach Warnkönig, Französische Staats- und Rechtsgeschichte II 260.

[10] Schröder I 90 Anm 2 und bes. 3.

brauch erscheint als die Consequenz des Capit. I zur lex Salica, für die Hälfte hat vielleicht das Capit. V c. 4 den äusserlichen Anstoss und die bei donationes ante nuptias aufgekommene Uebung das innerliche Motiv gegeben.

Weiter aber ist nun im späteren fränkischen und französischen Rechte der Gemeinschaftsgedanke nicht ausgebildet worden. Theils weil die dos selbst schon ein sehr ansehnlicher Theil des Vermögens war, theils, wie ich nicht bezweifeln möchte, unter dem Einflusse des römischen Rechtes wurde der nicht unter Dotalrecht gestellte Theil des Mannesvermögens dem freien Eigenthum des Mannes überlassen, ohne Leibzucht der Witwe, wie auch die eingebrachten Liegenschaften der Frau ihr verfangenschaftsfrei verblieben.

In allen Beziehungen knüpft sich sonst das eheliche Güterrecht Frankreichs an das der lex Salica und der zu ihr gehörigen Capitularien an: die Errungenschaftsgemeinschaft der Coutumes ist die unmittelbare Fortdauer der merovingischen, und das douaire des Mittelalters ist die den Kindern verfangene dos der Mutter, und zwar in einem Drittel oder der Hälfte der Liegenschaften des Mannes bestehend, woran die Witwe Niessbrauch hat.

Namentlich ist, was im Capit. I ad leg. Sal. schon bestimmt vorliegt, die Verfangenschaft der dos zu Gunsten der Kinder dieser Ehe, im französischen Rechte des douaire mit voller Grundsätzlichkeit ausgesprochen. Das douaire ist propre aux enfants, gleichviel ob die Frau oder der Mann der überlebende Theil ist. Die Kinder treten nicht blos bei Vorabsterben des Vaters erst nach dem Tode der Witwe, sondern auch bei Vorabsterben der Mutter erst nach dem Tode des Vaters in den Genuss des douaire ein, der überlebende Vater behält das douaire zu freier Nutzung. Sehr praktisch drückt das Beaumanoir XIII 2 aus, indem er sagt: die Frau erhält als douaire die Hälfte des von dem Manne in die Ehe gebrachten Immobiliargutes, ausser wenn er aus erster Ehe schon Kinder hat, denn dann erhält sie blos ein Viertel, und eine dritte Frau empfängt blos ein Achtel, eine vierte blos ein Sechzehntel. Daraus ergiebt sich, dass der Mann bis zu seinem Tode sein ganzes Vermögen behält; hätte er den Kindern früherer Ehen ihre mütterlichen douaires schon ausgewiesen, so könnte Beaumanoir nicht sagen, die vierte Frau erhalte le sezieme de tout l'eritage que ses barons avoit au jor qu'il l'espousa, sondern dann müsste sie die Hälfte bekommen.

Aus dieser Anwartschaft der Frau auf das douaire als Niessbrauch an der Hälfte (bezw. einem Drittel) der Liegenschaften des Mannes erklärt sich nun auch schon genügend, dass der Mann zur Verfügung

über seine eigenen Liegenschaften des Consenses der Frau bedarf; das ist so gut schon merovingisches Recht, in welchem ja die dos auch schon vorwiegend als blosser Niessbrauch bestellt wird, wie französisches Recht, und wird bezeugt sowohl durch alle Urkunden in ununterbrochener Reihenfolge vom 6. Jahrhundert an als durch die französischen Rechtsbücher, z. B. Beaumanoir XXI 2: li maris ne pot vendre (se ce n'est de l'otroi et de le volonté de se feme) ne le sien (treffons de l'iretage) meisme, se ele ne renonce à son doaire.

Jedenfalls aber erzeigt sich im Grundprincip das spätere französische Recht als die auf Grund der Capitularien zur lex Salica vollzogene Rechtsentwicklung, und es ist daher der Ansicht von Sandhaas S 70 f. nicht beizutreten, dass „die hier in Frage stehenden Titel des salischen Gesetzes schon frühzeitig, ja selbst noch im Laufe des 6. Jahrhunderts, ausser Uebung gekommen seien", weil sie „nicht altsalisches Gewohnheitsrecht, sondern ein Experiment der königlichen Gesetzgebung in der Richtung der Erweiterung der Rechte der Kinder, bezw. des Mannes und seiner sonstigen Verwandten gewesen, ein Experiment, das jedenfalls die Anschauung des Volkes nicht für sich und ebendaher auch nur ephemere Bedeutung hatte". Oder gar Vocke, Gemeines eheliches Güter- und Erbrecht in Deutschland I 9: „Verfälschung und Verwelschung"; 252: „Spielereien des Gesetzgebers, welche das Volk unbeachtet liess", 5, 34 f.: „Verfälschungen, über die das Volk sehr rasch den Stab gebrochen hat; nur mit grosser Vorsicht als Quellen des deutschen Eherechtes zu benutzen, weil sie deutliche Spuren unorganischer und antinationaler Beimischung und fürstlicher Willkür an sich tragen". Aber freilich Vocke I 254 hält auch das französische douaire schlechtweg für eine „Neuerung". Ist schon nicht recht ersichtlich, was für ein antinationales Interesse die Könige auf diesem Gebiete sollten gehabt haben, so spricht gegen Vocke noch besonders, dass diese Gesetzgebung der Capitularien in ihrem innersten Grunde und Motive gerade seiner Idee vortrefflich zusagt, wonach „die dos das Vermögen des Mannes war, das der Frau angeheiratet wurde" (I 22). Denn die dos in ihrer Gestalt des Cap. I ad leg. Sal. bedeutet gerade wie in altgermanischer Zeit Betheiligung der Frau an dem Hausvermögen des Mannes, wovon das zweite ebenso nothwendige Glied eben die Wahrung und Erhaltung der dos für die aus dieser Ehe entsprungene Nachkommenschaft, also die Verfangenschaft der dos ist.

Wir verfolgen das salische und französische Recht hier nicht weiter in seine Einzelheiten. Uns genügt hier das Hauptergebnis: es ist schon in erster Merovingerzeit ein reines Verfangenschaftsrecht der

Kinder an der dos ausgebildet, aber nicht an dem übrigen Vermögen des Mannes noch an den eingebrachten Liegenschaften der Frau. Dass diese Vermögenstheile nicht auch davon sind ergriffen worden, wie es bei den Ribuariern geschehen ist, kann wie bemerkt römischen Einflüssen zugeschrieben werden. Wie wäre es zu verwundern, dass die grosse Masse der Bevölkerung, die römisch war, der Handvoll Franken hierin ihr Recht aufgenöthigt hätte? Wir haben schon gesehen, dass auch das Dotalrecht sich den donationes ante nuptias anbequemt. So haben die Gütergemeinschaftstendenzen hier ihr Ziel gefunden in der Errungenschaftsgemeinschaft und der Verfangenschaft der dos zu Gunsten der Kinder.

§ 136. C. Das ribuarische Recht[1].

Leider ist die lex Ribuaria über das eheliche Güterrecht ungleich wortkarger als die salische Gesetzgebung. Aus der Hauptstelle, dem tit. 37, erfahren wir, dass mangels einer Dosbestellung die Ehefrau Anspruch auf eine gesetzliche dos von 50 Schillingen hatte, das Drittel der Errungenschaft erhielt und ebenso eine allfällig vom Manne ihr aus freien Stücken gewidmete Morgengabe bezog[2].

Die dos ist hier noch als Mobiliardos zu denken, da die lex Ribuaria noch das Princip des Ausschlusses der Weiber vom Erbrechte an Liegenschaften hat (tit. 56 § 4), demgemäss wohl auch keine Grundstücke zu dos gegeben wurden. Da aber hier wie im Salierland die Frauenspersonen schon früh liegenschaftserwerbsfähig

---

[1] Sandhaas, Fränkisches eheliches Güterrecht. Schröder II Abth. 2.

[2] Tertiam de omne re, quod simul conlaboraverint, sibi studiat evindicare, et quidquid ei in morgangaba traditum fuerit, similiter faciat. In vielen Handschriften steht statt „et quidquid" etc., „vel quidquid" etc. Das hat Schröder I 94 zu der Annahme veranlasst, die Witwe habe entweder das Drittel der Errungenschaft oder die bestellte Morgengabe bezogen, jenes im Falle unterlassener Morgengabbestellung; das Errungenschaftsdrittel sei also eine gesetzliche Morgengabe, wie die 50 sol. die gesetzliche dos. Das geht kaum an. Vel im Sprachgebrauche jener Zeit entspricht immer am besten unserm: und allfällig. So in dem häufigen: trado quidquid de alode parentum vel de comparato habeo, z. B. Trad. Wizz. Nr 202. Oder Liutpr. 100: mundium vel res proprie mulieris sint in potestate palacii, gleichbedeutend mit ipsa cum rebus suis gleich nachher. Rozière Nr 43 (form. Turon. 43): sub vestra potestate vel defensione. Besonders oft nos vel heredes nostri. UB. St. Gallen Nr 499: tradit quicquid proprietatis pater ejus matri sue in dotem condonavit vel quicquid ipso die cum fratribus suis adhuc partitum non habuit. Wir übersetzen also den tit. 37 der lex Rib.: die Witwe nehme ihre dos und ein Drittel der Errungenschaft und mit einer allfälligen Morgengabe thue sie desgleichen.

geworden sind, so tritt auch bald die Immobiliardos auf. Daher finden wir jetzt in den Traditionenbüchern öfter Dotalgrundstücke erwähnt[3]. Daneben springt uns aber aus denselben Sammlungen des bestimmtesten die Thatsache in die Augen, dass regelmässig der gesammte Liegenschaftsbestand der Ehe vereinigt erscheint und die Eheleute oft sogar communi manu schlechtweg „res nostras" veräussern. Bei der grossen Masse der Fälle hält es allerdings nicht schwer, für alle denkbaren Modalitäten Beispiele aufzubringen[4]. Aber immerhin das Regelmässige ist, dass Mann und Frau gemeinsam ihre Liegenschaften ohne Unterscheidung der Herkunft derselben tradieren, nicht nur wenn es sich um sämmtliches von beiden Ehegatten eingebrachtes und erworbenes Gut in globo handelt[5], wo das gemeinsame Vorgehen sich als das einfachste empfohlen hat, oder um Errungenschaft[6], welche gemeinsames Gut gewesen ist, sondern auch in der überwiegenden Zahl der Fälle, wo res proprietatis nostre in tali loco, in villa R. u. s. f. tradiert werden, wo gar nicht einmal zu vermuthen ist, dass die Güter an diesem bestimmten Orte von beiden Ehegatten herrühren[7].

---

[3] C. d. Fuld. Nr 45: dotem quam tradidi uxori i. e. in villa S. aream unam et vineam etc.; das. Nr 84: Friderun conjux Warini comitis seorsum obtulit Deo de parte dotis sue in pago F. quicquid ibi ex lege dotis sue jam habere visa est.

[4] Ich führe Folgendes an: der Mann veräussert allein, ohne Mitwirkung der Frau, seine Liegenschaften: Trad. Wizz. Nr 53, vgl. Nr 128. 254; C. d. Fuld. Nr 130; NR. UB. I Nr 14; Cod. Lauresh. I Nr 331, II Nr 1347. Die Frau tradiert mit Consens des Mannes ihr Gut: Cod. Lauresh. I Nr 63; MR. UB. I Nr 14; C. d. Fuld. Nr 177. Der Mann mit Zustimmung der Frau tradiert Frauengut: Trad. Wizz. Nr 111; C. d. Fuld. Nr 91; Cod. Lauresh. I Nr 233. 462.

[5] Wie in C. d. Fuld. Nr 24. 197. 215; Trad. Wizz. Nr 2. 46. 176. 202; Cod. Lauresh. I Nr 10.

[6] C. d. Fuld. Nr 49. 104. 453. 472; Cod. Lauresh. I Nr 599, II Nr 1347.

[7] Zumal wenn es heisst: nos conjuges tradimus rem meam, oder gar Trad. Wizz. Nr 9: nos conjuges tradimus quidquid ego contra germano meo ad partem recepi. Aehnlich Cod. Lauresh. I Nr 421; Trad. Wizz. Nr 11, vergl. mit Nr 10. 12. 13, wo die Frau bei Tradition von Gütern des Mannes mitwirkt; oder Trad. Wizz. Nr 265: nos conjuges tradimus quidquid genitor meus mihi dereliquit; C. d. Fuld. Nr 534: ego cum uxore mea trado de rebus meis mihi divinitus collatis. Sandhaas S 114 f. hat zusammengestellt, wie oft Mann und Frau zusammen handeln, wie oft der Mann allein u. s. w. Aber solche Verzeichnisse geben keinen ganz sicheren Schluss, denn die Traditionenbücher sind in dieser Beziehung nachweisbar bisweilen ungenau; z. B. C. d. Fuld. Nr 95 tradiert der Mann allein, aber nach Nr 96 wirkte die Frau mit. Gleiches Verhältnis UB. St. Gallen Nr 7 u. 10 u. sonst. Der Gesammteindruck geht mit überzeugender Sicherheit dahin, dass zu Veräusserungen von Immobilien immer das Zusammenhandeln beider Ehegatten nothwendig war.

Aus der regelmässigen Traditionsformel nos conjuges tradimus rem nostram schliessen wir nun keineswegs auf vollkommene Gütergemeinschaft, welche Theilung des gesammten Vermögensbestandes nach Quoten bei Auflösung der Ehe bewirkt hätte; die Güter werden noch so bestimmt nach ihrer Herkunft unterschieden, dass anzunehmen ist, sie seien auch wieder dahin zurückgefallen. Aber in jener Formel dürfen wir auch wieder einen Hinweis darauf erblicken, dass wie schon während der Ehe alles Gut gemeinsam genutzt wurde (entsprechend dem simul consumere ex his quae conscripta sunt, in lex Rib. 37 § 3), so auch der überlebende Ehegatte im Genuss des Gesammtgutes unter Verfangenschaftsrecht der Kinder blieb, und bei unbeerbter Ehe erst mit dem Tode beider Ehegatten der Rückfall der Güter eintrat. Wichtig sind namentlich die Traditionsurkunden, welche auf eine Gemeinderschaft zwischen Eltern und Kindern hinweisen[8], zumal solche, wo die Witwe gemeinsam mit den Kindern tradiert; man bemerke C. d. Fuld. Nr 15, wo es heisst: ego Ota dono . . . hoc est quod donamus aream cum casa et aedificia in quibus ego visus sum habitare, et servum meum et quicquid proprietatis habeo; sign. Ota quae hanc donationem scribere petierunt, † Ratharii filii Otun. Da scheint die area vom Sohne bewohnt (visus sum habitare) mit der Mutter zusammen, welche schenkt; es ist gemeinsames Gut von der Ehe her. Im Cod. Lauresh. I Nr 432 schenken Mutter und Sohn, in Nr 436 Mutter und Tochter gemeinsam rem nostram; entscheidend ist wohl das. Nr 615: drei Söhne mit ihrer Mutter tradieren zusammen quidquid Haddo genitor noster nobis hereditavit. Darnach dürfen wir wohl annehmen, dass bei beerbter Ehe das gesammte Gut beisammen blieb, der Vater oder die Witwe mit den Kindern in Gemeinderschaft sass, und bei Eintritt der Witwe in eine zweite Ehe wenigstens die dos in ihrer Nutzung blieb, aber gleichwie im salischen Rechte den Kindern verfangen war[9]. Bei kinderloser

---

[8] Wofür v. Amira, Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung S 55 ff. viele Belege giebt.

[9] Selbst das ganze Vermögen des Mannes wurde als dos bestellt, so NR. UB. I Nr 250: R. liber homo uxori sue quidquid habere videbatur proprii juris tam in agris quam in ceteris rebus in dotem contradidit. Defuncto viro jamdicta libera femina una cum filiis suis ex ipsis que a marito susceperat duos mansos tradidit S. Marie. Ein bezeichnendes Beispiel für Abtheilung des Sammtguts zwischen Vater und Kindern MR. UB. I Nr 390: ein Vater tradiert der Abtei Echternach, nachdem er mit seinen andern Kindern durch Todtheilung die hereditas, den ganzen Gutsbestand, getheilt hat, in Verbindung mit einem bei ihm gebliebenen Sohne eine „villa juris mei“, welche prefato filio meo in partem obvenerat et here-

Ehe mochte ebenfalls wenigstens bis zur Wiederverheiratung das gesammte Gut in der Hand des Ueberlebenden bleiben[10]. Diese stärkere Neigung zu Gemeinschaft, als wir sie im salischen Recht gefunden haben, mag auch durch die Beschaffenheit der Errungenschaft befördert worden sein. Die Errungenschaft, welche nach lex Rib. 37 wie nach salischem Rechte zu $^2/_3$ und $^1/_3$ zwischen Mann und Frau zu theilen war, hatte in einem grossen Theile Ostfrankens eine höhere Bedeutung als in Frankreich, weil sie noch massenhaft durch Rodung gewonnen wurde; der Anbau des Landes musste erst eigentlich recht beginnen; die Rodungen, capturae, Bifänge, die ausdrücklich als bona collaborationis bezeichnet werden[11], schufen aber nicht nur neue Güter, sondern bewirkten auch Vergrösserung schon vorhandener, und so hielt die collaboratio durch die Schwierigkeit ihrer Trennung und Theilung Alles zusammen. War die Ehe beerbt, so wurden die Schwierigkeiten durch das Verfangenschaftsrecht der Kinder und den Mitgenuss des Ueberlebenden an sämmtlichem Gute gehoben; war sie unbeerbt, so genoss der Ueberlebende fernerhin des ganzen Liegenschaftsbestandes, an dessen Erhaltung und Aeufnung er mit thätig gewesen war, und erst bei zweiter Ehe oder Tod kam es zu einer Auseinandersetzung.

Nach zwei Richtungen geht nun in der Folgezeit die Rechtsbildung des ostfränkischen Landes aus einander: sie läuft theils in die sog. Witthumsehe aus, welche ihren Hauptsitz bei dem rheinischen Adel gefunden hat, theils in das Recht der gesammten Hand der Eheleute unter Verfangenschaft der Kinder in Bezug auf sämmtliches Liegenschaftsgut, wie es vorzugsweise die Städte am Mittelrhein und am Main ausgestaltet haben. Jene Form der Witthumsehe nähert sich wieder dem im französischen Rechte geltend gewordenen Princip, dass das unbewidmet gebliebene Gut des Mannes seiner freien Vererbung anheim gegeben bleibt und auch unter keine Leibzucht der Witwe fällt; das Gesammthandsrecht dagegen hält alle Güter unter gemeinsamem Schicksale geeint. Beide Formen können als organische Entwicklung des älteren Rechts bezeichnet werden, aber jede von ihnen hat ein anderes Element dieses älteren Rechtsbestandes mehr

---

ditas conjugis mee beate recordationis erat. Er nennt das Gut sein, obschon der noch lebende Sohn es von der Mutter geerbt hat.

[10] Hiefür die Urk. von 815 bei Wenck, Hess. Landesgesch. II UB. Nr 15. Vgl. Schröder, Die Franken und ihr Recht, in Z der Sav.-Stift., german. Abth. II 21.

[11] NR. UB. I Nr 312. 342; C. d. Fuld. Nr 84. 103; Trad. Wizz. Nr 9; UB. St. Gallen Nr 130. Auch die Stellen in Anm 6.

oder weniger einseitig ausgebildet, so dass die Endziele dann doch weit aus einander liegen: die Witthumsehe beruht auf einseitiger Verwerthung des Elements der dos, während bei der Gesammthand die dos ganz preisgegeben wird und durch die Einigung der Güter als überflüssig geworden absorbiert ist.

Die Auffassung der Witthumsehe als einer unmittelbaren Fortbildung des alten Volksrechts wird von der herrschenden Meinung wie mir scheint mit Unrecht abgelehnt. Ich sehe ab von Vocke, der II 1 f. jeden Schluss von dem Eherechte des Adels auf das alte Güterrecht verwirft wegen anderer Bedürfnisse des Adelsstandes (was doch für das 12. und 13. Jahrhundert jedenfalls noch nicht zutrifft), und daher S 23 auch den Sachsenspiegel als „unbedeutend und kurzsichtig im ehelichen Güterrechte", als Ausdruck eines für den Lehnsadel zurecht gemachten neuen Güterrechts abfertigt. Aber auch Schröder II 2 S 210 ff. scheint mir doch das richtige Verhältnis zu verkennen, wenn er diese Witthumsehe als ein vertragsmässiges Güterrecht dem gesetzlichen, das bei dem Adel wegen beeinträchtigender staats- und lehnrechtlicher Verhältnisse unpassend geworden sei, gegenüberstellt. Der Gegensatz zwischen gesetzlichem und vertragsmässigem Ehegüterrechte existiert eben in den ersten Jahrhunderten solchergestalt, wie dort angenommen ist, überhaupt nicht, das vertragsmässige Recht spricht das gesetzliche aus und das gesetzliche ist selbst vertragsmässiges, insofern als die dos, die es fordert, durch Vertrag bestellt wird. Mag allenfalls in einer systematischen Darstellung des altfränkischen Ehegüterrechtes, wie es in der zweiten Hälfte des Mittelalters bestand, dieses Witthumsrecht dem gesetzlichen Gesammthandsrechte als vertragsmässige Abweichung angehängt werden, so gehört es doch in einer „Geschichte des ehelichen Güterrechts" eher an die Spitze der Entwicklung als an den Schluss, weil es im ganzen von dem alten Volksrechte mehr bewahrt hat als das Gesammthandsrecht.

Zum Verständnis des eigentlichen Motivs der Witthumsehe greifen wir auf die früher gemachte allgemeine Bemerkung zurück, dass wo eine starke Gebundenheit der Hausvermögen (Stamm- und Erbgüter) zu Gunsten auch des weiteren Verwandtenkreises und damit verbunden wohl gar ein beschränktes Erbrecht der Frauenspersonen sich erhielt oder neu bildete, eine Neigung zu Getrennthalten der Güter der Eheleute nothwendig vorhanden war. Beim Adel nun macht sich jene Gebundenheit seit dem 13. Jahrhundert in wachsender Stärke geltend, und unverkennbar dient den dadurch geschützten Verwandtschaftsinteressen die Witthumsehe, wie wir sie im Kleinen Kaiserrechte, im

Saarbrücker Landrechte u. a., vorzugsweise aber auch bei den Edelleuten der Rheinlande im späteren Mittelalter ausgebildet vorfinden, in hohem Maasse. Die Gestalt, die dieser Art von ehelichem Güterrecht schliesslich zu Theil geworden ist, erhält das Grundeigenthum des Ehemanns seinem Geschlechte gesichert und lässt auch nicht einmal Güter zu vorübergehendem Genuss in die Hand der Witwe gelangen, sondern legt das Witthum (die dos) blos in der Form einer Geldverschreibung auf dieselben. Das ist das Resultat allmählicher Entwicklung, deren Anfänge in dem Zustande liegen, wie er auf S 315 f. festgestellt ist. Von diesem alten Rechtszustande ist allmählich abgestossen worden die Aufnahme der Ehefrau in den Mitantheil und den Mitgenuss am gesammten Hausvermögen des Mannes, alles Uebrige ist geblieben, und zwar so: Die Aussteuer und das von der Frau mitgebrachte Heiratsgut (Heimsteuer) geht hergebrachtermaassen in die Nutzung des Mannes über und zwar bis zu seinem Tode, auch wenn er die Frau überlebt[12]; als Gegenleistung constituiert er ihr die dos, das Witthum, welches ebenfalls regelmässig in dem Leibzuchtsrechte an Liegenschaften besteht und zwar in einer dem Heiratsgute der Frau entsprechenden Grösse; daher wird es später geradezu Widerlegung, Widerwerf, genannt[13] und gelangt schliesslich, seitdem die Heimsteuer in Capitalien ausgerichtet wird, welche der Ehemann auf seine Güter zu versichern hat, ebenfalls der Gleichheit wegen in die Form einer auf die Güter verschriebenen Capitalsumme. In dieser letztern Gestalt hat das Witthum seine Hauptbedeutung als Witwenversorgung, während die ältere Form, die Dosbestellung durch Zuwendung von Grundstücken, noch deutlich den Zusammenhang mit dem alten Rechte der Aufnahme der Ehefrau in den Genuss des Mannesvermögens aufweist; denn das Kleine Kaiserrecht II 51 f. spricht der Frau schon während der Ehe die einseitige Verwaltung und Vertretung des Witthums zu, auch einzelne Urkunden constituieren eigene Nutzung und Verwaltung der Ehefrau[14]. Das mag bei den grossen Herrschaften des hohen Adels ernstlicher gemeint gewesen sein als bei den Besitzungen der Edelleute, für welche Kl. Kaiserrecht II 98 wohl die Regel angiebt, dass, wenn der Mann von Todes wegen abgeht, man der Frau das Widem geben soll. Dass die Kinder Ver-

[12] Schröder II 2 S 230. 234 f.

[13] Bergisches Landr. § 13: wederwerf zo einer liffzucht. Ueberhaupt Schröder II 2 S 237 f.

[14] So die Urk. NR. UB. III Nr 1080, wo allerdings die dos schon in der neuesten Form der Versicherung eines Capitals auftritt, aber doch vorgesehen erscheint, dass die Ehefrau den Zins jährlich direct beziehe.

fangenschaftsrecht an dem Witthum haben, ist mit dem Wesen desselben als Leibzuchtsgut gegeben, wie auch die Witwe nur mit Einwilligung ihrer Kinder darüber verfügt[15]; aber auch dem Vater gegenüber besteht die Verfangenschaft des Witthums zu Gunsten der Kinder. Die Fahrnis bleibt dem überlebenden Ehegatten, und mit ihrem Betrag haftet auch die Witwe für die Schulden[16]. Soweit die Liegenschaften des Mannes nicht Witthum sind, verfügt der Mann frei darüber (Kl. Kaiserr. II 100), d. h. ohne Consens der Frau, aber unter Einspruchsrecht der Kinder. Die Errungenschaft ist bald dem Ueberlebenden, bald dem Manne zugesprochen. Die Morgengabe ist freiwillige Leistung des Mannes geblieben und auf einen kleinen Betrag reduciert[17].

Wir sehen, das Witthumsrecht hat aus dem ehelichen Güterrechte alle diejenigen Elemente entfernt, welche auf Vermischung der Güter der Eheleute hinstreben, und im Sinne des Stammgutsystems die Verhältnisse geregelt. Im Gegensatz dazu steht das, was man als die eigenthümliche und charakteristische Rechtsbildung des ostfränkischen Gebietes anzusehen gewohnt und berechtigt ist und als das System der gesammten Hand der Eheleute und des Verfangenschaftsrechtes der Kinder bezeichnet. Diese Rechtsform besteht darin, dass es gar keiner Dosbestellung mehr bedarf, der Begriff der dos und ebenso der Errungenschaft als eines besondern Vermögensbestandtheils oder Vermögenselements verschwunden ist, das sämmtliche Ehevermögen ohne weiteres, ipso jure, ein Gut geworden ist, über dessen Liegenschaftsbestand ohne Rücksicht auf die Herkunft desselben während der Ehe nur beide Ehegatten gemeinsam, communi manu, bald mit, bald ohne Consens der Kinder, verfügen können, und dass dann in dem Hauptfalle, bei beerbter Ehe, dieser schon während der Ehe unter gemeinsame Verfügung gestellte Liegenschaftsbestand mit Auflösung der Ehe zu Gunsten der Kinder gebunden, verfangen, d. h. einer allfälligen zweiten Ehe des überlebenden Ehegatten entfremdet bleibt, der überlebende Elterntheil zwar den Mitgenuss daran behält, aber das Eigenthum an allen, auch an den von ihm herrührenden Liegenschaften den Kindern erster Ehe gesichert ist, wogegen der Ueberlebende die Fahrnis mit Ausschluss der Kinder zu freiem Eigenthum behält und auch frei in eine zweite Ehe bringt. Bei unbeerbter Ehe besteht zwar auch gesammte Hand der Eheleute, aber die beiderseits eingebrachten

---

[15] NR. UB. I Nr 250 oben Anm 9. Spätere Belege bei Schröder II 2 S 223, bes. die Urk. der Grafen von Erbach in Anm 34.

[16] Schröder II 2 S 228. 230. [17] Schröder II 2 S 242 f.

Güter bleiben „hinterfällig", d. h. der Seite, von der sie gekommen, gesichert, meist unter Leibzuchtsrecht des Ueberlebenden an den Gütern des Verstorbenen, und die Errungenschaft wird unter die beiden Theile nach verschiedenen Quoten (2/3 und 1/3 oder auch halb und halb) getheilt; ja es findet sich auch die Modalität eines Alleinerbrechts des Ueberlebenden an sämmtlichem Vermögen des Verstorbenen.

Die Haupteigenthümlichkeiten dieses Systems, zumal im Vergleich mit der Witthumsehe, liegen also in dem Gesammthandsrechte der Ehegatten und dem gegenüber späteren Ehen bestehenden Verfangenschaftsrechte der Kinder bezüglich sämmtlicher Liegenschaften der Ehe. Wie haben wir uns diese Rechtsbildung zu erklären?

Sandhaas hatte, wie oben bemerkt, einen „gewohnheitsrechtlichen Niederschlag von Eheverträgen" darin gefunden. Schröder, grundsätzlich einverstanden, hat es näher zu begründen versucht. Die maassgebenden Factoren sind ihm dos (Witthum) und Affatomie (Vergabung von Todes wegen): der Ehemann bestellte durch dos sein ganzes Immobiliarvermögen als Witthum und erhielt dafür durch Affatomie der Frau an ihrem Immobiliarvermögen die Leibzucht. So war nun zunächst für ihn, wenn er seine Frau überlebte, alles Immobiliargut Verfangenschaftsgut der Kinder, welche kraft Witthumsvertrags sein eigenes Vermögen, kraft Erbrechts das mütterliche Gut zu Eigenthum erhielten. Erst später kam zur Ausgleichung der Rechte von Mann und Frau hinzu, dass auch die Ehefrau auf den Fall des Vorabsterbens des Mannes sich nur Leibzucht an ihren Liegenschaften vorbehielt, also auch ihrerseits den Kindern die Verfangenschaft concedierte. Der Anfall der gesammten Fahrnis an den überlebenden Ehegatten beruhte auf gewohnheitsrechtlichem Niederschlage gegenseitiger Vergabungen und ebenso bei unbeerbter Ehe das Leibzuchtsrecht des Ueberlebenden an dem Errungenschaftsantheile und den eingebrachten Liegenschaften des Verstorbenen, wovon nur ein Schritt weiter zu Eigenthum zu thun war[18].

Diese Ansicht beruht auf der Voraussetzung, dass unter der Herrschaft des fränkischen Volksrechts ein gesetzliches Recht der Güterverbindung (sog. Verwaltungsgemeinschaft) bestimmt ausgebildet bestanden habe, das dann erst allmählich durch Leibzuchts- und Verfangenschaftsrechte sei zersetzt worden. Im Gegensatz dazu habe ich angenommen, dass von Anfang an schon die Elemente zu Gütergemeinschaft vorhanden waren. Von vorneherein darf jedenfalls die Affatomie hier nicht in so maassgebender Weise als wirksam gedacht

[18] Die Hauptstellen bei Schröder sind II 2 S 194. 195. 173. 174.

werden, denn solche trat nach den Quellen nur bei Kinderlosigkeit ein und bestand in Vergabungen auf den Todesfall, welche von Ehegatten erst während der Ehe gegenseitig gemacht wurden, während die von Schröder behauptete angebliche Affatomie gerade wesentlich der beerbten Ehe eigen und Grund des Verfangenschaftsrechtes sein soll. Die Art und Weise, wie Schröder sich diese Rechtsbildung zurecht legt, ist wohl auch gar zu äusserlich mechanisch und darum „gemacht"; eins kommt zu dem andern hinzu, man weiss nicht woher und warum, es ist kein innerer Zusammenhang und kein innerlicher Beweggrund dafür, wie eins aus dem andern folgen sollte, ersichtlich. Endlich aber hätte eine solche Entwicklung kaum dieses vollkommene gütergemeinschaftliche Gesammthandsrecht hervorgebracht, sondern wäre bei der alamannischen Form der gegenseitigen Leibzucht stehen geblieben, welche, wie wir sehen werden, doch als ein von der Gesammthand Ostfrankens verschiedener Typus des Ehegüterrechtes dürfte aufgefasst werden, wenn auch in manchem die praktischen Resultate auf dasselbe auslaufen.

Die ältere Lehre hatte das Gesammthandsrecht und die daraus hervorgegangene Gütergemeinschaft als ein specifisch städtisches Product gegenüber der Güterverbindung als der Ehegüterrechtsform des flachen Landes angenommen; die neuere Forschung hat das wieder abgelehnt, weil sich die Gütergemeinschaft auch in rein ländlichen Gebieten ebenso früh finde wie in den Städten, und sie ist insofern im Rechte, als der Grund, der für jene Annahme aufgestellt wurde, die aufkommende Geldwirthschaft und die durch sie hervorgerufene Beweglichkeit der Vermögen, nicht zutrifft. Dagegen führt uns doch eine andere Erscheinung, welche auf die Ausbildung der Gesammthand und der Verfangenschaft von grossem Einfluss gewesen ist, wieder auf die Städte zurück. Damit verhält es sich so:

Die ältesten Städte, mochten sie unter der Immunität und der Vogtei eines Bischofs oder eines Abtes stehen oder als Pfalzstädte dem König gehören, boten für die Verwaltung eine einheitliche Grundlage, indem die Einwohnerschaft eine einzige Genosssame, die familia episcopi oder abbatis, die homines fiscalini bildete, und als solche in bald stärkerem, bald schwächerem Maass den Lasten und Verpflichtungen aus grundherrschaftlicher Abhängigkeit unterlag. Dieses einfache Verhältnis änderte sich im 11. und 12. Jahrhundert, der Periode der grossen Stadterweiterungen. Die Städte wuchsen auf das Doppelte und Dreifache theils durch Gründung von Klöstern, welche sofort wieder eine eigene hofrechtliche Gemeinde um sich sammelten, theils durch Masseneinwanderung vom Lande und Ansiedlung auf herrschaftlicher

Almend. So konnte das Zwiefache nicht ausbleiben, dass Angehörige verschiedener Genosssamen, die sich in der Stadt vereinigt fanden, unter sich Ehen schlossen, und dass städtische Bürger und von auswärts Eingewanderte, deren Angehörigkeit an eine auswärtige Herrschaft noch nicht gelöst war, sich mit einander ehelich verbanden. Dadurch gerieth aber das bisher geltende Recht der Genosssamenehe in Verwirrung. Dasselbe, in seiner strengen alten Natur, liess überhaupt keine Ehe unter Angehörigen verschiedener familiae zu oder bedrohte sie mit Theilung der Kinder und Einziehung des Ehevermögens seitens der betheiligten Grund- und Leibherren. Daraus erwuchsen jämmerliche Zustände, welche dringend Abhilfe verlangten[19]. Eine solche wurde hergestellt in dem sog. Kaufleutenrecht, worüber sich das Stadtrecht von Rheinau[20] also vernehmen lässt, dass die Leute, die solches Kaufleutenrecht haben, ihren Ehegatten nehmen, wo sie wollen, und die Eheleute sich gegenseitig beerben, mit Ausschluss grundherrlicher Ansprüche.

Damit steht nun in deutlicher Beziehung die Entwicklung des Stadtrechts von Worms. Die leges et statuta familiae S. Petri Wormatiensis (um 1020) enthalten das ostfränkische Dotalrecht im Fall der Genossenehe: si quis ex familia s. Petri ad sociam suam legitime venerit, d. h. wenn einer aus der bischöflichen Gemeinde eine Genossin geheiratet hat. Dann erhält die Witwe Leibzucht an der dos und hinterlässt sie ihren Kindern, und bei Kinderlosigkeit den Verwandten des Mannes. Gleiches soll mit der dos bei Vorabsterben der Frau geschehen, das heisst wohl: der Mann soll ebenfalls blos Nutzung daran behalten, unter Verfangenschaftsrecht der Kinder. Die Errungenschaft bleibt dem Ueberlebenden zu freier Verfügung. Das Eingebrachte der Frau fällt erst nach beider Ehegatten Tod frei an die Kinder aus dieser Ehe, bei Kinderlosigkeit an die Verwandten der Frau[21]; dies ebenfalls bei dem nach dem Ableben der Mutter eintre-

[19] Man vgl. Mon. Bo. XXXVII Nr 182: Heinrich von Rotenfels verlangt von einem Bürger von Wirzburg, quod pro uxore sua B. defuncta, quam propriam suam fuisse asserebat, rationem esset redditurus de omnibus rebus conquisitis tam mobilibus quam immobilibus et de universis que simul vivendo conquisierant; Mon. Bo. VI 97 (Tegernsee): comes R. advocatus viri mulierem excludere ab omni suppellectili sua laboravit.

[20] Grimm, Weisth. I 287 Z. 7 v. o.

[21] Wahrscheinlich auch erst nach dem Tode des überlebenden Mannes, der also auch bei Kinderlosigkeit das Gesammtgut in Nutzung behält; dafür spricht der Ausdruck ad proximos mulieris redeat: von der Frau direct kehrt das Gut nicht an die Frauenseite zurück, sondern vom Mann. In post vitam ejus kann sich ejus auch auf den maritus beziehen.

tenden Todesfall der Kinder (Art. 1). Ueber das Schicksal des undotiert gebliebenen Mannesvermögens giebt der Art. 4 nur eine Bestimmung für den Fall unbeerbter Ehe[22]; es fällt auch an die Verwandten des Mannes. Aber zur Verfügung darüber während der Ehe bedarf der Mann doch der Mitwirkung (manus) der Frau (Art. 5). Bei beerbter Ehe dürfte auch für das Mannesvermögen Nutzung der Witwe unter Verfangenschaft zu Gunsten der Kinder anzunehmen sein. — Dieser Genossenehe steht aber die Ungenossenehe des Art. 15 gegenüber: si quis ex familia alienam uxorem acceperit, justum est ut, quando obierit, duae partes bonorum suorum assumantur ad manum episcopi. Letzteres mochte damals noch angehen, da Worms soeben durch die Anstrengungen des Bischofs aus einem Tummelplatze aller Verbrecher wieder auf einen Stand gesetzlicher Ordnung gehoben war und der Wunsch, fremde Elemente fern zu halten, berechtigt erscheinen konnte. Aber nun blüht die Stadt auf, greift schon unter Heinrich IV. entscheidend in die Geschicke des Reiches ein, wächst über die engen Schranken der familia episcopi hinaus, und nun steigern sich die Uebelstände, welche dieses harte Princip der Ungenossenehe mit sich bringt. Ein Jahrhundert nach Aufzeichnung jener leges, am 30. Nov. 1114, ertheilt K. Heinrich V. der Stadt Worms jenes, nicht minder durch seine Motivierung als durch seinen Inhalt merkwürdige Privileg über Eherecht: Lamentabilem ejusmodi populi clamorem et infinitas quas patiebantur calumnias super connubiis ita terminavimus, ut deinceps ob hanc causam non habeant occasionem conquerendi . . . . quicunque et undecunque sit vir, qui uxorem seu de consorcio suo sive de alia familia ibidem acceperit aut uxoratus aliunde illuc venerit, hanc unam et eandem justitiam omnes indistincte ex hoc in perpetuum habeant, ut nullus advocatus conjugia eorum juramenti exactione dissolvat et nulla vel major vel minor potestas in obitu vel viri vel mulieris aliquid de rebus relictis tanquam jure debitum exigat. Et si vir prior uxore sua obierit, uxor et ejus progenies, quam de viro illo habuerit, quicquam possessionis reliquerit vir, ipsam absque contradictione obtineat. Et eadem lex de muliere, si prior obierit, ad maritum. Si vero sine progenie ambo defuncti fuerint, proximi heredes relictam substantiam habeant. Der erste Eindruck, den dieser Wortlaut macht, geht dahin, das Privileg befasse sich gar nicht mit der Regelung des ehelichen Güterrechts selbst, es stelle blos das Princip auf, dass das Vermögen nicht mehr von grund-

[22] Denn es heisst: nisi traditione praepediatur. Das ist Affatomie oder andere Vergabung, die bei beerbter Ehe unstatthaft wäre.

herrlichen Gewalten solle eingezogen werden, sondern der Familie zu verbleiben habe; welchen Modalitäten aber die Rechtsverhältnisse unter den Ehegatten, zwischen Ueberlebendem und Kindern u. s. f. unterliegen sollen, bleibe dem gemeinen Rechte überlassen. Ich halte diese Auffassung des Privilegs im ganzen für richtig, obschon dasselbe regelmässig als ausdrückliche Sanction der Gesammthand und des Verfangenschaftsrechtes angesehen wird. Denn was für ein Interesse hätte der König gehabt, ja was hätte ihn überhaupt veranlassen können, sich in die internen Fragen eines ehelichen Güterrechts zu mischen? Nur darauf kam es an, der durch die Ehe begründeten Familie und eventuell den Verwandten der Eheleute das Vermögen zu sichern. Aber damit ist nicht ausgeschlossen, dass die Wirkung des Privilegs doch über den bei Erlass desselben zunächst ins Auge gefassten Zweck hinausreichen konnte. Das Vermögen war vom Heimfall an die Herrschaft frei gemacht im Interesse der Ehe; man kann fast sagen: der Antheil der Herrschaft war den Eheleuten und den von ihnen erzeugten Kindern geschenkt, es bedurfte keiner besondern Widmung mehr seitens des Mannes an die Frau, die dos war überflüssig gemacht durch Zuweisung des Gesammtgutes an das durch die Ehe gegründete städtische Hauswesen. Allerdings die Gesammthand und die Verfangenschaft war damit allein noch nicht nothwendig gegeben; denn gleiche Privilegien haben andere Städte erhalten, ohne gerade zu dieser Form des ehelichen Güterrechtes zu gelangen: in den zähringischen Städten, in den westfälischen und deren Abbildern an Nord- und Ostsee, in schwäbischen Städten werden wir ganz ähnlichen Freiheiten begegnen, welche doch das eheliche Güterrecht im einzelnen sich haben verschieden ausbilden lassen. Das in diesem Wormser Privileg wie in andern städtischen Handfesten und überhaupt im sog. Kaufleutenrechte ausgesprochene Princip der Zusammengehörigkeit der Güter war verschiedener Realisierung fähig, und in den fränkischen Städten hat es sich auf Grundlage der im alten ribuarischen Stammesrecht liegenden Factoren und Elemente verwirklicht. Soweit nur das Verhältnis zwischen den Eheleuten in Betracht kommt, haben sowohl die altribuarische Gemeinsamkeit der Eheleute in Disposition über die Liegenschaften als die Errungenschaftsgemeinschaft zu der definitiven Ausbildung des Gesammthandsrechtes zusammengewirkt. Möglicherweise kommt hiebei der Errungenschaftsgemeinschaft ein Haupteinfluss zu, denn das schwäbische Recht, welches die fränkische Gesammthand in dieser charakteristischen Ausbildung doch genau besehen nicht kennt, theilt mit dem ostfränkischen Rechte sonst, ausser der Errungenschaftsgemeinschaft, alle

andern Ehegüterrechtselemente, welche hier in Betracht kommen; und dann darf in Erwägung fallen, dass in jener Periode der grossen Städteerweiterungen die Errungenschaft auch bezüglich des liegenden Gutes bei den meisten Ehen, gerade bei denen von Neueingewanderten, die Hauptsache oder den ausschliesslichen Bestand des Vermögens bildete. Soweit es sich aber um die Verhältnisse bei Auflösung der Ehe handelte, war in dem altribuarischen Verfangenschaftsrechte der Kinder, das doch jedenfalls an der dos, wahrscheinlich aber selbst am übrigen Immobiliargute bestanden hatte, schon das Wesentliche gegeben, das in diesen neuen Verhältnissen zur Verwendung kam.

Im ganzen müssen wir eben doch sagen, dass der Schritt zu dieser letzten Ausbildung des fränkischen Ehegüterrechtes aus den ribuarischen Grundlagen heraus kein so grosser ist wie die herrschende Meinung gemäss dem Dogma vom ursprünglichen Bestande der Güterverbindung annehmen muss. Was das eigentlich Charakteristische der ganzen Entwicklung bildet, ist die Verschmelzung der ursprünglich neben einander, zumal in dos und Errungenschaft liegenden Gemeinschafts- und Verfangenschaftselemente zu einem auf das gesammte Gut ausgedehnten einheitlichen Ganzen. Aus was für Veranlassungen es dazu gekommen ist, erklärt auch die Theorie von den mehr und mehr zu Gewohnheitsrecht werdenden gegenseitigen Leibzuchtsbestellungen und Vergabungen der Eheleute nicht, weil man die Hauptsache damit noch nicht weiss, nämlich die Bedürfnisse und die Motive, welche zu diesen angeblich das gesetzliche Recht beseitigenden Eheverträgen geführt haben. Dagegen kann die Erklärung ausreichen, dass für eine Einwohnerschaft, die sich in den Städten aus einem Gemisch der verschiedensten Hofgenossenschaften bildete und in städtischem Berufe ganz neue Vermögen erzeugte, das Gemeinschaftsprincip in dieser einfachen Weise sich Bahn brach, und was für die Neubürger zur Geltung kam, auch die altangesessenen Geschlechter unter seine Herrschaft zog.

Bei unbeerbter Ehe blieb man noch näher bei dem alten Rechte stehen: die Gesammthand der Eheleute während der Ehe galt auch in diesem Falle; dagegen konnte nun kein Verfangenschaftsrecht der Kinder in Betracht kommen, und so erhielt sich die Hinterfälligkeit der Güter an die beidseitigen Verwandten, und Theilung der Errungenschaft meist zu $^2/_3$ und $^1/_3$ (Schwerttheil und Kunkeltheil). Ob gegenseitige Leibzucht der Ehegatten am Eingebrachten, ob Alleineigenthum des Ueberlebenden, ob andere Theilung der Errungenschaft eintritt, das steht unter localen Einflüssen, die hier näher zu betrachten zu weit führen würde.

§ 137. D. Das alamannische Recht[1].

So lückenhaft die lex Alamannorum in unsrer Frage ist, so bietet sie doch genug Stoff zu einigen wichtigen Schlüssen. Wir bemerken zunächst, dass sie nur von unbeerbter Ehe handelt, sowohl in Pactus III 1 als in Hloth. 55 und 56, und noch specieller nur von dem, was bei Wiederverheiratung der kinderlosen Witwe eintritt. Erschienen somit für den Fall beerbter Ehe gesetzliche Bestimmungen überflüssig, so schliessen wir daraus, dass da keine Zweifel existierten. Die wenigen Angaben des Volksrechtes werden aber auch für die beerbte Ehe dadurch werthvoll, dass sie unzweifelhafte Schlüsse auf dieselbe gestatten. So wenn tit. 55 § 1 voraussetzt, dass die Witwe sogar bei kinderloser Ehe im Haushalte des verstorbenen Ehemanns bis zu allfälliger Wiederverheiratung wohnen blieb[2], so ist um so unbedenklicher anzunehmen, dass bei beerbter Ehe Beisitz der Witwe mit den Kindern stattfand, was an sich schon als das allen germanischen Rechten angehörige Princip anzusehen ist.

Und wenn weiter nach tit. 56 die wiederheiratende Witwe selbst bei Kinderlosigkeit nur die Leibzucht des Dotalgutes in zweiter Ehe behält, und den Verwandten des ersten Mannes, wenn dieselben nicht durch grundlose Anfechtung sich des Anwartschaftsrechtes verlustig machen, der Heimfall der dos gesichert ist, wie viel mehr werden wir bei beerbter Ehe ein Verfangenschaftsrecht der Kinder dieser Ehe an der dos gegenüber den Kindern zweiter Ehe als zweifellos betrachten dürfen.

Endlich wenn in besagter Stelle unter der dos die Mobiliardos zu verstehen ist — denn sie wird als pecunia bezeichnet —, wie viel mehr gilt für die Immobiliardos der Satz, dass sie nur in Leibzucht bestanden habe, und dass an ihr der Ehefrau nicht mehr Rechte eingeräumt worden seien als es an der Fahrnisdos vordem üblich war.

Das sind nun immerhin schon drei erhebliche Resultate: die Witwe (und überhaupt der überlebende Elterntheil, denn vom Vater versteht es sich von selbst) bleibt mit den Kindern in ungetheiltem Gute jedenfalls bis zur Wiederverheiratung, die Frau erhält Leibzuchtsdos, und diese ist den Kindern der Ehe, aus der sie herrührt, verfangen.

Die Urkunden ergeben einen damit übereinstimmenden Thatbe-

---

[1] Huber, Die historische Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handfeste. Basler Universitätsfestschrift 1884.

[2] Si quis liber mortuus fuerit et reliquit uxorem sine filiis aut filias et de illa hereditate exire voluerit nubere sibi alium coaequalem sibi.

stand und ergänzen das Bild in mannigfacher Weise. Bei der Dosbestellung wird der Charakter der dos als Leibgedinge geradezu als gesetzliches Recht bezeichnet, so in den alamannischen Dotalbriefen bei Rozière Nr 234 ff.: secundum legem Alamannorum dum vivis sub usufructuario habeas, teneas atque possideas, post tuum vero discessum ad me, si vivo, aut infantes meos si Deus donare voluerit, si sunt, ad illos revertantur, et si illi non sunt, ad meos proximos heredes ipse dotis quam tibi dedi revertant secundum legem[3]. Daher auch schon bei Lebzeiten der Mutter die Kinder auf deren Todesfall über die dos eine Verfügung treffen[4], und z. B. im UB. St. Gallen Nr 22 der Sohn das von seiner Mutter dermalen noch genutzte Dotalgrundstück seiner eigenen Ehefrau schon zum Witwensitze bestimmt.

Während der Ehe besteht gemeinsame Nutzung und Verfügung der Eheleute nicht nur über die dos[5], sondern über das ganze Vermögen, wie es in der Formel Rozière Nr 239 heisst: hec omnia (dotis nomine data) cum ceteris rebus meis mecum pariter habeat et possideat et augmentare studeat. Demgemäss disponieren auch die Eheleute gemeinsam über Vermögensstücke, welche ausdrücklich als das Eingebrachte eines Ehegatten oder als Errungenschaft bezeichnet werden[6].

Hier so wenig wie im ribuarischen Recht liegt schon völlige reine Gütergemeinschaft vor; es wird zu bestimmt unterschieden, was vom Manne, was von der Frau herstammt[7]. Wie vereinigt sich nun aber das simul uti, pariter habere res nostras u. dgl. mit dieser Unterscheidung des Mannes- und des Frauengutes? Das Bindeglied ist auch hier wie anderwärts hauptsächlich das Verfangenschaftsrecht der Kinder. Was die Frau in die Ehe bringt, wird Bestandtheil des Hausvermögens in Hoffnung und Voraussicht der Geburt von Kindern; das

[3] Vgl. UB. St. Gallen Nr 22. 86. 643. 701.

[4] v. Wyss, Abtei Zürich, Urk. Nr 361. 366.

[5] UB. St. Gallen Nr 701: ut simul ea (dote) utamur.

[6] Z. B. UB. St. Gallen Nr 272 über das Eingebrachte der Frau, Nr 130 über die Errungenschaft, Nr 196 über res mea (des Mannes), Nr 550 quidquid ego (vir) habere dinoscor, Nr 611 quidquid paterne hereditatis et nostre acquisitionis habemus, Nr 742. 757 über Eigen des Mannes, und besonders oft wie in den fränkischen Traditionen über res nostras, quidquid habemus u. dgl., z. B. Nr 55. 60. 77. 87. 97. 158. 213. 227. 242. 281. 335. 353. 415. 498. 565. 601. 635. 683.

[7] UB. St. Gallen Nr 383: die Frau tradiert, quidquid proprietatis in F. visa sum habere, der Mann, quidquid in P. visus sum habere, Nr 390 tradiert die Frau, was ihr die Eltern in jurem proprietatis dimiserunt, mit Vorbehalt des Niessbrauchs für den Mann (vgl. Nr 633. 655). Paterna und materna hereditas unterschieden in Nr 299. 371. 373. 701 u. sonst.

Vermögen, für diese Ehe und die darauf begründete Familie zusammengebracht, bleibt diesem Hause mit Ausschluss späterer Ehen. Tritt der gehoffte Fall nicht ein, bleibt die Ehe kinderlos, so scheiden sich auch die eingebrachten Güter wieder. Aber für den Fall beerbter Ehe ist das Vermögen communis facultas (lex Burg. I 1), d. h. Gemeinderschaftsgut. Bei Auflösung einer solchen Ehe dauert der Beisitz des Ueberlebenden mit den Kindern fort, wenn nicht durch gemeinsame Verständigung eine Theilung, partitio, Watschar erfolgt, welche ebenso gut zwischen Vater und Söhnen wie zwischen Mutter und Kindern möglich ist[8], und dem überlebenden Elterntheil gestattet, seinen Theil in eine zweite Ehe herüberzunehmen, mit ihr ein neues Hauswesen zu gründen. Ohne solche Theilung aber ist das gesammte eheliche Gut gegenüber späteren Ehen abgeschlossen, und hat eine durch Wiederverheiratung gegründete zweite Familie keinen Antheil an diesem Gemeinschaftsgute der Angehörigen erster Ehe. Das bestätigen die Urkunden: im UB. St. Gallen Nr 701 spricht der Satz: ut simul ea utamur et si Deus nobis heredem donaverit, ille habeat, aus, dass der gemeinsame Erbe das Gut erhalten soll. Was hier nur von der dos gesagt ist (welche übrigens hier wie es scheint der durch Abtheilung mit der Mutter erlangte Antheil am Gesammtgute der Eltern, also das ganze Vermögen des Ehemanns ist), gilt sonst auch von anderm undotiert gebliebenen Gute. In Nr 655 tradiert Engilbirich, Ehefrau des Gerold, was sie von ihrem Bruder erhalten hat, und empfängt das Gut auf ihre und ihres Mannes Lebenszeit gegen Zins zurück: schenkt Gott den Ehegatten communes heredes, so sollen diese das Rückkaufsrecht haben; sollte sich Gerold nach der Frau Tod wieder verheiraten und aus zweiter Ehe Kinder bekommen, so steht letztern dieses Recht nicht zu; ebensowenig aber den aus allfälliger zweiter Ehe der Engilbirich erzeugten Kindern. Das letztere ist doch sehr bezeichnend: das tradierte Gut, obschon von der Frau selbst herstammend, ist doch einer zweiten Ehe derselben völlig entfremdet, nur die Kinder erster Ehe erhalten das Rückkaufsrecht; es ist der Schluss gestattet, dass nur sie Anwartschaft auf das Gut hatten, ihr Verfangenschaftsrecht einen Anspruch der Kinder zweiter Ehe ausschloss.

---

[8] UB. St. Gallen Nr 61: die Frau Sigga tradiert dem Kloster, quidquid de filiis meis prisi in hereditate. Da die Söhne noch leben, so ist damit nicht gemeint: was ich von meinen Söhnen geerbt habe, wie Wartmann in der Ueberschrift angiebt, sondern: was ich bei der Abtheilung mit meinen Söhnen erhalten habe.

Das stimmt durchweg mit dem ostfränkischen Rechte überein. Sollen wir darum ohne weiteres Reception des fränkischen Rechtes annehmen? Ich möchte nicht wagen es zu bejahen, nicht nur weil bestimmte Anhaltspunkte dafür mangeln, sondern hauptsächlich weil in diesem Rechte doch nur die alten germanischen Rechtsgedanken ausgesprochen vorliegen, welche einer bestimmten Stammeseigenthümlichkeit ermangelnd als Gemeingut aller deutschen Stämme zu betrachten sind.

Ein fertiges Rechtsgebilde ist aber in diesem Zustande noch nicht hergestellt, alles ist noch im Flusse, unentschieden, und die Rechtsbildung geht nach allen Seiten aus einander. Die einen Rechte gelangen zu vollständiger rechtlicher Trennung der Güter als dem Mittelpunkte ihres ehelichen Güterrechtes, die andern entwickeln die Verfangenschaftsidee und bilden aus dieser schliesslich die Gütergemeinschaft heraus. Es lässt sich wahrnehmen, dass im Hochgebirge und dessen Umgebung die erste Form sich festsetzt, während man mit dem Heraustreten in das flache Land und wohl auch mit dem Eintritt in das Einwohnergemisch der Städte der Verfangenschaft begegnet.

Völlig ausgesprochen liegt die rechtliche Trennung der Güter in den Gebirgsländern der Schweiz vor. Wohl ist der Ehemann als Ehevogt Verwalter und Nutzniesser des Frauenguts, wohl giebt andrerseits auch zu den Verfügungen über seine eigenen Liegenschaften die Frau ihre Zustimmung theils wegen ihrer Leibgedings- und Morgengabsrechte, welche darauf versichert sind, theils weil ihr Eingebrachtes auf dieselben an Erb und Eigen gelegt ist; aber schon während der Ehe wird die Frau als Eigenthümerin der von ihr herrührenden Güter betrachtet[9] und bei Auflösung der Ehe fällt alles liegenschaftliche Vermögen wieder nach seiner Herkunft aus einander[10].

---

[9] Sie verfügt daher auch über ihr Gut als Hauptperson, wenn auch mit des Mannes Consens: Blumer, RG der schweiz. Demokratien I 178 Anm 81; Geschichtsfreund der V Orte I 337 (Urk. von 1377); Kopp, Geschichte der eidgen. Bünde II 6. 705; v. Wyss, Abtei Zürich, Urk. Nr 334. 249: per manum meam qui ejus tutor extiti.

[10] Schmid, Geschichte von Uri I 213 (Urk. von 1241): habuit ipse H. ex predicta uxore filiam, post cujus mortem ad ipsum predium uxoris mediante filia jure hereditario spectabat. Kopp, Geschichte der eidgen. Bünde II 718 (Urk. von 1248): Ich vro Ita in dien tagen do ich hern Heinriches seligen husvrowe was von Butenhein, choufte ich ein muli unde ander ligende gut, dar uber min wirt der selbe herre Heinrich voget was. Diese Güter hat Frau Ita in ihre zweite Ehe mit Heinrich von der Balme gebracht, und verzichtet jetzt in Folge Anspruchs des Klosters Einsiedeln auf dieselben mit ihres Wirthes Hand.

Daher gilt der rechtssprichwörtliche Grundsatz: Frauengut soll weder wachsen noch schwinden. Darnach gehört auch die ganze Errungenschaft dem Manne, wenn nicht das in den Landbüchern sich findende „Eherecht" der Frau an einem Drittel der Errungenschaft schon altes alamannisches Recht ist.

Es ist meines Erachtens unzulässig, dieses Güterrecht auf ein angeblich alt-alamannisches Güterverbindungssystem zurückzuführen. Von einem solchen kann für die lex Alamannorum so wenig wie für andere Volksrechte die Rede sein, weil sie nur mit einer, zugleich die ganze Erbabfindung der Frau in sich schliessenden Fahrnisaussteuer rechnet, und diese letztere in dem Vermögen des Mannes aufging, wofür die Frau, als Glied der Familie in das Haus des Ehemannes aufgenommen, Mitgenuss des Vermögens mit dem Manne während der Ehe und im Beisitz mit den Kindern nach Tod des Mannes hatte und allenfalls als Aequivalent der Aussteuer auch für den Fall der Wiederverheiratung die dos erhielt. Die zunächst auf die lex Alamannorum folgende Entwicklung geht ebenfalls, wie aus dem St. Galler Urkundenschatze zu entnehmen war, nicht sowohl auf das System der Güterverbindung als auf Ausbildung der Verfangenschaft an den zu diesem Zwecke geeinten Gütern. Diese Tendenz scheint auch in den schweizerischen Gebirgscantonen anfangs vorgewaltet zu haben. Ein Rechtsdenkmal alterthümlichen Charakters, die schwyzerischen Landsatzungen von 1294[11] enthalten noch zwei Bestimmungen, welche darauf zurückzuführen sind und sich in dem neuen Güterverbindungssystem von Schwyz etwas singulär ausnehmen. Nach der einen soll die Ehefrau, entgegen dem sonst in den Urcantonen bestehenden Vorzugsrechte der Ehefrau für ihr Eingebrachtes vor den Gläubigern des Mannes, nicht nur dieses Vorzugsrechtes entbehren, sondern sogar den Gläubigern des Mannes nachstehen, was wohl am besten als Ueberrest des alten Aufgehens der Aussteuer in dem Vermögen des Mannes erklärt wird[12]. Die zweite verbietet, dass einer seinem Weibe mehr als die Hälfte seines Gutes „mache". Das weist darauf zurück, dass auch hier gegenseitige Vergabungen früher üblich waren, die jetzt nicht mehr beliebt wurden. Demnach wäre das in den Landbüchern aufgezeichnete Güterverbindungsrecht neueren Ur-

[11] Bei Kothing, Das Landbuch von Schwyz S 266.

[12] Vgl. Huber a. a. O. S 26, der mit Recht bemerkt, dass diese Haftung des Frauenguts für die Schulden des Mannes — denn darum handelt es sich, weil die Frau den Gläubigern nachsteht — mit der Güterverbindung nicht wohl vereinbar ist.

sprungs. Fragen wir nach dem Grunde dafür, so dürfte er auch hier in dem Bestreben gefunden werden, die Vermögen als Familienerbgut zu consolidieren, wie es bei dem Adel in dieser Zeit allgemein hervortritt. Wir haben es hier mit Gemeinden zu thun, die sich aus einer Hörigkeit leichten Grades rasch zur Freiheit erhoben haben. Das bringt wohl Vortheile, stellt aber auch andrerseits grosse Anforderungen an die Leute. Die Familien sind nun bezüglich der Behauptung ihrer Selbständigkeit ganz auf sich selbst gestellt; die Hörigen eines grundherrlichen Verbandes haben neben ihrer Abhängigkeit doch auch einen Rückhalt an der Grundherrschaft selbst, indem sie bei ihr die Möglichkeit des Erwerbs neuer Zinsgüter finden; in grundherrlichen Gemeinden richtet man sich mehr für den Augenblick, für die momentanen Bedürfnisse ein, weil das Vermögen doch der Herrschaft gehört, der Stamm- und Erbgutsgedanke liegt hier ausserhalb des Gesichtskreises; mit jeder neuen Ehe wird ein neues Hauswesen begründet, welches eine neue Familienexistenz erzeugt; da entwickeln sich leicht die gütergemeinschaftlichen Tendenzen. In den freien Gemeinden ist das anders; die Sippe hält mehr zusammen, der Grundbesitz gewinnt mehr den Charakter des Erbguts, das Erbrecht der Töchter bleibt länger hinter dem der Söhne zurückgedrängt, wie denn auch theilweise bis in die neueste Zeit die Frauen dort von dem Erbrecht in Liegenschaften ausgeschlossen geblieben sind. Wenn nicht nothwendige Consequenz davon, so doch ein leicht damit sich verbindendes Ergebnis ist es, dass wenn mangels von Söhnen Liegenschaften an Töchter fallen, sie vom Vermögen des Mannes rechtlich getrennt bleiben, um jederzeit ohne Schwierigkeit an das Geschlecht zurückkehren zu können, für dessen ökonomische und damit sociale und politische Existenz sie die Grundlage bildet.

So, denke ich mir, ist es in den freien Gemeinwesen der innern Schweiz zu Güterverbindung gekommen, und dieselbe Erscheinung dürfen wir wohl bei den freien Gemeinden des Zürich- und des Thurgaues vermuthen, indem wir aus späteren Zuständen zurückschliessen, in welchen wir dieses System vorherrschend finden, während die grundherrlichen Gemeinden weit mehr zu Verfangenschaftsrecht und Gütergemeinschaft gelangt sind.

Diese einmal eingeschlagene Richtung ist dann mit voller Consequenz durchgeführt worden auch hinsichtlich der von der Ehefrau eingebrachten Fahrnis: der Ehemann musste sie auf seine Liegenschaften versichern, sie wurde „an Erb und Eigen gelegt“: d. h. der Mann verpfändete dafür seine Liegenschaften oder belastete dieselben mit einer Rente, welche dem Werthe des Eingebrachten entsprach.

Treten wir nun in das flache Land hinaus, so finden wir da bei den Edelleuten dieselbe Tendenz, obschon in den ersten Jahrhunderten noch verschiedene Modalitäten vorkommen. Aus der Urkunde v. J. 1087, in welcher Graf Burchard von Nellenburg die Schenkung seiner Eltern an das Kloster Allerheiligen zu Schaffhausen bestätigte, erfahren wir, dass seine Eltern sich alles ihr Gut gegenseitig unter Verfangenschaftsrecht der Kinder gewidmet hatten; darum war ihre nachherige Schenkung streng genommen ungiltig und bedurfte der Bestätigung des Sohnes[13]. Später ist dann regelmässig geworden die Witthumsbestellung seitens des Mannes zu Gunsten der Frau mit sofort eintretendem Eigenthum der Kinder an dem Leibgedinge, im wesentlichen übereinstimmend mit der Witthumsehe des ostfränkischen Adels. So bestellte i. J. 1306 Rudolf von Balm, der Königsmörder, seiner Ehefrau ein Leibgeding an seinem ganzen Vermögen unter Verfangenschaft zu Gunsten der Kinder dieser Ehe: Ich Ruodolf von der Palma ein jungherre (habe) alle min luete, alle min chilkunsezze, min burge, min vestine, min huobe, min schuopose, und alles min guot ligendes oder varndes gemacht und hingeben vron Clarun von Thengen miner ewirtin ze libgedinge und ir kinden du si bi mir heit oder noch bi mir gewinnet ze rechtem eigen[14].

In den bürgerlichen Verhältnissen dagegen finden wir im 13. Jahrhundert das Ergebnis, dass die Eheleute sich gegenseitig ihr Gut zu Leibgedinge widmen und den Kindern das Verfangenschaftsrecht constituieren. So in Zürich. Neben andern Motiven mag eine Veranlassung dazu gewesen sein und einen Hauptanstoss in dieser Richtung gegeben haben das Bedürfnis, bei Ehen von Bürgern mit Auswärtigen (also Ungenossen der Fraumünstergemeinde) die beiderseitigen Vermögen unter einem Rechte zu einen. Wie bedeutungsvoll spricht Urk. Nr 78 (v. J. 1231) in G. v. Wyss, Gesch. der Abtei Zürich, eine jener Urkunden, welche weit über das darin bezeugte Rechtsgeschäft hinaus einen Blick in ein ganzes Stück Rechtsgeschichte er-

[13] Quellen zur Schweizer Geschichte, herausgeg. von der schweiz. geschichtsforschenden Gesellschaft III 16: quia jurisperiti dicebant, parentes meos sibi invicem predia sua ea conditione tradidisse, ut ipsi ea in vita sua possiderent, et post obitum amborum filii eorum, qui essent laici, eis in hereditate succedere deberent, et idcirco patrem meum post illam traditionem nullam aliam firmam et legalem facere potuisse, ego, ubi patre defuncto et matre monacha facta, legitimus heres successi, omnia que a patre meo monasterio tradita fuerant, iterata traditione renovavi et confirmavi. Eine andere seltsame gegenseitige Vergabung von Eheleuten (halbrömisch) UB. St. Gallen III Nr 789.

[14] Kopp, Urkunden zur Geschichte der eidgen. Bünde Nr 37 S 72.

öffnen: Frau A. v. Naglinkon überträgt der Fraumünsterabtei ihre Güter mit der Bitte, ihren Ehemann Hugo Brun damit zu beleihen, und dieser bestellt seiner Frau sofort wieder Leibding daran unter Vorbehalt des Rechtes der gesetzlichen Erben. Viel weiter ausgebildet erscheint dann alles dies einige Jahrzehnte später; zunächst in der Urk. v. 1277 (v. Wyss, Abtei Zürich Nr 251), wo Ulrich am Markte seine Häuser mit dem Eigenthum das er daran hat (cum jure proprietatis quod in eisdem habebat) verkauft und seine Ehefrau resignat usumfructum sibi constitutum und die Kinder resignieren quidquid juris ex constitutione usufructus seu consuetudine terre vel alio quocunque modo eisdem in edificiis competebat. Dann i. J. 1292 (Nr 348) macht der Ehemann einen Hof der Ehefrau zu Leibgedinge und den Kindern, die sie zusammen haben, zu Erbe. In Nr 352 verkauft der Mann „zwei siniu eigenen guot" mit Willen seiner Ehefrau, „der libgedinge si waren, und mit ir beider kinde hant, der eigen si waren". Aehnlich Nr 380. Und ebenso das Umgekehrte, dass die Frau ihrem Manne Leibgeding an ihrem Gute mit Verfangenschaftsrecht der Kinder bestellt, Nr 308: „Ouch hat vro Eingilburg meister Heinrich dem schuolmeister ir wirt das hus ze lipgedinge gemachet und dien kinden ze erbe, die sie iezent hant ald noch gewinnent." Nr 387: Mechthild mediam partem arearum contulit et pepigit pro indiviso marito suo jure usufructuario pro tempore vite sue possidendas, jure tamen hereditario liberis eorundem, si quos habent vel habere contingit, penitus remanente.

Erscheint die Vermuthung eines Zusammenhangs dieser Rechtsbildung mit der Abhängigkeit von der Grundherrschaft in angedeuteter Weise nicht von vornherein verwerflich, so wird man auch in der Emancipation der Bürgerschaft von der Abtei einen Grund finden dürfen, der es erklärt, dass seit dem 14. Jahrhundert eine auf Güterverbindung gerichtete Gegenströmung die Oberhand gewinnt. Denn schon eine dem Anfange dieses Jahrhunderts angehörige Rathsverordnung[15] setzt fest, dass das von der Frau eingebrachte fahrende Gut auf ihr Begehren vom Mann an Erb und Eigen gelegt werden solle, „und swanne danne der man stirbet, so sol ir so vil guotes werden, so ir brief hat, ob an eigen oder an erbe so vil guotes da ist". Da waren doch wohl auch die Liegenschaften rechtlich getrennt und beruhte jenes Leibgedinge nur noch auf ausdrücklicher Vereinbarung.

[15] In den Richtebrief aufgenommen und abgedruckt in dessen Ausgabe im Archiv für schweiz. Geschichte V 230. Vgl. auch v. Wyss, Geschichte des Concursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich S 62 f.

Auf Grund der oben geäusserten Anschauung möchte ich auch hier sagen, dass, seitdem mit dem Schwinden der grundherrlichen Rechte der Aebtissin sich der Besitz der Bürgerschaft zu einem festen Eigenthum consolidiert, auch das beiderseits Eingebrachte der Eheleute weniger gern der Vermischung anheim gegeben wird. Das Stadtrecht von Winterthur von 1297 nimmt in dieser Hinsicht eine vermittelnde Stellung ein: das während der Ehe errungene Gut ist Leibgedinge des Ueberlebenden und Eigen der Kinder, und gehört bei Kinderlosigkeit ganz dem Ueberlebenden (III 18 u. 19); das beiderseits eingebrachte liegenschaftliche Gut kann zu Leibgedinge gemacht werden und bildet dann auch verfangenes Gut der Kinder aus dieser Ehe (III 23); sonst bleibt es getrennt und fällt gleichmässig an Kinder verschiedener Ehen desjenigen, von dem es herrührt (III 22)[16].

Gegenseitiges Leibgedingsrecht der Ehegatten unter Verfangenschaft zu Gunsten der Kinder dieser Ehe scheint nun der Schwabenspiegel geradezu als geltendes Recht darzustellen. Schwsp (L.) 161, (W.) 142 sagt: Stirbt ein in zweiter Ehe stehender Mann, so hinterlässt er sein Erbe, das er bei der ersten Frau hatte, seinen Kindern erster Ehe, und giebt seiner Ehefrau ihr Gut wieder und von seinem Gute[17] so viel als er ihr gewidmet hat (als si mit gedinge zesamen komen). Unter „Erbe“ und „Gut“ kann hier wohl nur das Immobiliarvermögen verstanden werden, weil sofort über die Fahrnis besonders und abweichend gesprochen wird, und zwar so, dass die Fahrnis unter Witwe und Kinder gleich getheilt wird[18]. Das ersteheliche (Immobiliar-) Gut des Mannes gehört also ausschliesslich den Kindern dieser Ehe, und demgemäss das zweiteheliche auch nur den Kindern der zweiten Ehe; denn, fährt die Stelle fort, wenn nach des Vaters Tode ein Kind zweiter Ehe stirbt, so wird es in seinem Immobiliargute von der Mutter (solang sie Witwe bleibt) beerbt, wie auch die im Witwenstande sterbende Mutter in ihrem Immobiliargute nur von

---

[16] Vgl. auch noch III 12—14. 20. 21. Es ist abgedruckt bei Bluntschli, RG von Zürich I Anhang S 484.

[17] Das heisst wohl nur von seinem seit Auflösung der ersten Ehe erworbenen Gute, da das sämmtliche Gut erster Ehe den Kindern gehört.

[18] So verstehe ich den viel bestrittenen Satz: So teilet er geliche under kint unde under wip . . . also sol er teilen sin varende guot. Aber wie ist die Theilung zu verstehen? zwischen Mutter und Kindern erster Ehe oder zwischen Mutter und Kindern beider Ehen? Der Miroir de Souabe I 166 nimmt Theilung zwischen Stiefmutter und Kindern erster Ehe an: il partent les biens toz ansamble la deriere fame et li prumier anfant . . . et partent les mobles. Aber der im Text besprochene Fortgang der Stelle scheint dem zu widersprechen.

den Kindern zweiter Ehe beerbt wird. Tritt aber die Witwe (Stiefmutter der erstehelichen Kinder) ihrerseits in eine neue Ehe, so hört damit ihr Erbrecht gegenüber ihren eigenen Kindern auf, und wenn ein solches Kind stirbt, so vererbt es sein liegenschaftliches Gut auf seine Geschwister (und zwar offenbar nur auf seine vollbürtigen), sein fahrendes Gut dagegen auf sämmtliche (voll- und halbbürtige) Geschwister, weil dasselbe von ihrer beider Vater herrührt.

Es werden hier complicierte Verhältnisse sehr knapp behandelt. Halten wir die einzelnen Ehen genau aus einander, so müssen wir, scheint mir, zu folgenden Sätzen gelangen. Wird die erste Ehe durch Tod der Frau aufgelöst, so behält der Witwer sein eigenes Immobiliargut unter Verfangenschaftsrecht der Kinder (und wohl auch das der verstorbenen Frau zu Leibgedingsrecht), und die Fahrnis frei. Schliesst er eine zweite Ehe ab, so kommt es daher noch nicht zu einer Realtheilung mit den Kindern; aber wenn er stirbt, so nehmen die Kinder erster Ehe sämmtliches Immobiliargut dieser Ehe ausschliesslich für sich, das des Vaters wegen ihres Verfangenschaftsrechtes, das der Mutter wegen Wegfalls des Leibgedinges; dagegen die Fahrnis wird zwischen den Kindern beider Ehen und der Witwe getheilt. Das liegenschaftliche Vermögen zweiter Ehe geht die Kinder erster Ehe nichts an, und ist, soweit es von der zweiten Frau herrührt, den Kindern zweiter Ehe verfangen, soweit es vom Manne herkommt, ihr Eigenthum unter Leibgedingsrecht der Mutter. Heiratet diese nun wieder, so bleibt sie im Genuss des zweitehelichen Immobiliarguts unter Verfangenschaftsrecht der Kinder zweiter Ehe, wie sich aus Schwsp (L.) 287, (W.) 236, Miroir II 63 ergiebt, wo es heisst: bringt der Vater Erbgut in die zweite Ehe, so erben es seine Kinder erster Ehe; dasselbe Recht haben die Kinder auch an der Mutter Erbgut. Dagegen die den Kindern der zwei früheren Ehen von ihrem gemeinschaftlichen Vater zugefallene Fahrnis geht die wiederheiratende Witwe und die dadurch begründete neue Ehe nichts an.

Es ist also sämmtlicher Immobiliarbestand einer Ehe den Kindern aus derselben verfangen[19], und zwar auf Grund gegenseitigen Leibgedinges der Eheleute zu Gunsten der Kinder, wie es uns die Zürcher

[19] So dass die Kinder erster Ehe auch vom zweitehelichen Vermögen ausgeschlossen sind. Es ist gewiss nicht daran zu denken, dass, wie Schröder II 1 S 156 annimmt, die Kinder erster Ehe auch das zweiteheliche Liegenschaftsvermögen mit den Kindern zweiter Ehe getheilt hätten. Direct spricht hiegegen der Schluss von Schwsp (L.) 161, (W.) 142, wo blos Theilung der Fahrnis unter beide Kinder angenommen ist. Ausserdem vgl. den Einwand, den Schröder II 1 S 199 Anm 16 selbst gegen seine Auffassung in Bezug auf das bair. Landrecht erhebt.

Urkunden dargestellt haben. Von gesammter Hand der Eheleute ist daher keine Rede, das Eingebrachte des Mannes und das der Frau werden rechtlich immer unterschieden, wie aus obiger Stelle (161 bezw. 142) ersichtlich. Aber die gegenseitige Leibzuchtsanwartschaft bewirkt, dass während der Ehe kein Ehegatte über sein Gut ohne Mitwirkung und Consens des andern verfügen kann[20]. Man sage nicht, damit komme das Verhältnis doch auf gesammte Hand hinaus. Es liegt nicht nur der formelle Unterschied vor, dass bei der fränkischen Gesammthand alles Eingebrachte beider Ehegatten eine Masse ist, welche bei Tod eines derselben an die Kinder zu Eigenthum anfällt, bei diesem schwäbischen Modus aber blos das Eingebrachte des verstorbenen Elterntheils an die Kinder fällt, das des überlebenden sein Eigenthum unter Anwartschaft der Kinder bleibt; sondern es handelt sich um einen Gegensatz im innersten Wesen des ehelichen Güterrechts, der sich namentlich in der Haftpflicht der Ehefrau für die Schulden des Mannes und der Ehe äussert. Die fränkische Gesammthand bringt für die Ehefrau unbedingte Schuldenhaftung mit sich, und sogar das beneficium abdicationis räumt ihr blos das Recht ein, sich selbst persönlich durch Verlassen des Sterbehauses von der Haftpflicht zu befreien, aber sie muss alles ihr Vermögen, das in die Ehe gelangt ist, auch ihre Liegenschaften, den Gläubigern des Mannes zurücklassen. Nach schwäbischem Rechte giebt es keine solche unbedingte Schuldenhaftung der Ehefrau und demgemäss auch kein beneficium abdicationis; ihre Liegenschaften werden von den Schulden des Mannes nicht ergriffen, sondern blos ihre eingebrachte Fahrnis haftet den Gläubigern des Mannes[21].

Für das, was der Schwabenspiegel in mannigfach undeutlicher Weise darstellt, scheint das Augsburger Stadtrecht das praktische Muster geliefert zu haben. Das Stadtbuch Art. 75 § 1 (Meyer S 147) zeigt, dass die Eheleute über das beiderseits zugebrachte Eigen während der Ehe gemeinsam verfügen, und zwar, wie die Fortsetzung ergiebt, darum, weil jeder auf den Fall des Ueberlebens am Eigen des Verstorbenen Leibgeding hat. Durch diese Einigung der Güter schon bei Eingehung der Ehe ist das Verfangenschaftsrecht der Kinder hergestellt, daher laut Art. 73 der Ueberlebende den Kindern das Eigen nicht ane werden (§ 3), daran keinen Schaden thun (§ 4) kann ohne den Rath von Freunden, die für die Kinder sorgen und ihr Interesse wahren.

---

[20] Dsp 34; Schwsp (L.) 34, (W.) 33. Dazu Roth, Ueber Gütereinheit und Gütergemeinschaft, in J des gem. DR III 318.

[21] Schwsp (L.) 9, (W.) 10 2. Hälfte. Zu allgemein Roth a. a. O. S 320.

Sollte dieses gegenseitige Leibgedinge der Ehegatten und das Verfangenschaftsrecht der Kinder nicht auch hier in einem Zusammenhange stehen mit einer ähnlichen Erscheinung, wie wir sie in Worms gefunden? Das Augsburger Stadtrecht von 1156 spricht von Mischehen zwischen Censualen und Unfreien[22] und entlastet solche von dem Heimfalle der Güter an die Herrschaft, falls der Zins und die Dingpflicht geleistet und das Besthaupt entrichtet wird. Das Privileg des Bischofs Hartmann von 1251 sodann[23] überlässt alles Gut eines verstorbenen Zinsmanns an die uxor und die heredes; das hat hier seine Realisierung gefunden in der Leibzucht des Ueberlebenden und der Verfangenschaft zu Gunsten der Kinder.

Es führt uns diese Bemerkung zu dem Kreise einer wichtigen Stadtrechtsfamilie, deren eheliches Güterrecht wohl wesentlich aus diesem Gesichtspunkte ihr Verständnis findet: dem der zähringischen Städte. Die Zurückführung des ehelichen Güterrechtes dieser Städte auf fränkisches, speciell kölnisches Recht, wegen der Verweisung der Stadt Freiburg im Breisgau und andrer zähringischer Gründungen an das kölnische Recht, ist kaum zulässig. Diese Bewidmung mit Kölner Recht war nicht viel mehr als ein „Programmpunkt", womit gesagt sein wollte, dass die Bürgerschaft sich ihr Recht frei sprechen möge nach dem Vorbild der Kölner, bei der sie sich in Streit- und Zweifelsfällen Raths erholen möge[24]. Speciell das eheliche Güterrecht zeigt keinen bestimmten Einfluss Kölns. Im Freiburger Stiftungsbriefe § 12 heisst es: omnis mulier viro parificabitur et econtra, in § 43: et vir mulieris erit heres et econtra. Im Stadtrodel § 25: omnis mulier est genoz viri sui in hac civitate et vir mulieris similiter, und § 26: omnis mulier erit heres viri sui et vir similiter erit heres illius. Das bezieht sich zunächst auf den Stand, die Genosssame; die Frau soll die Genossin des Mannes werden, also — wir denken an die infinitas calumnias super connubiis im Wormser Privileg von 1114 — die aus den Ansprüchen verschiedener Grundherren erwachsenden Eingriffe sollen ausgeschlossen sein; vermögensrechtlich: die Eheleute sollen frei sein von dem Heimfalle ihres Gutes an die Grundherrschaft, das Vermögen soll bei Tod eines Ehegatten in der Hand des überlebenden beisammen bleiben; das drückt der erwähnte § 43 so aus, dass der

[22] Vgl. Berner, Zur Verfassungsgeschichte der Stadt Augsburg, in Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte V 110 f.

[23] Schröder II 1 S 162.

[24] Vgl. Huber, Das kölnische Recht in den zähringischen Städten, in Z f. schweiz. R XXII 3 ff.

überlebende Theil den verstorbenen beerbe, aber Voraussetzung dabei ist doch auch das Verfangenschaftsrecht der Kinder. Denn der Freiburger Stiftungsbrief § 4 spricht das deutlich aus: si quis burgensium defungitur, uxor ejus cum liberis suis omnia possideat et sine omni conditione, wie im Wormser Privileg von 1180 gesagt ist: uxor et proles omnem viri hereditatem, tam mobilia quam immobilia, sine conditione obtinebit. Sine conditione kann heissen: ohne Fall, Fallrecht, das sonst der Herr bezieht. Wie in der Berner Handveste Art. 1: liberi ab omni servitii exactione. Die Verumständungen, unter denen diese Städte gegründet wurden, erklären hier manches: wir wissen, wie angelegen sich die Herzoge von Zähringen sein liessen, Ansiedler herbeizuziehen. Was konnte ein grösseres Lockmittel sein als die Aussicht, das Vermögen Frau und Kindern frei zu hinterlassen? Wir begegnen den gleichen Erwägungen, wie wir sie schon am Rheine gefunden und wie wir sie jetzt hier treffen, auch bei den Städteanlagen in Westfalen. Das Helmershäuser Statut von 1254 z. B. sagt: Si aliquis taliter intrantium per annum et sex ebdomadas quiete et libere residens defunctus fuerit, uxor ipsius et liberi, si quos habuerit, omnia bona defuncti possidebunt, aut si liberos non habuerit, relicta defuncti sola omnia possidebit. Dazu macht Wigand[25], dem ich die Stelle entnehme, die Bemerkung, welche mutatis mutandis auch für die zähringischen Städte geschrieben sein könnte: „Wir müssen erwägen, dass solche kleine Städte auf dem Lande aus einer alten Villa bestanden, deren Bewohner Ackerbauer waren und deren Hufen oft in gutsherrlichem Verbande standen. Indem nun zur Sicherheit des Klosters und seiner Untersassen die Villa befestigt, ein Areal zum Bau der Häuser angewiesen und dem Ort das Stadtprivileg ertheilt wurde, liessen sich sogleich auswärtige Handwerker und Hörige daselbst nieder, die bald den grössten Theil der Bevölkerung bildeten und durch Fleiss und Betriebsamkeit sich ein kleines Vermögen erwarben; überall sehen wir daher das Bestreben, dies Vermögen der Stadt zu gemeinem Nutzen zu erhalten und sowohl die Rechte der Eigenthumsherren rücksichtlich der Erbschaft zu beschränken als auch die auswärts wohnenden Erben auszuschliessen."

Was in den zähringischen Stadtrechten (ausser Freiburg im Uechtland und dessen Tochterstädten) besonders aufgefallen ist, die freie Verfügung des Ehemanns über sämmtliches Ehevermögen etiam pueris invitis et uxore nolente (Berner Handveste Art. 43), kann sich nun auch daraus erklären, dass die ersten Ansiedler dieser neugegründeten

[25] Provinzialrecht von Paderborn und Corvey II 31.

Städte ausser der area, die sie in der Stadt erhielten, kein Eigen hatten, und auch von ihren Frauen keins in die Ehe gebracht wurde. Wie nach dem alt-alamannischen und dem burgundischen Rechte der Mann die eingebrachte Fahrnis der Ehefrau in sein Vermögen aufnahm, so konnte das auch hier stattfinden, und das Recht der Ehefrau gestaltete sich dann leicht zu einem Erbrechte gegenüber dem Manne. Für die bei Gründung dieser Städte einziehenden Ansiedler handelte es sich nicht um Erbgut, die Vermögen waren noch erst zu erwerben: dem passen sich die ehegüterrechtlichen Bestimmungen der ersten Handvesten an, aber sie fixieren doch zugleich das eheliche Güterrecht auch für die Folgezeit, da diese städtischen Familien reich geworden sind; und während anderwärts, z. B. in Zürich, mit der ökonomischen Erstarkung der Einwohner der Uebergang zum Güterverbindungssystem ohne Hindernis erfolgt, weil es an gesetzlichen Bestimmungen mangelt, hält das geschriebene Recht der zähringischen Städte den alten Zustand fest.

Wir können uns überhaupt der Wahrnehmung nicht entziehen, dass je nach den vorhandenen politischen und socialen Zuständen Einflüsse mannigfachster Art von aussen her auf die innere Gestaltung des ehelichen Güterrechtes eingewirkt haben. Gerade in den Städten hat sich das Güterrecht in einem verhältnismässig kurzen Zeitraume durch die in dieser Zeit erfolgende Consolidation des Besitzes zu Erbgut wesentlich umgestalten können. Man bedenke, wie die Hauptbevölkerung der Städte seit dem 14. Jahrhundert, der Kaufmanns- und Handwerkerstand, noch im Anfange des 13. Jahrhunderts zu Zinsrecht auf den von der Grundherrschaft verliehenen areae sass, hier sich Haus und Familie gründete, und, wenn es glückte, das Vermögen errungenes Gut war, woran die Ehefrau Theil nehmen zu lassen im Sinne jener Zeit lag. Diese Leute aber, nicht die alten Ritter- und Patriciergeschlechter, welche sich mehr und mehr der Stadt entfremdeten, haben für die Ausbildung des ehelichen Güterrechtes wie überhaupt des Stadtrechtes das maassgebende Wort gesprochen. So ging hier überall die ursprüngliche Tendenz entschieden auf Ausbildung der im alten Rechte liegenden Gemeinschaftsideen. Erst wenn sich solcher Erwerb durch Generationen hindurch in einer Familie erhalten hatte und zu Erbgut geworden war, folgte er dem Zuge der Getrennthaltung von dem Vermögen des andern Ehegatten, und es bedurfte dann jeweilen der ausdrücklichen Vereinbarung, um solche Güter sich „verändern, verwandeln“ zu lassen, d. h. ihnen wieder Gemeinschaftscharakter zu geben. Dem lehrreichen Beispiele Lübecks gehen Analogien auf schwäbischer Erde zur Seite. Die Errungenschaftsgemein-

schaft, die wir zu Strassburg, zu Basel und anderwärts im späteren Mittelalter finden, hat in früherer Zeit wahrscheinlich einen andern Sinn und Werth gehabt als später; Vieles spricht dafür, dass sie in Basel bis ins 14. Jahrhundert als das ganze Vermögen umfassend galt[26], während zweifellos seit dem 14. Jahrhundert das von den beiden Ehegatten eingebrachte liegende Gut ausserhalb der Gemeinschaft bleibt und auch kein Verfangenschaftsrecht der Kinder daran besteht[27].

Es ist nicht unsre Aufgabe, diesen einzelnen Motiven allen nachzugehen, obschon gewiss in tausend Fällen solche locale Bedingungen höchst maassgebend gewesen sind, weit mehr als Kämpfe der Stammesrechte unter sich; die einfache Formel der Reception des fränkischen Rechtes würde selbst dann nicht ausreichen, wenn ihre Richtigkeit im grossen und ganzen besser begründet wäre als sie es in Wirklichkeit ist. Wäre sie für Alles genügend, so müsste sich das eheliche Güterrecht zugleich viel einheitlicher entwickelt haben und dürften nicht auf beschränktestem Raume die verschiedensten Formen neben einander auftreten, nicht blos in einzelnen grösseren Territorien, sondern in dicht an einander liegenden Grundherrschaften. Nicht der Zufall hat diese verschiedenen Rechtsgebiete im ehelichen Güterrechte so sehr aus einander geführt: überall hat ein bestimmtes locales Bedürfnis dazu genöthigt, wenn wir dasselbe auch nicht mehr in jedem einzelnen Falle nachweisen können. Was uns heute, da wir diese Bedürfnisse nicht mehr haben und diese Motive nicht mehr kennen, als reine Willkür und Zerfahrenheit erscheint, hatte seiner Zeit seine tief empfundene innere Berechtigung.

Das gilt nicht zum mindesten für die grosse Zahl der Hofrechte. Wie mannigfache Formen ehelichen Güterrechtes finden wir nicht, um nur ein Beispiel anzuführen, einzig auf dem kleinen Gebiete des heutigen Cantons Zürich. Gemeinden in freierer Stellung gelangten oft früh zu Güterverbindung; da war der Grundbesitz, wenn auch belastet, doch altererbter Besitz der Bauern, da war weniger Einwanderung

---

[26] Urk. von 1293: conjuges omnia sua bona mobilia et immobilia, que jam habent et habituri sunt, in monasterium libere transtulerunt, ita ut si R. (maritus) moriatur nec heredes procreaverit, due partes omnium bonorum, que sibi jure matrimonii secundum jus civitatis Basil. cedunt, ad monasterium libere devolvantur. Et eodem casu bona Agnese uxoris sue, vid. tertia pars quam ipsa debet capere et habere jure quo supra, ad monasterium devolvetur. Die Urk. bei Heusler, Die Bildung des Concursprozesses nach schweiz. Rechten, in Z f. schweiz. R VII 203.

[27] Das ergiebt sich aus dem Entwurf einer Stadtgerichtsordnung, abgedruckt in RQ von Basel II 486 § 104, und der Darstellung bei Heusler a. a. O., bes. S 210.

von aussen, da nahm die Herrschaft das Heimfallsrecht nicht in Anspruch. Dass es solche Gemeinden gab, welche, obschon einer Grundherrschaft zinsbar, doch ihre Freiheit und das Landrecht bewahrt hatten, hat v. Wyss[28] nachgewiesen; es sind nicht blos jene freien Gemeinden in den Freiämtern, sondern auch solche in untergeordneteren Verhältnissen, z. B. zinsbare aber freie Leute der Abtei Zürich. Die Rechtsentwicklung nahm hier oft einen ähnlichen Gang wie in den Gebirgsländern. So hat Stäfa[29] ganz getrenntes Gut von Mann und Frau. Stellen wir dem gegenüber die Dörfer Fischenthal und Wald, alte Grundherrschaften kleiner Edelleute, aus geringen Verhältnissen sich herausarbeitend, in denen sich reine Gütergemeinschaft gebildet hat. Wie ist es dazu gekommen? kaum anders als dadurch, dass die Herrschaft, um erträgliche Zustände zu schaffen, auf das Heimfallsrecht der Güter verzichtet und den Eheleuten gegenseitiges Erbrecht gewährt hat. Nicht den Verwandten, sondern den Eheleuten schenkte der Grundherr seine Rechte auf das Vermögen, weil das für seine Gutsverwaltung das Vortheilhaftere war, wie auch in Verbindung damit steht der Vorzug des Ehegatten im Erbrechte vor den Verwandten des Verstorbenen nach manchen Offnungen[30]. Namentlich mag damit beabsichtigt gewesen sein, den Rückfall der Vermögen an auswärtige Erben zu verhindern, ähnlich wie in Ostfalen die Gerade nicht an auswärtige Erben fiel[31], sondern bei Tod der Frau dem Manne blieb, und die Töchter das Heergewäte des Vaters gegenüber auswärtigen Verwandten behielten[32].

Bei den altwürtembergischen Rechten mit Verfangenschaftsrecht der Kinder und Alleinerbrecht des kinderlosen Ehegatten ist die fränkische Herkunft wahrscheinlich; denn das sind alte fränkische Colonien, wie schon die vielen auf heim und hausen (die fränkische Dorfnamenbildung) endigenden Dorfnamen beweisen[33].

Fasse ich das Ergebnis meiner Darstellung zusammen, so ist auch für das alamannische Recht ein dem Volksrechte angehöriges Güterverbindungssystem als Ausgangspunkt der Rechtsbildung, und Abänderung desselben durch Eheverträge, die sich dann zu einem gesetzlichen Rechte krystallisieren, abzulehnen. Das Volksrecht kennt überhaupt

[28] Die freien Bauern, in Z f. schweiz. Recht XVIII Abh. S 67.

[29] Grimm, Weisth. I 46 § 15.

[30] Vgl. Huber, Hist. Grundlage (s. Anm 1) S 55 f.

[31] Schröder II 3 S 6. [32] Kraut, Das Stadtrecht von Lüneburg S 5.

[33] Vgl. Arnold, Ansiedelungen und Wanderungen der deutschen Stämme S 381 f. 390 f.; derselbe, Deutsche Geschichte, fränkische Zeit Thl. 1 S 94. 120 f. 216, Thl. 2 S 21.

nur Mannesvermögen, welches die Fahrnis — das Einzige was die Frau einbringt — in sich aufnimmt, gegen die Pflicht der Dotierung der Frau. In der ersten Zeit sodann, da die Frauen auch liegenschaftserwerbsfähig werden, ist bei Mangel gesetzlicher Bestimmungen ein Zustand des Schwankens und Suchens unverkennbar, welcher aber immerhin als die vorherrschende Rechtsanschauung das Princip der gemeinsamen Nutzung und der Leibzucht der Ehegatten am gesammten Gute bei Verfangenschaftsrecht der Kinder in den Eheverträgen zum Ausdruck bringt. Erst mit der Abklärung der Bewegung, in welche die Gestaltung der Grund- und Bodenverhältnisse durch die ganze politische und sociale Entwicklung des deutschen Volkes gerathen ist, bilden sich die zwei Tendenzen der innern Getrennthaltung der Güter und der Gemeinschaft bestimmter aus. Die Consolidation des Grundeigens in freien Gemeinden als des Besitzthums, auf welchem die ganze Existenz eines Geschlechtes beruht, führt zu Güterverbindung, während die städtische Entwicklung, welche erst neue Vermögen auf der Grundlage der neuen Ansiedelungen schafft und die Ehen, nicht die alten Geschlechter als die Träger der Vermögen kennt, das Verfangenschaftsrecht und darauf gegründet gegenseitige Leibzuchtsrechte annimmt und erst später, nachdem auch hier mehr Stabilität eingetreten, hie und da zu Güterverbindung übergeht.

§ 138. E. Das bairische Recht.

Nun ist es gestattet, über das bairische Recht kürzer zu sein, indem sich hier im wesentlichen die gleiche Entwicklung wiederholt.

Schon ein flüchtiger Blick in die bairischen Traditionensammlungen reicht hin zu zeigen, wie da Alles voll ist von Gemeinderschaftsverhältnissen, die sich namentlich auch in dem Beisitz des überlebenden Ehegatten mit den Kindern äussern. Das spricht nun auch die lex Bai. XV 7 für das Verhältnis der Witwe zu den Kindern aus: Vidua, quae post mortem mariti sui in viduitate permanet, aequalem inter filios suos, id est qualem unus ex filiis, usufructuario habeat portionem, usque ad tempus vitae suae usufructuario jure possideat. In erster Linie bietet sich hier die Frage dar, ob Realtheilung gemeint sei, die Witwe also einen Kindestheil sich ausweisen lassen soll zu gesonderter Nutzung, oder ob verstanden ist, sie solle den Kindern gleich gehalten sein in der Nutzung, zu gleichem Antheile mit ihnen in dem ungetheilten Gute sitzen bleiben. Praktisch wird es von den Umständen des einzelnen Falles abgehangen haben, welcher Weg eingeschlagen wurde: bei einheitlichem Gute wurde wohl Beisitz vorgezogen, während der

Mutter ein besonderes Gut als Witwensitz überlassen wurde, wo ein solches zur Verfügung stand und sich dafür eignete. Wichtiger aber ist die Frage, ob in diesem gemeinsamen Vermögen der Witwe und der Kinder nur das väterliche Gut oder auch das Eingebrachte der Witwe selbst enthalten ist. Ich möchte nicht zweifeln, dass das ganze Ehevermögen, die omnis facultas gemeint ist, alles was von Mann und von Frau zusammengekommen ist. Viele Traditionen weisen darauf hin, so Hist. Frising. Nr 172, wo Deodolt und seine Mutter Irminrat communi manu ihren Besitz in Ekbertshofen, quidquid in vico se ipsum et matrem suam de propria hereditate habere videbantur, vergaben, besonders aber Nr 532, wonach Quartinus tradiert quidquid pater meus et mater mea mihi reliquerunt in proprium, obschon die Mutter noch lebt und ihr die Güter usufructuario ad usitandum vorbehalten werden; später tradieren beide nochmals auf ihren Todesfall propriam hereditatem suam, und zum dritten Mal erneuert dann Quartinus ohne die Mutter, die nun nicht mehr am Leben zu sein scheint, die Vergabung von Allem, quicquid habui tam de alode paterno quam de hereditate materna.

Erst bei Wiederverheiratung scheidet nicht nur die Witwe aus diesem Beisitze, in welchem sie mit den Kindern bezüglich der Nutzung gleich gehalten ist, aus, sondern es findet auch eine Sonderung des beiderseits Eingebrachten statt, und die Witwe nimmt (nach lex Bai. XV 8) ihre proprias res cum dote sua in die zweite Ehe. Aber auch dieses Gut ist den Kindern erster Ehe insoweit verfangen, als es an diese ausschliesslich wenigstens im Falle der Kinderlosigkeit der zweiten Ehe heimfällt, also eine Verfügung der Frau darüber etwa zu Gunsten ihres zweiten Ehemanns nicht gestattet ist[1]. Bei beerbter zweiter Ehe, nehme ich darnach an, beerben die Kinder beider Ehen die Mutter gleichmässig in ihren res propriae und dem Wortlaute von XV 8 nach auch in der dos, sofern die letztere, weil in Leibzucht bestehend, nicht von vorneherein für die Kinder zweiter Ehe ausser Betracht fällt.

---

[1] Anders Schröder I 151 f., der anzunehmen scheint, nur die dos sei den Kindern erster Ehe verfangen; aber das omnia, quae de filiis suis detulit, bezieht sich doch auf beides, res propriae und dos. Ferner folgert Schröder aus dem Satze: si ibi filios nec filias generavit, ein Vorzugsrecht der Töchter vor den Söhnen bezüglich der dos (gemäss der Uebersetzung: wenn sie nur Söhne, keine Töchter geboren hat). Ich halte diesen Satz blos für einen ungenauen Ausdruck, die Meinung ist: si ibi nec filios nec filias generavit, und ich übersetze: wenn sie dort, d. h. in zweiter Ehe, weder Söhne noch Töchter geboren hat, so fällt Alles, was sie aus erster Ehe in die zweite gebracht hat, an die Kinder erster Ehe zurück.

So viel scheint durch lex Bai. XV 7—9 sicher gestellt, dass erst bei Wiederverheiratung des überlebenden Elterntheils eine Auseinandersetzung der Vermögen zwischen dem letzteren und den Kindern stattfand, vorher aber Gemeinderschaft galt, welche das Gut beider Ehegatten umschloss. Diese Gemeinderschaft konnte gemäss lex Bai. I 1 durch Todtheilung (Watschar), welche wohl gleichwie im burgundischen Rechte das Gesammtgut der Ehe ergriff, aufgelöst werden; unterblieb eine solche Theilung, so nahm der überlebende Vater das ganze Vermögen, wie aus lex Bai. XV 9 hervorzugehen scheint, in eine zweite Ehe herüber, und erst bei seinem Tode nahmen die Kinder der verschiedenen Ehen das Muttergut, das sie betraf, vorweg und theilten gleichmässig das väterliche Erbe. War die Mutter dagegen der überlebende und wieder heiratende Theil, so liess sie bei ihrem Eintritt in zweite Ehe den Kindern erster Ehe das Vatergut zurück und in ihrem eigenen Vermögen participierten die Kinder beider Ehen nach ihrem Tode.

Nicht sehr klar sind die Vorschriften der lex Bai. XV 10 für den Fall der Auflösung einer kinderlosen Ehe. Die Witwe soll, solange sie nicht wieder heiratet, medietatem pecuniae bekommen, d. h. die Hälfte der Fahrnis. Daneben aber gebührte ihr wohl noch wie nach alamannischem Rechte der Beisitz im Hofe des verstorbenen Mannes oder der als dos bestellte Witwensitz. Bei Wiederverheiratung fand eine Auseinandersetzung zwischen ihr und den Verwandten des ersten Mannes ähnlich wie mit den Kindern erster Ehe statt.

Auf diesem Boden ruht nun auch das bairische Landrecht von 1346[2]. Stirbt ein Vater, heisst es da, mit Hinterlassung von Kindern aus verschiedenen Ehen, so erben die verschiedenen Kinder ihrer Mütter Gut voraus. Es ist somit das gesammte ersteheliche Vermögen auch während der zweiten Ehe des Vaters in dessen Nutzung geblieben, aber unter Verfangenschaftsrecht der Kinder erster Ehe an dem darin steckenden Muttergute. Immerhin muss auch dieses verfangene mütterliche Erbe subsidiär für die Schulden des Vaters haften, falls das väterliche Erbe dazu nicht ausreicht. Hat die Mutter wieder geheiratet, so gilt bezüglich des Anfalls des väterlichen Gutes an die verschiedenen Kinder das gleiche, aber die subsidiäre Haftpflicht desselben für die Schulden der Mutter fällt weg, ihre Schulden werden nur aus dem ungetheilten Gute bezahlt, welches dann im übrigen, soweit es

[2] Die Hauptstellen sind Art. 101 u. 113 (Ausg. von v. Freyberg IV 428 u. 431; Ausg. von Heumann, Opuscula S 81 u. 84).

die Schulden frei lassen, unter den Kindern beider Ehen gleich getheilt wird[3].

Im wesentlichen sind die Grundgedanken des bairischen Landrechtes dieselben wie die des Schwabenspiegels; es liegt kein Gesammthandsrecht vor, aber gegenseitige Leibzucht der Eheleute an dem beiderseits Eingebrachten; nur erstreckt sich das Verfangenschaftsrecht der erstehelichen Kinder nicht auf das Vermögen des parens superstes selbst, es liegt also genau besehen überhaupt kein Verfangenschaftsrecht im technischen Sinne vor, sondern einfaches Erbrecht der Kinder am Vermögen des verstorbenen Elterntheils unter Leibzucht des überlebenden, worin freilich die subsidiäre Haftpflicht dieses Gutes für die Schulden des letztern, die eine starke Gütergemeinschaftstendenz zum Ausdrucke bringt, eine Singularität bildet.

§ 139. F. Das westfälische Recht.

Wir haben uns zuerst mit der lex Saxonum auseinanderzusetzen, deren tit. 47 und 48[1] als Ausgangspunkt der Entwicklung eine Reihe von Schwierigkeiten bieten. Die hauptsächlichste derselben ist nicht sowohl die vorzugsweise ventilierte über Begriff und Wesen der altsächsischen dos, als vielmehr die gegenwärtig fast undiscutiert gelassene über das Verhältnis der tit. 47 und 48 zu einander, d. h. darüber, ob im westfälischen Rechte die Hälfte der Errungenschaft Ersatz der dos bei beerbter Ehe sei oder unabhängig von der dos bei beerbter wie bei unbeerbter Ehe der Frau gehöre.

Bezüglich der Natur der dos, über deren Charakter als einer Zuwendung seitens des Mannes an die Ehefrau weiter kein Zweifel sein kann, schwankt die heutige Litteratur in der Wahl zwischen der späteren ostfälischen Leibzucht und der Morgengabe, von der Ansicht ausgehend, dass sie in einer dieser Formen, die dem mittelalterlichen

---

[3] Ueber die Uebereinstimmung des österreichischen Rechts, speciell des Stadtrechts von Wien mit diesen Grundsätzen s. Schröder II 1, bes. S 204 f. 209 f.

[1] Sie lauten, tit. 47: Dotis ratio duplex est: Ostfalai et Angarii volunt, si femina filios genuerit, habeat dotem, quam in nuptiis accepit, quamdiu vivit, filiisque dimittat; si vero filii matre superstite moriuntur, ipsaque post obierit, dotem proximi ejus in hereditatem accipiant; si autem filios non habuerit, dos ad dantem si vivit revertatur, si defunctus est ad proximos heredes ejus. Apud Westfalaos: postquam mulier filios genuerit, dotem amittat; si autem non genuerit, ad dies suos dotem possideat, post decessum ejus dos ad dantem vel, si deest, ad proximos heredes ejus revertatur. 48: De eo quod vir et mulier simul conquisierint, mulier mediam porcionem accipiat; hoc apud Westfalaos; apud Ostfalaos et Angarios nihil accipiat, sed contenta sit dote sua.

Sachsenrechte geläufig sind, fortgesetzt sei. Für beides lassen sich Belege des Sprachgebrauchs beibringen[2]. Aber es fragt sich, ob es richtig ist, die Wahl überhaupt nur auf Morgengabe oder Leibzucht des späteren Rechts zu stellen, und ob nicht ein Drittes möglich ist. Zu der Morgengabe des Ssp passt besonders nicht der Rückfall der dos nach dem Tode der unbeerbten Frau an die Erben des Mannes, im allgemeinen nicht die Unterscheidung für den Fall beerbter und unbeerbter Ehe. Selbst Gaupp[3], dem die Neueren gefolgt sind, muss zugeben, dass „eine im Rechte der Morgengabe allmählich eingetretene Veränderung" anzunehmen sei. Mit der Leibzucht des Ssp dagegen vereinigt sich nicht gar gut, dass die dos der lex Sax. gesetzlich gefordert, „ein organisches Institut des ehelichen Güterrechtes"[4] zu sein scheint, was die spätere Leibzucht nicht ist; ferner, dass die Dosbestellung mit dem Eheschluss verbunden ist, die Leibzucht erst während der Ehe constituiert werden kann; endlich dass auch der Mittelsatz „si vero filii — accipiant" sich bei der reinen Leibzucht etwas fremdartig ausnimmt, indem der erbrechtliche Gedanke, der diesen Satz erklären muss[5], hier ziemlich unnöthig herbeigezogen erscheint. Wir dürfen aber wohl hinter dieser altsächsischen dos etwas suchen, was weder die Morgengabe noch die Leibzucht des späteren Rechtes vollständig wiedergeben. Von der lex Sax. bis zum Ssp kann sich das Eine und das Andere geändert haben, wie ja auch der Ssp von einer Zuwendung des Mannes an die Frau unter dem Namen Ursale, die früher eine grössere Rolle gespielt haben muss, als von einer schon fast verschollenen Sache spricht. Zur Erkenntnis der westfälischen dos der lex Saxonum müssen wir vor allem das Verhältnis der tit. 47 und 48 zu einander feststellen.

Die jetzt allgemein herrschende Meinung[6] giebt der westfälischen Witwe die Hälfte der Errungenschaft bei beerbter Ehe und nur bei

---

[2] Einerseits UB. Westfalen (Seibertz) I Nr 61: dotem que vulgari lingua dicitur morgengave; Westf. UB. (Wilmans) Nr 1137: dotavit titulo donationis quod morgengave dicitur. Andererseits C. d. Anhalt. I Nr 31, wo Otto I. auf Antrieb seiner Mutter Mathilde dem Servatiuskloster zu Quedlinburg quasdam res suae proprietatis schenkt, quas usque huc (Mathildis) dotali possidebat jure. Das war aber Leibzucht, wie die Bestellungsurkunde (Erath, C. d. Quedl. Nr 3) ergiebt. Demgemäss dürfte sich auch die bezügliche Stelle der vita Mathildis (vgl. Schröder I 102 Anm 16) auf Leibzucht beziehen.

[3] Recht und Verfassung der alten Sachsen S 186.

[4] Schröder II 3 S 332 Anm 1.

[5] v. Martitz, Eheliches Güterrecht des Ssp S 179 Anm 10, S 195 Anm 8.

[6] v. Richthofen, Ausg. der lex Sax. bei Pertz V 74 Anm 28 mit Berufung auf Gaupp a. a. O. S 183; Schröder I 103, II 3 S 110. Anders die aelteren,

solcher, und zwar als Ersatz für die durch Kindergeburt hinfällig gewordene dos. Aus dem Satze des tit. 47: apud Westfalaos, postquam mulier filios genuerit, dotem amittat, wird gewiss richtig deduciert: sie verliert die dos, weil sie etwas Anderes, Besseres dafür bekommt; denn es ist kein Grund einzusehen, warum die beerbte Frau schlechter gestellt werden sollte als die unbeerbte. Diesen Ersatz findet man in der Hälfte der Errungenschaft des tit. 48, und daraus ergiebt sich dann allerdings die Nothwendigkeit, der kinderlosen Frau die Errungenschaftshälfte abzusprechen, weil sonst diese beides erhielte und in einer Weise, welche im deutschen Rechte wohl ohne Analogie sein würde, vor der beerbten Frau bevorzugt wäre.

Doch stehen dieser Ansicht erhebliche Bedenken entgegen. Sie hat zur unumgänglichen Voraussetzung, dass jedenfalls immer Errungenschaft vorhanden war, und zwar in so erheblichem Betrage, dass die beerbte Frau bei dem Tausche nicht zu kurz kam, gegentheils profitierte. Aber konnte mit dieser Voraussetzung so bestimmt gerechnet werden? Es hat wohl schon damals genug Ehen gegeben, welche ökonomisch nicht vorwärts gekommen sind. Man setzte also in allen diesen Fällen — wenn die herrschende Ansicht richtig ist — die Frau der Gefahr aus, bei beerbter Ehe von den Kindern auf die Gasse gestellt zu werden, weil ihre dos untergegangen und keine Errungenschaft vorhanden war; das widerspricht allem altdeutschen Eherecht. Dazu kommt nun aber, dass der tit. 48 bezüglich der Errungenschaft auch nicht mit einer Silbe beerbte und unbeerbte westfälische Ehe unterscheidet, sondern blos west- und ostfälische Ehe. Bei den Westfalen, heisst es, erhält die Frau (also die beerbte und die kinderlose) die Hälfte der Errungenschaft, bei den Ostfalen soll sie sich an der dos genügen lassen. Auch dieses contenta sit dote sua weist darauf hin, dass die westfälische Witwe mehr erhält, und zwar, müssen wir nach dem Wortlaute annehmen, auch die kinderlose.

Wir sind aus diesen Gründen genöthigt anzunehmen, dass der tit. 48 nicht in dem engen Zusammenhange mit dem Vorangehenden stehe, wie die herrschende Auffassung supponiert, und dass er die Errungenschaftshälfte *jeder* Witwe zuspreche[7]. Dann aber folgt allerdings so-

---

so *Euler*, Die Güter- und Erbrechte der Ehegatten S 6: „Es gebührte der Witwe *neben der dos* ein Antheil an der ehelichen Errungenschaft."

[7] *Schröder* II 3 S 24 nimmt freilich an, auch das spätere westfälische Recht gebe der Frau die Hälfte der Errungenschaft nur bei beerbter Ehe, weil bei unbeerbter Ehe davon nicht die Rede sei. Die Sache verhält sich aber so: blos die Erben der Frau erhalten bei Vorabsterben der Frau vor dem Manne nichts von

fort daraus die Nothwendigkeit der weiteren Annahme, dass der tit. 47 von einem wichtigen Elemente des westfälischen Ehegüterrechtes, nämlich von dem Ersatze der dos bei beerbter Ehe, schweige. Denn etwas — das kann kein Zweifel sein und ergiebt sich schon aus unsrer eigenen Betrachtung — muss bei beerbter Ehe an die Stelle der dos treten. Dieser Ersatz aber ist nicht die in tausend Fällen illusorische Errungenschaft, sondern etwas, das wir auf dem Hauptvermögen suchen müssen. Fassen wir nun das älteste westfälische Landrecht ins Auge, so treffen wir auf so reich und voll entwickelte Gemeinderschaftszustände mit Gesammthand von Eltern und Kindern, dass ich nicht zweifeln möchte, die dos werde im Falle der beerbten Ehe ersetzt durch das unentziehbare Recht der Mutter auf Beisitz mit den Kindern im Gesammtgute[8]. Die dos fällt also allerdings, um mit Schröder zu reden, der Gütergemeinschaft zum Opfer: nur nicht der Errungenschaftsgemeinschaft, sondern der allgemeinen. Nun begreifen wir auch, warum tit. 47 von diesem Ersatze der dos schweigt: er verstand sich von selbst; die Frau verliert bei beerbter Ehe die dos, weil sie derselben in der durch die Geburt von Kindern begründeten Gemeinderschaft nicht mehr bedarf. Man vergleiche dazu Trad. Corb. (Wigand) § 248: Notitia de traditione, quam Tiadde marscalcus in pago D. fecit, ea ratione ut quamdiu vixerit ipse possideat, quod si filios habuerit, irrita erit traditio; sin autem, firma permaneat et post obitum marscalci duas villas ad monasterium habitatores loci statim recipiant, terciam vero uxor ejus usque ad obitum suum possideat, post cujus obitum ad monasterium revertatur hereditas. Diese villa ist als die dos der Frau zu denken, sie bleibt ihr für den Fall der Kinderlosigkeit und zwar zu Leibzucht, dagegen vom Antheil der Witwe bei beerbter Ehe ist auch nicht gesprochen, es ist genug gesagt mit der Bestimmung, dass bei Vorhandensein von Kindern die Schenkung hinfällig sein solle, die sämmtlichen drei villae bleiben dann eben im Gesammtbesitz der Witwe und der Kinder[9].

---

der Errungenschaft, die überlebende Frau selbst aber nimmt die Hälfte derselben mit der Hälfte des eingebrachten Mannesvermögens.

[8] Darauf weist auch das angelsächsische Recht, welches der Witwe bei beerbter Ehe die Hälfte des Vermögens des Mannes giebt, bei unbeerbter dagegen die Morgengabe: Schröder I 96 ff. Oder eine andere Analogie: in einem ungedruckten Walliser Weisthum des 14. oder 15. Jahrh. heisst es: Item dicitur quod jus est, quando una femina habet pueros legitimos, quod illa femina non accipit nisi medietatem dotis ejus cui dicitur morkengaba; warum? weil sie dann, wie das Landrecht von Wallis ergiebt, den Ususfruct am Vermögen des Mannes erhält.

[9] Aehnlich das. § 382. Vgl. Westf. UB. (Wilmans) Nr 1267: in quibus centum molt (puellae in donationem propter nuptias assignatis) puella, si eum

Nun beachte man die Ausdrucksweise der Urkunden, welche Vergabungen seitens von Eheleuten oder Eltern und Kindern verbriefen. Dieselben weisen constant für Westfalen eine Verfügung über die Liegenschaften durch Mann, Frau und Kinder gemeinsam auf. Ich führe folgende Modalitäten an:

1. Mann und Frau (comes D. et uxor ejus H., G. et uxor sua C. u. dgl.) veräussern mit Consens der Kinder[10].

2. Der Mann mit Consens der Frau und der Kinder, oder una cum uxore et liberis, vergabt[11].

3. Der Mann tam ipse quam uxor sua et liberi[12].

4. Der Mann mit verbundener oder gesammter Hand (conjuncta oder communi manu) von Frau und Kindern[13].

5. Oder gar comes A. et uxor ejus et utriusque filia cum essent coheredes unanimi consensu contulerunt (Reg. Westf. II Nr 592).

Dabei ist jeweilen nicht ersichtlich, woher das Gut stammt, welches solchergestalt veräussert wird, die Eheleute tradieren sue proprietatis mansum, fundum in propria sua hereditate, patrimonii sui portionem, jugera que habuerunt in campo L. Aber auch, wo das Gut als vom Manne herkommend angegeben ist, wirkt die Frau in gleicher Weise mit, weil sie mit dem Manne im gemeinsamen Genusse steht und auf den Todesfall des Mannes den Genuss mit den Kindern zusammen fortzusetzen hat, daher es auch in den Trad. Corb. § 23 heisst: O. tradidit predium, quod ipse et conjux ejus in villa N. possederunt[14].

(maritum) sine herede decedere contigerit, usumfructum quoad vixerit obtinebit. Was bei beerbter Ehe eintreten soll, ist auch hier mit Stillschweigen übergangen. Die vita S. Meinwerci berichtet, Bischof Meinwerk von Paderborn habe nach seines Vaters Tod der Mutter omnia predia que hereditario jure possederat überlassen (vgl. Reg. Westf. [Erhard] I UB. Nr 88), speciell die bona hereditaria in Saxonia posita ad temporalis vite subsidia concediert. Darüber verfügt dann die Mutter in einer den Widerspruch des Sohnes hervorrufenden Weise, aber ihre Nutzniessung am Gesammtgute ist unbeanstandet und sogar vom Sohne, der diese Güter ja nicht selber bewirthschaftet, in weitestem Umfange eingeräumt.

[10] Reg. Westf. (Erhard) I UB. Nr 96. 154. 172, II Nr 205. 241. 252. 335. 442. 511.

[11] Reg. Westf. II Nr 460. 580. 412. 477. 339. 382. 324. Kindlinger, Münster. Beiträge III 1 Nr 57. 58. 70. 76. 94. 98. 99. Reg. Westf. I Nr 108, II Nr 203. 249. 296. 313. 523. 535. 437.

[12] Kindlinger a. a. O. S 192 hinter Nr 75. Reg. Westf. II Nr 488.

[13] Reg. Westf. II Nr 430. 576.

[14] Nicht correct ist aber, was Schröder II 3 S 244 aus den Corveyer Traditionen entnimmt, dass die Gesammthand sich bald in Vertretung von Frau und Kindern durch den Mann, bald in Vertretung des Mannes und der Kinder durch die

Darnach dürfen wir der westfälischen dos der lex Saxonum einen ähnlichen Charakter zuweisen wie ihn die fränkische und die alamannische hat: eine Gegenleistung gegen das von der Frau Eingebrachte hauptsächlich für den Fall der Absonderung der beiderseitigen Güter, welche bei unbeerbter Ehe eintritt, daher sie bei beerbter Ehe überflüssig gemacht wird durch das Recht der Witwe, in ungetheiltem Genusse des Gesammtguts mit den Kindern zu bleiben. Für den Fall der Wiederverheiratung aber bleibt der beerbten Witwe dieser Beisitz unter Verfangenschaftsrecht der Kinder, der unbeerbten die dos zu Leibzucht, beiden die Errungenschaftshälfte zu freier Verfügung. Es dürfte sich für das älteste westfälische Landrecht schon das Resultat ergeben, das die (wie Schröder II 3 S 112 sagt) „im Uebergangsstadium stehen gebliebenen" Stadtrechte Westfalens aufweisen: die Mutter, oder wie wir vielleicht verallgemeinernd sagen dürfen, der überlebende Elterntheil bleibt mit den Kindern im Beisitz des Gesammtgutes, aber die Erbgüter (bona hereditaria) sind den Kindern verfangen, und blos die Hälfte der Errungenschaft nimmt er frei in die zweite Ehe.

Der Errungenschaftsbegriff ist nun hauptsächlich weiter entwickelt und ausgedehnt worden. Die westfälischen Stadtrechte führen die Unterscheidung von Erbgütern und Weichbildgütern durch, und zwar eben in der Richtung, dass die Erbgüter verfangenes Gut sind, während der überlebende Ehegatte die Hälfte der Weichbildgüter frei in die zweite Ehe herübernimmt. Es ist Schröder II 3 S 117 völlig zuzugeben, dass dieser Gegensatz von Erb- und Weichbildgütern nicht identisch ist mit dem von Erbgut und Errungenschaft, doch möchte ich die Modification anbringen, dass er im späteren Rechte nicht mehr identisch damit sei, d. h. also, dass er ursprünglich damit identisch war, aus ihm hervorgegangen ist, historisch der bestimmteste Zusammenhang zwischen Errungenschaft und Weichbildgut besteht. Betrachten wir das bei Anlegung dieser westfälischen Städte eingeschlagene Verfahren, so finden wir ähnlich wie bei den zähringischen Städtegründungen, dass den Ansiedlern Bauplätze gegen mässigen Zins

---

Frau, bald in Vertretung der Eltern durch die Kinder geäussert habe. Schröder schliesst das aus den häufigen Formeln: pro conjuge sua, pro viro suo, pro parentibus suis tradidit. Das will aber nicht sagen: in Vertretung der Frau, des Mannes u. s. w., sondern zum Seelenheile der Frau u. s. w., pro commemoratione sua (Trad. Corb. § 23), pro anima ejus (das. § 30. 233 ff. 241 f. 252 u. öfter), pro se suisque omnibus (das. § 40), pro se suisque debitoribus (das. § 71. 419 u. öfter). Auch sonst, z. B. im Cod. dipl. Anhalt. I Nr 2; C. d. Fuld. Nr 88; UB. St. Gallen Nr 455; Mon. Bo. II 295, III 33 Nr 95 u. s. w.

verliehen wurden, welcher Wortzins, Weichbildzins hiess, wovon das Verhältnis Weichbildrecht genannt wurde[15]. Wie derart durch Zerstückelung eines grösseren Gutes eine Stadt angelegt wurde, zeigt die Urk. des Westf. UB. (Wilmans) Nr 349: Agros curtis nostre Telgeth eo jure quod dicitur wicbilethe distribuimus inter ministeriales ecclesie nostre ibidem degentes et ejusdem oppidi cives, ut novelle munitionis locus sic circa initium sui aliquo modo incrementum sumeret[16]. Wo von einem freien Dorfe aus, oder wenigstens von einem solchen, dessen Bewohner freie Landsassen (oder gar Pfleghafte) geblieben waren und den Zusammenhang ihres Grundbesitzes mit dem Landrechte gewahrt hatten, eine Stadt angelegt und durch diese Dorfbewohner bevölkert wurde, wie das bei verschiedenen westfälischen Städten der Fall war[17], ergab sich besonders leicht das Resultat, dass diese Weichbildgüter, die nicht freies Eigen waren, nicht als auf gleicher Linie mit den Gütern stehend erschienen, welche die Ansiedler als freie Leute (Pfleghafte) auf dem Lande behalten hatten. Sie waren zugleich neuer Erwerb und wegen des blossen Erbzinsrechtes, das daran erworben war, weniger werth: so traten sie unter den Gesichtspunkt und das Loos der vom Erbgut gesonderten Errungenschaft[18]. So sind die Weichbildgüter in Herford die auf fremdem Grund und Boden stehenden Wohngebäude, welche der Erbgutsqualität ermangeln. Wie wurde das durch die Kleinheit der Verhältnisse in diesen westfälischen Städtchen erleichtert! Es handelte sich um geringe Areale und Parcellen, nicht um grosse Gutscomplexe. Und zumal im Vergleiche mit den Gütern auf dem Lande erschienen diese Stadthäuser als untergeordnet; denn es ist sehr berücksichtigenswerth: die Bewohner dieser Städte blieben daneben immer noch Bauern, sahen in ihrer bäuerlichen Beschäftigung ihre wesentliche Existenz und stellten darum auch ihr Stadthaus mit ihrem Bauerngut nicht auf gleiche Linie. Z. B. die Stadt Rüden, obschon „die zweite unter den vier Hauptstädten West-

[15] Viele Beispiele zusammengestellt bei Pauli, Die Wieboldsrenten S 2 ff.

[16] Aehnlich das. Nr 348: Vergrösserung des städtischen Bezirks; agros curtis civibus ad excolendum duximus locandos in titulum juris quod wicbilethereth dicitur.

[17] Und auch ausserhalb Westfalens, z. B. bei Mühlhausen in Thüringen, das von dem nördlich davon gelegenen Dorfe aus ist bevölkert worden. Stephan, Das älteste Rechtsbuch der Reichsstadt Mühlhausen (Neue Stofflieferungen für die deutsche Geschichte Heft 1) S 11.

[18] Daher in Lübeck, wo die ersten Ansiedler ihre Areale zinsfrei erhielten, dieselben als Erbe den Häusern, die sie selbst zu Weichbildrecht ausgegeben haben, entgegengesetzt sind: Pauli, Lübeckische Zustände I 44 f., bes. 46. Vgl. auch die Erbsassen, erfhachtighe lude, homines bona hereditaria habentes in Dortmund: Frensdorff, Dortmunder Statuten und Urtheile S LIV.

falens“ genannt, deren Recht nächst dem Soester Stadtrecht die grösste Ausdehnung in Westfalen gewonnen hat[19], ist immer recht unbedeutend geblieben. Und dieses Rüden, erst im Jahre 1200 angelegt, stand mit einigen Dörfern von Anfang an in einem Communalverbande[20], eben in Folge der Ansiedlung der Stadt von diesen Dörfern her, welche bewirkte, dass die Güter auf dem Lande Erbgut blieben, für die Bauplätze dagegen, die der Graf von Arnsberg in der Stadt anwies, die Errungenschaftsgrundsätze angenommen wurden. So ist auch Herford von einer Bürgerschaft bewohnt gewesen, die grossentheils Güter und Höfe ausserhalb der Stadt unter den benachbarten Landesherrn besass, und zwar als ihr Hauptvermögen[21]. Im Stadtrechte der Stadt Brilon v. 1290 Art. 1[22] ist demgemäss der Gegensatz der immobilia infra oppidum und der agri camporum, also der Weichbild- und der Erbgüter[23], darauf gestellt, dass jene an der Gütergemeinschaft Theil nehmen, diese den Erben reserviert sind; und das ist überhaupt das Princip in den westfälischen Städten. Die grosse ökonomische Verschiedenheit der städtischen und der ländlichen Vermögensobjecte bewirkte auch die rechtliche Gegensätzlichkeit, und wenn wir dieselbe sich darin aussprechen sehen, dass die Erbgüter der Verfangenschaft unterlagen und bei Wiederverheiratung des parens superstes den Kindern erster Ehe mussten zurückgelassen werden, von den Weichbildgütern dagegen der Ueberlebende die Hälfte in die zweite Ehe herübernahm[24], so ist es nach dem Vorstehenden doch mehr als blosse Vermuthung, dass das Stadtrecht in diesem Gegensatz nur den alten landrechtlichen der Erbgüter und der Errungenschaft reproduciert.

Es hat aber die Verschiedenheit von Erb- und Weichbildgut ausserdem noch eine andere Spitze, welche nicht weniger deutlich auf diesen angedeuteten Ursprung zurückführt: während bestehender Ehe war, wie schon oben urkundlich belegt und wie aus den spätern Rechtsquellen ersichtlich, Veräusserung von Erbgut nur durch das ge-

---

[19] Seibertz, Die Statutar- und Gewohnheitsrechte des Herzogthums Westfalen S 74. 83 f. Frensdorff a. a. O. S XVII bemerkt auch, man dürfe sich die Verhältnisse Dortmunds nicht gross und glänzend vorstellen.

[20] Seibertz a. a. O. S 84.

[21] Wigand, Provinzialrecht von Paderborn und Corvey II 59 macht darauf aufmerksam, wie wenig bei solchen Städten an Handelsstädte, deren Geldvermögen das Grundvermögen überwog, zu denken sei.

[22] UB. Westfalen (Seibertz) I Nr 434.

[23] In der Uebersetzung des Stadtrechts, das. Nr 435 S 530 wibbelde gud und erfflike gud.

[24] Schröder II 3 S 116 f.

meinsame Handeln der Eltern und der Kinder zulässig, über Weichbildgüter dagegen herrschte die freie Disposition des Mannes[25].

Nun muss sich auch aus der hier skizzierten Entwicklung des westfälischen Rechts ergeben, dass die Verfangenschaft nicht neues Stadtrecht, sondern das alte Landrecht ist, denn sie besteht gerade für die Erbgüter und hat in der Stadt anfangs gar keinen Boden, ist hier ausgeschlossen durch das Weichbildrecht und die Behandlung der Weichbildgüter als Errungenschaft.

Ist die Darstellung dieses Paragraphen richtig, so wird der Gang der Rechtsbildung in Westfalen doch anders aufzufassen sein als gemeiniglich angenommen wird. Denn auch für das alte westfälische Recht hält man das Dogma von der inneren, rechtlichen Getrenntheit des beiderseits Eingebrachten fest, somit das System der Güterverbindung, welches blos bei der beerbten Ehe durch die Errungenschaftsgemeinschaft modificiert sei. Aus dieser schon während der Ehe bestehenden Errungenschaftsgemeinschaft soll sich dann das Mitwirkungsrecht der Ehefrau auch bei Verfügung über die Erbgüter des Mannes gebildet haben, weil diese die Hauptquelle des ehelichen Erwerbes waren, und so sei die gesammte Hand der Eheleute in Bezug auf alles Vermögen bei beerbter Ehe entstanden[26]. Dem gegenüber scheint mir richtiger, dass schon nach altem westfälischen Volksrechte durch die Geburt eines Kindes sich insofern eine Gütervereinigung vollzog, als nun der Beisitz des überlebenden Ehegatten mit den Kindern unter Verfangenschaftsrecht der letztern gerade an den eingebrachten Erbgütern begründet und demgemäss auch schon während der Ehe eine gemeinschaftliche Verfügung der Ehegatten und der Kinder über diese Güter hervorgerufen wurde, während die Errungenschaft von der Verfangenschaft ausgeschlossen war und bei der Wiederverheiratung des Vaters (Witwers) ganz, bei der der Mutter (Witwe) zur Hälfte in die zweite Ehe frei herübergenommen wurde. Erst allmählich erzeugte die städtische Entwicklung ein Recht, welches auf das Resultat Schröders im wesentlichen hinausläuft. In den Städten nämlich bildete sich ein neues Vermögen, das Weichbildgut, neben dem Erbgut; für letzteres blieb vorläufig das alte Recht, für ersteres galt zwar auch der Beisitz des überlebenden Ehegatten mit den Kindern, aber weil es Errungenschaftscharakter hatte, wurde es bei Wiederverheiratung nach Errungenschaftsrecht behandelt. Der Endpunkt und das schliessliche Ergebnis dieser städtischen Rechtsbildung lag

[25] Seibertz, Statutarrechte S 93.

[26] Man sehe etwa Schröder II 3 S 304 f.

aber darin, dass das Erbgüter- und das Weichbildgüterrecht möglichst ausgeglichen wurden, wie das im Laufe der Zeit nicht anders denkbar war. Und zwar ist das Weichbildgüterrecht im wesentlichen zur Vorherrschaft gelangt, in der Weise, dass sämmtliches Immobiliarvermögen bei Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten zwischen diesem und den Kindern halb und halb getheilt wird, auch bei Wiederverheiratung des Vaters, der nicht mehr das Ganze in die zweite Ehe nehmen kann, weil es sich jetzt nicht mehr blos um die Errungenschaft, sondern um das ganze Ehevermögen handelt. So ist das System, das man westfälische Gütergemeinschaft nennt, ausgebildet worden.

Dass dieses Rechtssystem in den Städten selbst durch die wachsende Bedeutung und das mehr und mehr hervortretende Ueberwiegen der Weichbildgüter zur Geltung kam, bedarf keiner Erklärung. Aber auch sein Eindringen in die Rechte des Landes ist leicht verständlich. Wir können überall und zu jeder Zeit wahrnehmen, dass das Land gern das ausgebildete Recht der Städte annimmt: nicht nur in Gebieten, welche von Städten regiert sind, wie wir das z. B. in den Unterthanenschaften von Zürich, Luzern, Bern u. a. deutlich verfolgen, sondern auch ohne solche politische Abhängigkeit hält man sich auf dem Lande gern an das Recht einer benachbarten Stadt, die durch ihr gut besetztes Gericht und ihre sorgsame Rechtspflege eines Ansehens geniesst. Zudem beachte man für Westfalen das Moment, welches Seibertz[27] erwähnt, dass die landesherrlichen Richter in den um Rüden gelegenen Dörfern dem alten Stadtrechte zufolge Rüdener Bürger sein mussten, welche die städtischen Rechtsgrundsätze im ganzen Bereiche ihres Jurisdictionsbezirkes zur Anwendung brachten.

In der letzten Entwicklung der westfälischen Gütergemeinschaft haben wir also immer noch als die Grundlage anzusehen einerseits den alten Beisitz des überlebenden Ehegatten mit den Kindern in sämmtlichem Gute, nur andrerseits mit der Aenderung gegenüber dem alten Rechte, dass die Erbgüter den Kindern nicht mehr vollständig verfangen sind, sondern dass sie für den Fall der Auflösung des Beisitzes, besonders also für den Fall der Wiederverheiratung des parens superstes, unter die Weichbildgüternatur gestellt nach Hälften getheilt werden. Aber das ist eben sehr charakteristisch, dass in dieser „allgemeinen Gütergemeinschaft" Westfalens[28] regelmässig erst getheilt wird bei Eingehung der zweiten Ehe oder behufs der Wiederverhei-

[27] Statutarrechte S 84.

[28] Vgl. Schröder II 3 S 119 ff.

ratung[29]. Ohne zweite Ehe keine Theilung: das beweist doch, dass das Beisammenbleiben das Ursprüngliche ist.

Man kann nun freilich mit Recht sagen, dass, sobald diese Entwicklung vollzogen ist, nicht mehr von Verfangenschaft könne geredet werden. Solche ist vorhanden, wo der überlebende Ehegatte das gesammte liegende Gut der ersten Ehe, sein eigenes und das des Verstorbenen, auch in zweiter Ehe nutzt und verwaltet, aber nichts davon an Frau und Kinder zweiter Ehe gelangt, sondern schliesslich alles, auch sein eigenes in die erste Ehe gebrachtes, doch den Kindern dieser ersten Ehe zufällt. Bei der westfälischen Gütergemeinschaft ist es nicht mehr so: was der überlebende Ehegatte als seinen Hälfteantheil am Gesammtgute in die zweite Ehe bringt, kommt auch dieser zu gute, freilich nach einigen Rechten nicht ausschliesslich, sondern unter Mitbetheiligung der Kinder erster Ehe. Diese westfälische Theilung des Gesammtguts ist somit auch nach dieser Seite, wie wir bei Betrachtung des Vermögensrechtes zwischen Eltern und Kindern noch sehen werden, etwas anderes als die auch im fränkischen Rechte vorkommende Auflösung der Verfangenschaft durch Todtheilung; bei dieser letztern fällt der Theil des wiederheiratenden parens der zweiten Ehe ausschliesslich zu, während bei der westfälischen Theilung den Kindern erster Ehe unter Umständen (vgl. § 162 a. E.) ihr gesetzliches Erbrecht an der elterlichen Hälfte neben allfälligen Kindern zweiter Ehe gewahrt bleibt, die von ihnen voraus bezogene Hälfte eben nur als das Erbe ihres verstorbenen parens gilt[30]. Es ist ersichtlich, wie leicht sich eben darum aus diesem System des westfälischen Rechtes die Idee der fortgesetzten Gütergemeinschaft herausbilden konnte.

Zum Schluss sei noch kurz auf die juristisch bedeutende und consequente Rechtsbildung von Lübeck hingewiesen. Das Princip des westfälischen Rechts ist hier sehr rein zur Durchführung gekommen, so, dass alles Immobiliargut den Charakter von Weichbildgut angenommen hat mit der Folge allgemeiner Gütergemeinschaft und Halbtheilung, daher bei beerbter Ehe keine Trennung zwischen einem den Kindern verfangenen Gute und einem zu freier Disposition des parens

---

[29] Soester Schrae § 162; add. 5 und andere bei Schröder S 119 ff. citierte Quellen. Immer kommt es zur Theilung erst, wenn der parens superstes sich „verandersaten", verändern will. Pauli, Das Recht der Erbgüter nach lüb. Recht (Abh. aus dem lüb. Recht I) S 72 ff.: „Das Recht verpflichtete den zur zweiten Ehe Schreitenden, den Kindern die Hälfte des Sammtguts herauszugeben."

[30] Pauli, Recht der Erbgüter S 73 f.

superstes bleibenden vorliegt. Denn das gesammte eheliche Immobiliarvermögen wird durch den Tod eines Elterntheils Sammtgut des Ueberlebenden und der Kinder, und bei Wiederverheiratung werden letztere mit der Hälfte ausgewiesen, ohne deshalb ihr gesetzliches Erbrecht am Vermögen des parens binubus zu verlieren, welches sie in Concurrenz mit den Kindern zweiter Ehe ausüben[31]. Eigenthümlich aber ist, dass dieser eheliche Immobiliarbestand durch den Tod des einen Ehegatten zu „Erbgut" wird[32]. Der Begriff des Erbguts ist hier ein andrer geworden als im westfälischen Landrechte. Es ist nicht mehr das alte Familiengut, sondern das kraft Gesetzes anerstorbene Gut: Immobilien werden Erbgüter durch gesetzlichen Erbgang, wenn sie auch in der Hand des Erblassers wohlgewonnenes Gut waren. Da bei Tod eines Ehegatten die sämmtlichen Immobilien dem Ueberlebenden und den Kindern grundbuchlich zugeschrieben werden, so erhält die Sache den Anschein eines Erbübergangs, der genau genommen nur auf Seite der Kinder vorhanden ist, und die Sammtgutsimmobilien werden nun auch für den überlebenden parens zu Erbgütern. Aber sie sind nicht Erbgüter in altwestfälischem Sinne, weil die Kinder kein Verfangenschaftsrecht an denselben in ihrem ganzen Bestande haben. Der Charakter des Erbgutes äussert sich vielmehr nur in einer Beschränkung des Verfügungsrechts für den Ueberlebenden, und zwar verschieden für Mann und Frau[33]. Daraus ergiebt sich: der Begriff des Erbgutes, weil nicht mehr der ursprüngliche, war auch nicht mehr fähig, das Verfangenschaftsprincip in Geltung zu erhalten, er überliess vielmehr das eheliche Güterrecht der aus Behandlung der Liegenschaften als Weichbildgüter (Errungenschaft) erwachsenen Entwicklung.

§ 140. G. Das ostfälische Recht[1].

Aus dem Gesichtskreise, in welchem wir uns bisher bei allen Stammesrechten mehr oder weniger ausschliesslich bewegt haben, scheint uns der Sachsenspiegel, wenn wir der landläufigen Auffassung seines ehelichen Güterrechts folgen, in eine ganz neue, fremdartige

---

[31] Pauli a. a. O. S 72. 73; ders., Die ehelichen Erbrechte (Abhandl. II) S 110. 120 f.

[32] Pauli, Das Recht der Erbgüter S 85. Schröder II 3 S 308 Anm 41.

[33] Pauli, Die ehelichen Erbrechte S 140 ff.

[1] v. Martitz, Das eheliche Güterrecht des Sachsenspiegels und der verwandten Rechtsquellen. Agricola, Die Gewere zu rechter Vormundschaft als Princip des sächsischen ehelichen Güterrechts.

Welt einzuführen, die höchstens mit dem Rechte der schweizerischen Urcantone eine Analogie hat: alle Verfangenschafts- und Gütergemeinschaftsideen scheinen hier vollständig ausgeschlossen und — da man das Sachsenspiegelrecht unmittelbar an die lex Saxonum anzuknüpfen liebt und die Annahme einer grossen Veränderung, die zwischen beiden liegen könnte, ablehnt — hier nie vorhanden gewesen zu sein. Bei näherer Betrachtung finden wir aber auch im Sachsenspiegelrecht bedeutungsvolle Elemente von Gesammtgutsrecht, vorab in Behandlung der Fahrnis, indem die Gerade, d. h. der Complex von Fahrnisstücken, welcher der Frau zufällt, die Mobilien bestimmter Gattung aus Mannes- und Frauengut umfasst, ein an Stelle der Aussteuer tretender Bestandtheil des ehelichen Fahrnisvermögens als eines einheitlichen Ganzen ist; dann aber auch in dem Beisitz des Ueberlebenden, zumal der Witwe mit den Kindern in ungetheiltem Gute; und schliesslich vielleicht in der, vom Ssp fast nur noch als Antiquität gewürdigten Ursal. Versuchen wir mit Hilfe dieser Elemente dem ursprünglichen Rechte näher zu kommen.

Es ist oben S 299 die Vermuthung geäussert, die Gerade des Ssp sei auf die altgermanische Mobiliardos zurückzuführen, und zwar darum, weil sich die Gerade zu deutlich als der von dem Manne für die Frau ausgesetzte Gegenwerth ihrer in sein Vermögen eingebrachten Aussteuer darstellt. Andrerseits ist ausser Zweifel, dass die dos der lex Saxonum in einem wesentlichen Punkte von der Gerade des Ssp abweicht, indem sie nämlich bei Vorabsterben der kinderlosen Frau dem Manne bleibt, während die Gerade an die weiblichen Verwandten der Frau fällt. Beachten wir nun genau, was das Volksrecht von dieser dos berichtet: die beerbte Frau nutzt die dos und hinterlässt sie ihren Kindern, bei deren Vorabsterben ihren weiteren Verwandten; die kinderlose Frau, die vor dem Manne stirbt, lässt sie frei dem Manne zurück, und falls sie ihn überlebt hat, seinen Verwandten. Nicht ausdrücklich ist gesagt, was mit der dos geschieht, wenn die beerbte Frau vor dem Manne stirbt; wäre sie reine Leibzucht (s. oben S 346), so wäre dem Manne das Eigenthum jetzt wieder frei geworden; aber der Satz: si uxor obierit et filios non habuerit, dos ad dantem si vivit revertatur, scheint eher das Correlat zu fordern: si uxor obierit et filios habuerit, dos ad dantem non revertatur, sed filiis dimittatur. So erhielten wir nun für diese ostfälische dos, wenn wenigstens unter dem „dans" der Ehemann zu verstehen ist — und ich weiss niemand anders —, das Resultat: 1. dass sie für den Fall des Vorhandenseins von Kindern bei Tod des Mannes Eigenthum der Frau ist und demgemäss dann auch von der Frau auf ihre Kinder, und falls

diese vor ihr sterben sollten, auf ihre weiteren Verwandten vererbt wird; 2. dass wenn die Frau mit Hinterlassung von Kindern vor dem Manne stirbt, die dos an die Kinder fällt; 3. dass wenn die kinderlose Frau vor dem Manne stirbt, die dos dem letzteren bleibt; und endlich 4. dass die den Mann überlebende kinderlose Frau die dos zu Niessbrauch erhält und bei ihrem Tode den Verwandten des Mannes zurücklässt. Nach allem dem kann es sich kaum um eine Mobiliardos handeln, sondern wird eine Liegenschaft gemeint sein. Und nun dürfte sich vielleicht der Schluss ergeben, dass an die altgermanische Mobiliardos, welche den gesetzlichen Antheil der Frau am Fahrnisvermögen darstellte und in der Gestalt der Gerade auch fernerhin diesen Charakter behielt, mit der Entstehung des Grundeigenthums auch eine Immobiliardos sich anschloss, welche der Frau einen gehörigen Witwensitz sicherte, und unter der dos der lex Sax. ausschliesslich verstanden ist. Und zwar wurde diese Immobiliardos nicht in der Gestalt reiner Leibzucht, sondern durch Eigenthumszuwendung bestellt; sonst könnte es nicht von ihr heissen, sie solle bei Vorabsterben der Frau vor dem Manne an diesen zurückkehren (revertatur ad dantem), und ebensowenig, sie solle bei Vorabsterben der Frau den Kindern gehören. Die Frau ist Eigenthümerin schon während der Ehe, wenn auch unter dem Vorbehalt des Rückfalls der Liegenschaft an den Mann bei kinderlosem Vorabsterben seiner Ehegattin, wie ja ein solches unter Rückfallsvorbehalt gestelltes Eigenthum vielfach in ehelichen Verhältnissen erwähnt wird, z. B. lex Wisig. III 1, 5: liberam habeat licentiam facere quod voluerit (uxor), aut si intestata decesserit, ad maritum aut ad proximos mariti heredes donatio redeat[2]. Es ist eine noch ungelenke und wenn man will juristisch mangelhaft ausgedrückte Form des Gemeinschafts- und Verfangenschaftsgedankens, der anderwärts in der Formel: man gebe das Gut der Frau zu Leibgedinge und den Kindern zu Erbe, zur Erscheinung gebracht worden ist.

Hieran kann nun vielleicht die Erklärung des im Ssp fast nur als Antiquität erwähnten Instituts der Ursal angeknüpft werden. Ursal ist Hingabe einer Liegenschaft zu Eigenthum (v. Martitz S 183). Im Ssp ist sie durch die Leibzucht schon völlig in den Hintergrund gedrängt. Ist es nach dem bisher Besprochenen zu gewagt, wenn wir sagen, die dos der lex Sax. sei die Ursal des Ssp? Es scheint mir gar nicht unmöglich, dass die im altgermanischen Eherecht liegenden und in den meisten Volksrechten weiter ent-

[2] Etwas ähnliches die später in § 144 zu erwähnende Luzerner Urk. von 1313.

wickelten Gemeinschaftstendenzen auch in Sachsen früher stärker wirksam waren als wir es nach dem Rechte des Ssp zu erkennen vermögen. Eine wichtige Aeusserung derselben, die völlige Vermischung der Fahrnis und Theilung derselben bei Auflösung der Ehe zwischen Mannes- und Frauenseite nach neuen Bestandtheilen, nicht nach den seiner Zeit eingebrachten, ist noch nach dem Rechte des Ssp in voller Blüthe, denn die Gerade ist nicht anders als dadurch zu verstehen. Nicht minder ist der zur Zeit des Ssp in starker Uebung stehende Beisitz der Witwe bei den Kindern auf dem väterlichen Hofe, wie uns das schon oben (S 299) aus dem thüringischen Volksrechte ersichtlich geworden ist, und was noch bezeichnender ist: selbst der durch Ssp I 20 § 3 noch bezeugte Beisitz der kinderlosen Witwe mit den Verwandten des Mannes, nach Analogie des alamannischen Rechtes (lex Alam. 55 § 1 oben S 326), auf solche Gemeinschaftskeime zurückzuführen. Selbst die Liegenschaften sind in der Zeit des Ssp noch nicht völlig der Gemeinschaftsidee entzogen: der Mann, sagt Ssp I 45 § 2, sitzt mit der Frau in Geweren ihres Guts, die Frau ist also Theilhaberin der Gewere und damit der Nutzung; es ist nicht, wie man nach Ssp I 31 § 2 glaubt annehmen zu sollen, an diesem Gute eine ausschliessliche Gewere des Mannes zu rechter Vormundschaft begründet. Und fügen wir nun noch dazu bei, dass der Mann durch die Ursal (dos) der Frau ein bedingtes Eigenthum an seinen Liegenschaften constituierte, so ist damit ein weiteres wichtiges Gemeinschaftselement ermittelt.

Aber das ostfälische Recht hat diese Gemeinschaftstendenzen in Bezug auf Liegenschaften nicht nur nicht klar ausgestaltet, sondern gegentheils wieder von sich abgestossen. Das zeigt sich gerade bei der Ursal. Sie ist in der Folge völlig durch die Leibzucht verdrängt worden. Im Uebergange steht etwa jene Urkunde des C. d. Quedlinb. Nr 3, von der ich oben S 346 Anm 2 gesprochen, durch welche K. Heinrich I. seiner Gemahlin Mathilde eine dos bestellte: Quintilingaburg conjugi nostre M. in jus proprium concessimus ea ratione, si nobis superstes exstiterit et in sancte viduitatis pudicitia permanserit, predicta bona ei concedendo tradimus, ut libera potestate temporibus vite sue perfruatur.

Der Grund für diese Verkümmerung der auch bei den Liegenschaften ursprünglich vorhanden gewesenen Gemeinschaftskeime ist vielleicht darin zu finden, dass die Liegenschaften den Charakter von Stamm- und Erbgütern der Sippe viel entschiedener angenommen haben als in Süddeutschland. Das süddeutsche Recht zeigt, wie wir das schon näher verfolgt haben, weit mehr die Tendenz, die Liegenschaften

den durch die Ehe begründeten neuen Familien als ökonomische Basis zu überlassen; daher einerseits die allgemeine Verbreitung der Gemeinderschaften, die Ausbildung der Gesammthands- und Verfangenschaftsrechte, hauptsächlich aber auch die Beschränkung des Erbeneinspruchsrechtes gegen Liegenschaftsveräusserungen auf die Descendenz und schliesslich die gänzliche Aufhebung desselben. In Ostfalen von allem das Gegentheil, besonders ein in entferntere Verwandtenkreise hinausgehendes Einspruchsrecht der Erben. Dazu kommt die theilweise Aufrechthaltung des Grundsatzes der Zurücksetzung der Frauen im Erbrechte hinter Männern gleich nahen Grades. Alles das weist auf ein starkes Festhalten der Rechte der Sippe an dem Erbgute, das dann eben nach früher erörterten Principien dem Güterverbindungssystem zum Durchbruche verholfen hat. Was in Süddeutschland vorwiegend gesetzliches Recht geworden ist, das Leibzuchtsrecht des überlebenden Ehegatten am gesammten Ehegute, ist in Ostfalen daher der freien Vereinbarung überlassen geblieben und auch so noch nur einseitig, nur in der Form einer seitens des Mannes der Ehefrau eingeräumten Leibzucht. Für Ausbildung eines derartigen Anspruchs des Ehemannes fehlte die Veranlassung, weil die Frauen regelmässig keine Liegenschaften in die Ehe brachten.

Zur Unterstützung dieses Entwicklungsganges kann in Betracht fallen, dass in den sächsischen Städten, wo die Rechte der Sippe hinter denen der Eheleute in Hintergrund traten, diese älteren Tendenzen nicht verschwunden sind. Es ist nicht richtig, dass die Ursal ausserhalb des Ssp nirgends in mittelalterlichen Rechtsquellen begegne[3]. Die Hallischen Schöffenbücher erwähnen sie öfter[4], und zwar so, dass der Mann neben der Ursal, welche der Frau zu freier Verfügung aufgelassen wird, die andern Güter der Frau und den Kindern gemeinsam auf seinen Todesfall zuweist. Auf solche Ursal bezieht sich wohl auch der § 26 des von den Schöffen in Halle im Jahre 1235 an Herzog Heinrich für seine Stadt Neumarkt gesandten Rechtsbriefes[5]. Der in

[3] Wie v. Martitz S 182 Anm 1 behauptet.

[4] Hallische Schöffenbücher S 5 Nr 7: B. hevet begauet in gheget ding den rodenbroch siner husvrowen to eime dursalen eigene; S 9 Nr 32. 33. 34, S 11 Nr 44: St. giebt den Hof seinem Weibe in ein Dursal, dass sie damit thun und lassen mag was sie will; S 18 Nr 87, S 31 Nr 192. 196.

[5] Si alicui domine maritus ejus moritur, bona ipsorum non spectabunt ad dominam, set tantum illa que maritus tradidit uxori coram judicio. Bei Gaupp, Das alte Magdeburgische und Hallische Recht S 226. Auch bei Tzschoppe und Stenzel, Urkundensammlung zur Geschichte des Ursprungs der Städte in Schlesien S 297.

diesem § 26 ausgesprochene Satz ist aber Gemeingut aller Städte Magdeburgischen Rechts[6], und wenn selbst v. Martitz darin einen unverkennbaren Anklang an die lex Saxonum findet (de eo quod vir et mulier simul conquisierint, mulier nihil accipiat, sed contenta sit dote sua), also diese Zuwendung des Mannes an die Frau auf die alte dos zurückführt, so werden die obigen Bemerkungen über die Ursal vielleicht nicht von vorneherein als unbewiesene Vermuthung abzulehnen sein. Ja es würde sich dann ergeben, dass das sächsische Stadtrecht noch engeren Anschluss an die lex Saxonum bewahrt hat als das Landrecht, weil es die dem germanischen Recht ursprünglich inhärente Idee der Gütereinigung, wie sie die Volksrechte noch in der Zuweisung einer dos an die Frau aus dem Mannesvermögen zum Ausdruck bringen, aufrecht gehalten hat[7], während das Landrecht sie ganz hat fallen lassen.

Demgemäss erscheint mir das Sachsenspiegelrecht nicht als der uralte Bestand des sächsischen Volksrechtes, sondern gegentheils als das Resultat einseitiger Ausbildung des Erbgutgedankens zu Gunsten der Sippen von Mann und Frau. Nur in der Behandlung der Fahrnis ist das alte Recht durchgreifend erhalten geblieben, das Institut des Beisitzes dagegen ist für das eheliche Güterrecht nicht verwerthet worden, der Beisitz von Vater und Kindern ist ganz unter die Herrschaft der Vormundschaftsgrundsätze gestellt worden und dem Vormundschaftsprincip unterlegen, und der Beisitz der Mutter mit den Kindern ist ohne Einfluss in der Richtung einer innerlichen Einigung der Güter geblieben, während er anderwärts gerade den entschiedensten Impuls zu Gütereinheit unter Verfangenschaftsrecht gegeben hat.

Der tiefgehende Gegensatz gegen die sämmtlichen übrigen Stammesrechte zeigt sich in der Behandlung der Liegenschaften sowohl in Bezug auf die Verfügung darüber während der Ehe als in Hinsicht ihres Schicksals bei Auflösung der Ehe. Alle andern Rechte, selbst das Güterverbindungsrecht der schweizerischen Urcantone, geben der Frau eine Mitwirkung bei Veräusserung und Belastung der Liegenschaften, auch der vom Manne herrührenden, sei es wegen der gesetzlichen Leibzuchtsrechte der Frau, sei es weil sie der Ehefrau zur Sicherung ihres Eingebrachten dienen. Im ostfälischen Landrechte dagegen ist

---

[6] v. Martitz S 238.

[7] Es darf auch darauf hingewiesen werden, dass sächsische Stadtrechte (Magdeburger Rechts) gern von den Gütern der Eheleute reden, z. B. der Hallische Brief von 1235 § 25 und 26 von den bona ipsorum que possident (conjuges). Die alte Gemeinschaftsidee klingt unwillkürlich nach.

die Behandlung des liegenden Guts auch während bestehender Ehe eine verschiedene je nach der Herkunft desselben: der Ehemann verfügt über die von ihm eingebrachten und erworbenen Güter durch Veräusserung und Belastung nur mit Consens der Erben, aber ohne irgend welche Bethätigung und Mitwirkung der Frau. Der Beweis dafür kann nur negativ erbracht werden durch die Thatsache, dass nie ein Consens oder gar gemeinsames Mittradieren der Ehefrau erwähnt wird. Wir haben zahlreiche Urkunden, welche den Mann bei Verfügungen über seine Liegenschaften als allein handelnd aufführen, und es ist doch kaum anzunehmen, dass in allen diesen Fällen der Mann entweder unverheiratet oder schon verwitwet war, und dass uns blos durch Zufall gar keine Urkunden erhalten seien, wo ein noch in der Ehe stehender Mann veräussert[8]. Dasselbe, freie Verfügung des Mannes hätte nach der Meinung v. Martitz' S 143 f. 149 auch bezüglich der von der Frau eingebrachten Liegenschaften gegolten. Aber weder die Urkunden bestätigen das, noch wäre es auch im Sinne des Sachsenspiegels selbst. Die Urkunden zeigen, dass Frauenliegenschaften jeweilen von dem Ehemanne mit Consens der Ehefrau[9], oder fast noch häufiger von der Ehefrau mit Consens des Mannes[10] veräussert werden. Das entspricht ganz der Aeusserung des Ssp I 45 § 2, dass die Frau ohne ihres Mannes Consens ihr Gut nicht verkaufen könne, weil er mit ihr in Geweren sitze.

Es hat nun aber das eheliche Güterrecht des ostfälischen Landrechtes in der Gestalt, in welcher es durch den Sachsenspiegel seine classische Aufzeichnung gefunden, nur noch ein bescheidenes Geltungs-

---

[8] Vgl. z. B. C. d. Anhalt. II Nr 8. 21. 23. 28. 68. 70. 83. 116 u. s. f., wo jeweilen die Zustimmung der Erben angegeben, von Consens der Ehefrau nichts gesagt ist. In den Veräusserungsurkunden des Grafen Hoier von Valkenstein zwischen 1240 u. 1250, wo seine Gemahlin nach v. Ledebur, Die Grafen von Valkenstein S 20, noch lebte, handelt sie nie mit.

[9] Cod. dipl. Anhalt. I Nr 451: Ego Dedo fundum, qui mihi hereditario jure ex conjunctione uxoris mee Machthildis obvenit, fratribus ecclesie b. Marie consensu uxoris mee filiorumque meorum vendidi; das. II Nr 47: Otto de Glinde villam Tuple, que sibi ex matrimonio uxoris sue Rikeze provenerat, cum consensu uxoris sue venditam tradidit.

[10] Hoyer UB. I Nr 4: Nobiles mulieres Alena et Algisa filie domini Heinrici de Westene tradiderunt totum suum patrimonium, quod ad eas ex parte patris sui pervenerat jure hereditario, consentientibus et collaudantibus matre earum et maritis earum secundum ritum et morem patrie. C. d. Anhalt. I Nr 547: Adelheidis super injusta retentione sue hereditatis questionem movit atque ad querelam maritum suum animavit. Accepta pecunia Adelheidis et maritus ejus secundum terre consuetudinem juri suo in pretaxatis bonis renuntiarunt.

gebiet gehabt, und es ist in der Folge mehr und mehr auf die adlichen Kreise beschränkt und in diesen weiter ausgebildet worden. Schon das Magdeburger Recht ist in wichtigen Beziehungen zu abweichenden Rechtsbildungen gelangt, allerdings nicht der Art, dass Gütergemeinschaftsideen zu gesetzlichem Durchbruche gekommen wären: im Gegentheil führt das gesetzliche Recht vorerst zu einer auch äusserlich hergestellten Trennung der Güter durch die Erweiterung der Möglichkeit eines Sonderguts der Ehefrau; aber in umfangreichster Ausdehnung entwickelt sich das alte Dotalrecht und die Dosbestellung zu anfänglich vom Manne, dann gegenseitig von den Eheleuten vorgenommenen Zuwendungen des Vermögens oder einer Quote desselben auf den Todesfall. Namentlich werden die gegenseitigen Vermögensaufgaben zu Halbscheid so häufig, dass eine Willkür des Magdeburger Rechtes aus der Mitte des 14. Jahrhunderts sogar die Halbtheilung zur Präsumtion erhebt, falls kein andrer Theilungsmodus im Vertrage festgesetzt sei[11]. Damit war doch eine vertragsmässige Gütergemeinschaft ermöglicht. Entschiedener entwickeln sich die Gütergemeinschaftstendenzen in den von Magdeburgischem Rechte unabhängigen Städten Thüringens und der Braunschweig-Lüneburgischen, überhaupt der niedersächsischen Gebiete. Vielfach sind hier gleiche oder ähnliche Motive und Bewegungen wirksam gewesen wie in den westfälischen Städten. Unter fränkischem Einflusse, geradezu auf Grund uralter fränkischer Einwanderung und Colonisation, stehen manche Rechtsgebiete Thüringens, daher Schröder mit Fug von fränkisch-thüringischem Rechte spricht. In der Mark Meissen und nach Schlesien hinein sodann bildet sich eine eigenthümliche Form von Dritttheilsrecht, das hauptsächlich durch das Rechtsbuch nach Distinctionen repräsentiert wird, und dessen Herkunft bestritten ist, seitdem, entgegen der früher herkömmlichen und in neuester Zeit wieder mit guten Gründen vertheidigten[12] Ansicht von dessen Entstehen aus flämischen Ansiedelungen, Schröder II 3 S 97 die Herleitung aus dem czechischen Rechte versucht hat. Neben diesen grösseren Rechtsgebieten finden sich die reichsten Verschiedenheiten auch durch kleinere Gebiete vertheilt, und es kann nicht meine Aufgabe sein, diesen Erscheinungen allen bis in ihre Einzelheiten nachzugehen, muss ich doch fürchten, schon mit der hier entworfenen geschichtlichen Uebersicht zu weitläuftig geworden zu sein. Es handelt

[11] Näheres bei v. Martitz S 362 f.; Schröder II 3 S 380 f.

[12] v. Czyhlarz, Zur Geschichte des ehelichen Güterrechts im böhmisch-mährischen Landrechte, Vorrede S IV: „Die Zurückführung auf czechisches Recht fand Bestätigung durch die landrechtlichen Quellen nicht."

sich jetzt um die Hauptaufgabe, das System oder vielmehr die Systeme des deutschen ehelichen Güterrechts im Mittelalter darzulegen. Die Einleitung hat dazu dienen müssen, uns die Grundlage dafür zu schaffen.

II. Die Principien des ehelichen Güterrechtes.

§ 141. A. Plan der Darstellung.

Die im Vorstehenden gegebene Skizze der Art und Weise, wie ich mir denke, dass eine Geschichte des ehelichen Güterrechtes in Deutschland sollte geschrieben werden, hat bezweckt, die Entstehung der verschiedenen Rechtsformen, in denen das eheliche Güterrecht Deutschlands zur Erscheinung gelangt ist, und der Elemente, die bei der Bildung der einzelnen Particularrechte sind verwerthet worden, nachzuweisen. Dieser Zweck hat ein einlässlicheres Eintreten auf die einzelnen Particularrechte ausgeschlossen. Dass auch die jetzt folgende systematische Darstellung nicht den Weg einer Rundreise von einem particulären Rechte zum andern einschlagen kann, versteht sich von selbst; die Aufgabe besteht darin, die Gegensätze, welche jene verschiedenen Elemente des ehelichen Güterrechtes hervorgerufen haben, nunmehr auf ihren juristischen Inhalt zu prüfen. Aber hier bieten sich der Art und Weise der methodischen Behandlung besondere Schwierigkeiten.

In der Regel pflegt man nämlich die zwei Hauptsysteme der Güterverbindung[1] und der Gütergemeinschaft aufzustellen, letztere mit

[1] Früher meist Gütereinheit, in neuerer Zeit mit Vorliebe Verwaltungsgemeinschaft genannt. Ein üblerer Ausdruck als Verwaltungsgemeinschaft hätte schwerlich können gefunden werden, denn er ist sprachlich und logisch verkehrt. Sprachlich: weil Verwaltungsgemeinschaft doch zweifelsohne Gemeinschaft der Verwaltung, also gemeinsame Verwaltung der Eheleute bedeutet, solche aber gerade bei der Güterverbindung am allerwenigsten vorhanden ist. Logisch: weil der Gegensatz, welcher gegenüber der Gütergemeinschaft zum Ausdruck kommen soll, hergestellt werden muss zu dem Worte Gemeinschaft und nicht zu dem Worte Güter; denn Güter sind in beiden Fällen da, und es fragt sich, ob sie getrennt oder geeint sind. Derselbe Vorwurf trifft die von Stobbe (Handbuch IV 159 Anm 1) empfohlene Bezeichnung mit Gütereinheit und Verwaltungseinheit. Denn einmal stehen nicht Güter und Verwaltung einander als die Gegensätze gegenüber, und sodann ist auch mit der reinsten Gütergemeinschaft eine Verwaltungseinheit im Sinne Stobbes vereinbar: dann nämlich, wenn der Ehemann in universeller Gütergemeinschaft die ausschliessliche Verwaltung und selbst Verfügung über das Sammtgut hat. Ich wähle den von Bluntschli aufgebrachten Ausdruck Güterverbindung, obschon ich zugebe, dass auch damit der Gegensatz nicht durchschlagend gekennzeichnet ist. Man kann sagen, dass auch die Gütergemeinschaft eine Art Güterverbindung ist.

der Unterscheidung von universeller und particulärer (vorzugsweise Errungenschafts-) Gütergemeinschaft, und dieselben gewissermaassen als die drei Typen zu behandeln, unter deren einen sich ein jedes Particularrecht müsse unterbringen lassen, etwa so, wie man Alters- und Geschlechtsvormundschaft als verschiedene Typen der Vormundschaft betrachten kann. Dabei übersieht man nur gar zu leicht, dass das eheliche Güterrecht nicht ein Rechtsinstitut ist wie die Vormundschaft, sondern ein eigentlicher Rechtsorganismus, in welchem die verschiedensten Rechtsinstitute: Eigenthum, Niessbrauch, Vormundschaft u. s. w., zur Function gelangen, und mit Güterverbindung und Gütergemeinschaft nur die Kräfte bezeichnet werden, welche diese verschiedenen Institute in Wirksamkeit setzen. Da nun diese Kraft stärker oder schwächer sein kann und demgemäss das eine Particularrecht intensiver ergreift als das andere, so ergiebt sich eine unendliche Menge von Varietäten der ehelichen Güterrechte, und man kann nicht die Güterverbindung, die universelle und die particuläre Gütergemeinschaft als die drei Arten und Formen des ehelichen Güterrechts aufstellen in dem Sinne, dass sämmtliche Güterrechte schlechthin in diese drei Classen zu rubricieren wären und alle in einer Classe untergebrachten nun durchaus den gleichen Inhalt hätten, etwa so wie alle Personalservituten sich unter ususfructus, usus, habitatio und operae vertheilen lassen und damit ihren bestimmten, ein für allemal feststehenden Inhalt empfangen. So enthalten ja die Rechte mit particulärer Gütergemeinschaft nothwendig auch Güterverbindungselemente, in Bezug auf die von der Gemeinschaft ausgenommenen Güter. Wichtiger noch ist, dass oft in einem Rechte Gütergemeinschaft und Güterverbindung sich in die Herrschaft theilen, je nachdem die Ehe beerbt oder unbeerbt ist, oder dass während der Ehe Gütergemeinschaft gilt, für den Fall der Theilung der Güter bei Auflösung der Ehe aber wieder auf das ursprüngliche Eingebrachte zurückgegriffen wird, oder umgekehrt; weiter, dass eine strenge Consequenz des vorherrschenden Princips nicht gezogen und anorganischer Weise ein fremdartiges Element aufgenommen ist, z. B. bezüglich der Haftung der Ehefrau und ihres Gutes für die Schulden des Mannes, des Concursprivilegs der Ehefrau u. dgl.

Diese mannigfaltigen Combinationen der verschiedenen Principien

---

Das Wesentliche des Gegensatzes wäre ausgedrückt in den Worten: äusserliche und innerliche Gütereinigung. Aber der Ausdruck Gütergemeinschaft ist einmal so eingebürgert, dass er nicht aufgegeben werden kann, und man muss daher für das andere System so gut es geht einen damit harmonierenden Ausdruck wählen.

und Elemente zu Uebergangsformen aller Art zwischen Güterverbindung und Gütergemeinschaft müssten uns aufs höchste überraschen, wenn wir nicht tagtäglich die Erfahrung machen könnten, dass im gewöhnlichen Leben die Unterschiede zwischen Güterverbindungs- und Gütergemeinschaftssystem nie so grell hervortreten und so deutlich empfunden werden, wie die wissenschaftliche Deduction es feststellt. Der gemeine Mann unterscheidet die Güterrechte viel weniger nach den Gesichtspunkten, ob die Frau den Betrag ihres Eingebrachten oder eine Quote des Gesammtguts zurückzieht u. dgl., als nach praktisch besonders hervortretenden, wenn auch juristisch unmaassgeblichen Erscheinungen, wie namentlich nach der Stärke der Sicherung des Frauenguts und ähnlichem. Als Grundlage systematischer Disposition eignen sich solche Factoren nicht, wir werden immer wieder zu dem Gegensatze von Güterverbindung und Gütergemeinschaft gedrängt; nur behalten wir dabei das im Auge: Güterverbindung und Gütergemeinschaft sind Rechtsprincipien, die ein eheliches Güterrecht mehr oder weniger durchgreifend und consequent beherrschen, aber nicht Rechtsinstitute. Es giebt darum nicht zwei, bezw. drei Arten ehelicher Güterrechte, jedes mit feststehendem, gleichem Inhalte für alle ihr angehörigen Rechte, sondern zwei Grundsätze, zwei Motive, welche in der realen Rechtsordnung, im positiven Rechte ausserordentlich mannigfaltig verwirklicht sind. Diese Grundsätze der Güterverbindung und der Gütergemeinschaft sind allerdings feste, bestimmt definierbare Begriffe, und es ist darum möglich, auf rein dialektischem Wege, durch logische Entwicklung der aus ihnen sich ergebenden juristischen Consequenzen, ein Güterverbindungs- und ein Gütergemeinschaftssystem zu entwickeln, welches das zu Grunde gelegte Rechtsprincip in reinster Form ausgestaltet. Ein solches Idealgebilde herzustellen mag für den Rechtsphilosophen, mag auch für einen Gesetzgeber, der ganz freie Hand hätte, mag unter Umständen für den akademischen Lehrer zum Behuf wissenschaftlicher Präcisierung der Gegensätze sich empfehlen, aber für den hier verfolgten Zweck glaube ich davon absehen zu müssen. Denn hier soll wirkliches Product der deutschen Rechtsbildung, soll das im positiven Rechte Geleistete dargestellt werden. Es könnte aber leicht geschehen, dass das auf jenem aprioristischen Wege geschaffene Gedankenbild mit keinem einzigen positiven Rechte Deutschlands stimmen würde. Und das um so mehr, als wir nur den Rechtsbestand des Mittelalters in Betracht ziehen, in welchem gerade die dem modernen Rechte geläufige Form der Gütergemeinschaft, also das, was wir uns zunächst als die consequenteste Ausbildung des Gütergemeinschaftsprincips denken, noch nicht fertig vorliegt, vielmehr

grossentheils, zumal in seinen nachehelichen Wirkungen, erst nur so weit entwickelt ist, als es durch das Verfangenschaftsrecht der Kinder unbedingt geboten war. Ich fasse demgemäss die hier zu lösende Aufgabe dahin, die Elemente oder die Principien der Güterverbindung und der Gütergemeinschaft nach ihrer Leistungs- und Gestaltungsfähigkeit und mithin nach ihrem Einflusse und ihrer Wirkung in der Entwicklung der positiven Rechte darzustellen, die in den Particularrechten functionierenden Kräfte nach ihrem juristischen Inhalt, ihrer rechtlichen Aeusserung und Wirksamkeit zu ermitteln.

In erster Linie betrachten wir nun die verschiedenen Bestandtheile des in einer Ehe zusammenkommenden Gutes und die behufs Erreichung besonderer Ehezwecke einer speciellen Bestimmung gewidmeten Güter. Daran reiht sich die Erörterung der für die Ausbildung der Particularrechte wirksam gewesenen Güterverbindungs- und Gütergemeinschaftselemente, und den Schluss bilden das Erbrecht des überlebenden Ehegatten und die Eheverträge.

B. Einzelne Bestandtheile der ehelichen Güter.

§ 142. 1. Stammvermögen und Errungenschaft.

Der Gegensatz von Stammvermögen und Errungenschaft ist nicht identisch mit dem von Eingebrachtem und während der Ehe Erlangtem, er bezeichnet vielmehr das durch Erbgang oder was ihm gleichsteht (Ausstattung, Aussteuer u. dgl.) den Eheleuten Zugefallene zum Unterschiede von dem durch Arbeit und Ersparnis während der Ehe Erworbenen. Die Errungenschaft ist nur collaboratio, acquaestus conjugalis. Alles andere, bei Beginn der Ehe Eingebrachte und während derselben Angefallene bildet das Stammvermögen der Ehe.

Ob und wieweit nun Stammvermögen und Errungenschaft, sowie die beiden Stammvermögen der Ehegatten rechtlich von einander gesondert gehalten sind und verschiedenen rechtlichen Schicksalen unterliegen oder eine ungetrennte Masse bilden, wird erst im Folgenden zur Sprache kommen. Hier nimmt blos die äussere Beschaffenheit des Stammvermögens unsre Aufmerksamkeit noch kurz in Anspruch, und zwar auch nur das von der Ehefrau Herrührende.

In der älteren Zeit schliesst die Aussteuer der Ehefrau alles in sich, was von dieser Seite dem ökonomischen Grundstocke der Ehe zu gute kommt. Denn die Aussteuer ist die Erbabfindung der Töchter, wie das schon ihr Name, gleichbedeutend mit Ausradung, ausspricht, und solange der Ausschluss der Frauenspersonen vom Erbrechte in Liegenschaften gilt, besteht sie auch nur aus Fahrnis. Und bis auf

den heutigen Tag ist dem Worte Aussteuer vorwiegend der Begriff eines Fahrniscomplexes eigen geblieben, und zwar speciell der von der Frau mit in die Ehe gebrachten Haushaltungsgegenstände, während man die Liegenschaften und Capitalien, womit die Braut von ihren Angehörigen ausgestattet wird, als Heiratsgut bezeichnet.

Abgesehen von den leges Wisigothorum und Langobardorum[1] besteht also die Aussteuer der Volksrechte aus Fahrnis, das Cap. I ad leg. Sal. c. 7 nennt Bett, Bank und Stühle, quae de casa patris mei exhibui, und ähnlich spricht lex Alam. 55 § 2 von quidquid de sede paternica secum attulit (mulier), welche Redeweise schon auf Liegenschaften nicht passt, auch wenn wir nicht nothwendig aus der Unfähigkeit der Frauen zu Liegenschaftserwerb durch Erbgang auf Fahrnisaussteuer schliessen müssten. Im alten Sachsenrecht hat die Aussteuer, wie man wohl mit Fug aus den späteren Quellen zurückschliesst, Gerade geheissen, ein Ausdruck, der in dem rhedo der lex Angl. et Wer. und der malhereda der lex Burg. nur in Bezug auf den weiblichen Schmuck auftritt, aber seinem ursprünglichen Sinne nach auf copia, facultas, alles Vorräthige, alle Habe zurückführt. Aus der facultas, dem Mobiliarvermögen, wurde die Tochter „berathen, beradet", d. h. mit Mitteln versehen, und mehr als das, sie wurde „ausgeradet", aus der facultas des elterlichen Hauses ausgestattet und abgefunden. Das war sicherlich der Fall, solang das Recht des Brautkaufs noch galt, wodurch eine förmliche Ablösung der Ehefrau aus ihrem Hause vollzogen wurde, wie andrerseits auch anzunehmen ist, dass unter der Herrschaft dieser Anschauungen eine Rechtspflicht des Vaters oder der Brüder, mit denen die Tochter den gemeinsamen Haushalt fortgesetzt hatte, zu Aussteuerung bestand.

Das hat sich nun theilweis schon früh geändert, mit der Ausdehnung des Erbrechts der Frauenspersonen hört die Aussteuer auf, Erbabfindung zu sein, wenn es nicht etwa ausdrücklich durch Vertrag festgesetzt wird. Dass im Mittelalter eine durch Klage des Ehemanns erzwingbare Pflicht des Vaters zu Ausstattung seiner Tochter bestanden hätte, wüsste ich durch kein Zeugnis sicher zu belegen[2], ausser etwa nach der einen Richtung, dass wenn ein Kind war ausgesteuert worden, die nachher an die Reihe kommenden das Gleiche verlangen

[1] Das faderfio, das der Vater bezw. Bruder der heiratenden Tochter bezw. Schwester in die Ehe gab, und zwar als Erbabfindung, enthält oft Liegenschaften, z. B. Cod. dipl. Langob. Nr 190: quia in die votorum, quando tibi ad uxorem dedi filia mea Gotenia, dedi tibi cum ipsa filia mea casis et rebus masariciis in vico et fundo Biliciago.

[2] Etwas anderes ist die Pflicht des Vaters, mit den Söhnen abzutheilen.

konnten[3]; aber soviel ist gewiss, dass überall in ganz Deutschland die Ausstattung der Töchter tief in der Sitte begründet war und als eine Ehrenpflicht galt, der sich kein Vater entzog, ohne sich und die Tochter der Schande auszusetzen. Wie noch heute so war es von jeher, dass der reiche Bauer seinen Stolz darein setzte, in stattlichem Brautfuder die Aussteuer seiner Tochter zur Schau zu führen, und der ärmere wenigstens „Bett und Kasten" zur Einrichtung des neuen Hauswesens lieferte.

Der Bestand der Aussteuer war natürlich sehr verschieden, nicht blos nach den Vermögensverhältnissen der Geber, sondern auch nach den Ständen und nach den Landesgegenden. Man ist nicht genöthigt anzunehmen, dass in Ostfalen zur Zeit des Sachsenspiegels die Aussteuer nur in solchen Gegenständen bestand, wie sie bei Auflösung der Ehe als Gerade an die Frauenseite zurückfielen. Mag es beim Bauernstand die Regel gewesen sein, so haben doch die Edelleute mehr gegeben, und in den höchsten Kreisen des Fürsten- und Grafenstandes hat man sich reichlicher Ausstattung der Töchter mit Liegenschaften oder mit Renten nicht entzogen. Nur freilich blieben dann solche Mitgiften von dem Schicksal der Gerade zumal bezüglich des besonderen Erbrechts ausgeschlossen. In Süddeutschland und vorab in Schwaben spielt die Aussteuer, oder wie sie dort heisst, die Heimsteuer (verdorben aus Heisteuer, Hiusteuer, d. h. Ehe- oder Heiratssteuer), eine sehr grosse Rolle. Sie wird gegeben in Fahrnis oder in Geld oder in Renten (Capitalbriefen) oder in Grundstücken[4]. Auffallend könnte erscheinen, dass öfter Frauen, die schon eigenes Vermögen haben, namentlich wiederheiratende Witwen, dem Manne selber eine Heimsteuer aus ihrem Vermögen bestellen; man sollte denken, dass ihr ganzes Gut die Heimsteuer vertrete. Es erklärt sich diese Erscheinung so, dass nach manchen Rechten die von dem Vater oder dem Bruder der Braut gegebene Heimsteuer den besondern Zweck erfüllte, hauptsächlich auf den Fall unbeerbter Ehe dem überlebenden Manne zu verbleiben, während das sonstige von der Frau ererbte Vermögen dem Rückfalle unterlag, so im Stadtrechte von München Art. 307[5], wo nach der Auffassung des 14. Jahrhunderts der Ueberlebende das, was ihm der andre angeheiratet hatte, als Erbe behielt. Um solches

[3] Vgl. Schröder II 1 S 12 Anm 4.

[4] Schröder II 1 S 4. 11 ff.

[5] Nach Auer, Das Stadtrecht von München S LXXX dahin erweitert, dass der überlebende Ehegatte in Ermanglung von Kindern in den gesammten Nachlass des andern als Erbe eintrete.

zu erreichen, bedurfte es bei Heirat einer Frau, welche schon ihr ganzes Erbgut hatte, der Errichtung einer Heimsteuer aus diesem Gute.

Dieser Grundsatz, wonach die Heimsteuer den Charakter einer Zuwendung an den Mann für den Fall kinderlosen Absterbens der Ehefrau annahm, führte dann nothwendigerweise zu einer Gegenleistung des Mannes auf den Fall seines Vorabsterbens: der Widerlegung.

§ 143. 2. Die Widerlegung.

Es handelt sich hier nicht um die, ebenfalls Widerlegung genannte Sicherstellung des Weiberguts (der Heimsteuer), gewöhnlich in der Form einer Verpfändung von Liegenschaften des Mannes für ungeschmälerten Heimfall des Guts der Frau an deren Erben, sondern um eine Gegenleistung aus dem Mannesvermögen (augment de dot im burgundischen Rechte), welche bei Tod des Mannes mit der Heimsteuer, nicht statt derselben, an die Frau fällt. Wie sie durch solche Mitgift der Ehefrau bedingt ist und meist in gleichem Betrage wie sie besteht, wird sie nicht unpassend selbst auch Heimsteuer (Heiratssteuer des Mannes an die Frau) genannt[1]. Wir erinnern uns sofort des tantodono, der in Rücksicht auf die Aussteuer der Frau abgemessenen dos. Ein Zusammenhang unserer Widerlegung mit der alten dos ist nicht zu bezweifeln, wenn auch vielleicht nicht ganz streng zu erweisen. Die Widerlegung ist nämlich ein fast nur in den höheren und vornehmen Ständen wirklich eingebürgertes Institut. Bei Heiratscontracten edler, insonderheit hochadlicher Töchter lassen sich deren Vormünder das Versprechen einer Widerlegung geben, welche sich regelmässig mit dem Betrage des der Frau in die Ehe mitgegebenen Heiratsgutes deckt. Von den bürgerlichen und bäuerlichen Kreisen dagegen hat sich dieses Institut durchgängig fern gehalten. Das erklärt sich genügend daraus, dass in diesen Ständen von Anfang an mehr die Neigung zu Ausbildung der gegenseitigen Leibzuchtsrechte an allem Eingebrachten oder gar der Gesammthand vorherrschte, worin die alte dos aufging, oder wo das nicht der Fall war (Sachsenspiegel und Recht der schweizerischen Urcantone), der Mann ohne zu schwere Belastung seines Stammgutes nichts hätte geben können. Anders in den hochadlichen Kreisen. Ein Fürst oder selbst ein Graf mochte darauf bedacht sein, seiner Tochter eine Ausstattung mitzugeben, welche über das von der Sitte bisher Geforderte hinausging,

[1] Dsp 24; Schwsp 23; Schröder II 1 S 83. Lateinisch heisst sie regelmässig dotalicium.

er verstand sich zu einer ausnahmsweisen Leistung, die ihn eine grosse Anstrengung kostete, und zu der später die Unterthanen durch Auflegung der sog. Fräuleinsteuer herbeigezogen wurden. Da wurde oft ein recht grosses Capital beschafft, um die Tochter standeswürdig in die Ehe zu entlassen, und ihr freiwillig einen Ersatz zu bieten für die später immer mehr durch Hausgesetze wieder eingeführte Schmälerung ihres Erbrechts. Gegenüber dieser Anstrengung wurde um so mehr dann auch eine würdige Gegenleistung des Bräutigams erwartet und beansprucht. War doch diese Mitgift ein freies Geschenk; wie viel mehr konnte dem Manne zugemuthet werden, seiner Braut das Gleiche zu thun. Und diese Gegenleistung entwickelte sich um so natürlicher aus der dos, als diese ja bei dem Adel, zumal in der Witthumsehe, sich sehr bestimmt von dem übrigen Gute unterschieden erhalten hat, und da wo Widerlegung bestellt wird, von dos (Witthum) neben ihr sich keine Spur findet[2].

Die Widerlegung, wie sie sich in den Eheverträgen des Adels und in den sog. Ritterrechten sowohl Frankens und Schwabens als Sachsens findet, weist bei aller Uebereinstimmung in den Grundzügen doch mancherlei Abweichungen im einzelnen auf[3]. Sie wird zwar möglichst in gleicher Qualität wie die Heimsteuer bestellt, Grundstück gegen Grundstück, Capital gegen Capital, doch auch als Leibrente, welche dann oft auch die Heimsteuer absorbiert. Solches hat namentlich das sächsische Adelsrecht ausgebildet[4]: in dem Ehevertrage des Fürsten Albrecht II. von Anhalt (um ein Beispiel anzuführen) mit Agnes, Tochter des Fürsten Wizlaw von Rügen, vom J. 1324[5]) verspricht Wizlaw seiner Tochter 1500 Mark als Mitgift zu geben; Albrecht hinwieder bestellt ihr ein Leibgedinge an Schloss und Stadt Cozwik mit Einkünften von 300 Mark, eventuell nach dem Tode seiner Mutter an der Stadt Zerbst; oder statt dessen, falls Agnes nach ihres Gemahls Tod vorziehen sollte das anhaltische Land zu verlassen, soll sie 3000 Mark ausbezahlt erhalten. Da anzunehmen ist, dass die Mitgift von 1500 Mark als bewegliches Gut nach Sachsenrecht an den Mann bezw. dessen Erben fiel, so repräsentiert das Leibgeding oder der Ersatz desselben, die 3000 Mark, Mitgift und Widerlegung. Bei den 3000 Mark ist das klar; bei dem Leibgedinge an Cozwik ergiebt

[2] Schröder II 1 S 87, II 2 S 239.

[3] Man vgl. die zahlreichen Beispiele bei Schröder II 1 S 81 f., II 2 S 236 ff.

[4] Schwerlich aber, wie Schröder II 3 S 340 annimmt, durch Umbildung der Morgengabe, eher durch Entwicklung der alten dos, worin die Morgengabe unterging.

[5] Cod. dipl. Anhalt. III Nr 473—475.

es sich daraus, dass die Einkünfte auf 300 Mark gesetzt sind, also 10 Proc. des Gesammtcapitals von Mitgift und Widerlegung zusammen, das Doppelte des gewöhnlichen Rentenzinses, weil es ein Leibdingszins ist, der das Capital aufzehren soll. Hierin liegt schon vollständig das spätere sog. sächsische Leibding des Adels. Der Zusammenhang mit der dos, dem Witthum ist hier deutlich, durch die angeführten Urkunden auch direct bezeugt. Jenes sächsische Leibding besteht eben darin, dass der Witwe statt der Mitgift und der dos (Widerlegung) 10 Proc. des Gesammtwerthes beider auf Lebenszeit, also als lebenslängliche Rente zugewiesen werden.

Wo sich etwas ähnliches wie die Widerlegung in bürgerlichen Verhältnissen findet, z. B. im bairischen Landrechte, im Stadtrechte von München, hat es die Bedeutung, dass bei unbeerbter Ehe, in welchem Fall das Vermögen der Frau dem überlebenden Manne angeheiratet war, der überlebenden Frau ebenso das Mannesvermögen zufallen sollte[6].

§ 144. 3. Das Witthum (Widem).

Die Widerlegung, dotalicium, ist diejenige Form der dos, welche den alten Gedanken des tantodono, der in der dos der Volksrechte liegt, am reinsten bewahrt hat und zum Ausdrucke bringt. Wo diese bestimmte Beziehung zu der von der Frau eingebrachten Mitgift zurückgetreten ist, erscheint die dos unter dem Namen Witthum, ursprünglich Widem, was sprachlich auf Wedde, widan, zurückführen mag, aber in dieser Sprachform die directe Uebersetzung von dos ist: die Widmung, das Gewidmete. So weit sie sich als besondere Form neben der Widerlegung erhalten hat, ist sie regelmässig, einer schon im alten Rechte liegenden Neigung folgend, so gebildet, dass sie sich in Bestellung einer Leibzucht realisiert. Da sie ferner in dem reinen Verfangenschafts- und Gesammthandsrecht keinen Raum mehr hat, so ist in Ostfranken der eigentliche Sitz des Witthumsrechts die noch auf Dotierung der Ehefrau ökonomisch eingerichtete Ehe des Adels. Aber der alten Bedeutung der dos im fränkischen Volksrechte gemäss handelt es sich dabei nicht um eine blosse Witwenversorgung, welche mit der Wiederverheiratung der Witwe hinfällig würde, sondern um eine auf Lebenszeit dauernde, auch in einer zweiten Ehe beibehaltene Ausstattung der Ehefrau[1]. Nach dem Kleinen Kaiserrecht II 51 u. 52

[6] S. den Schluss des vorigen Paragraphen und Schröder II 1 S 84.

[1] Kl. Kaiserr. II 98. Schröder II 2 S 225.

hat das Widem sogar, ähnlich der Morgengabe in manchen alamannischen Rechten, beinahe den Charakter eines schon während der Ehe begründeten Sonderguts der Frau: denn sie verfügt völlig frei darüber, vertritt es vor Gericht, kann eine Veräusserung durch den Mann, selbst wenn sie sich zu einem Verzicht auf ihr Recht hat verleiten lassen, später wieder anfechten und rückgängig machen, und haftet auch nicht damit für die Schulden des Mannes. In gleicher Weise haben manche alamannische Rechte das Widem behandelt. Eine Luzerner Urkunde von 1313 [2] berichtet: ein Ehemann macht seiner Wirthin zu rechtem Leibgedinge liegende Güter mit den Worten, dass seine Frau, ob sie ihn überlebte, die Güter gänzlich niessen soll zu rechtem Leibgedinge, dieweil sie lebt, und dass der Halbtheil der Güter nach seinem Tode nicht wieder an seine Erben fallen soll, wie zu Luzern Gewohnheit ist, denn er hat verzichtet auf das Recht und diese Gewohnheit von Luzern, dass der Halbtheil Leibgedinges, das einer Frau gemacht wird, nach des Mannes Tode wieder falle an des Mannes Erben. Segesser [3], der diese Gewohnheit in die Zeit der Murbacher Herrschaft zurückführt — wodurch sich vielleicht ein Einfluss fränkischen Rechts erklären liesse (Cap. V ad leg. Salicam) —, macht darauf aufmerksam, „dass auch bei Lebzeiten beider Eheleute die der Frau bestellte Leibzucht schon eine gewisse Bedeutung hatte", sonst wäre nicht mit dem Tode des Mannes sofort die halbe Leibzucht der Frau dahingefallen. Das Leibgedinge war eben der Verfügung des Ehemannes und wohl auch der Haftung für seine Schulden entzogen.

Losgerissen von seiner Wurzel, der alten dos, als der zur Begründung einer rechten Ehe nothwendigen Sicherung der ökonomischen Stellung der Ehefrau, verflacht das Widem des alamannischen Rechts, wo es nicht geradezu in dem gesetzlichen Leibzuchtsrechte aufgeht, zu einer in der Regel gegenseitigen Zuwendung eines Leibgedings an einer Liegenschaft und verfällt particulärer Singularität. Nach einigen Rechten ist das Widem nur kinderlosen Ehegatten gestattet, so dass die Lösung von dem ursprünglichen Begriffe der dos evident vorliegt und die Bestellung auch nicht mehr bei Eingehung der Ehe stattfindet, sondern erst im Laufe der kinderlos gebliebenen Ehe vollzogen wird und den Zweck erfüllt, den anderwärts gegenseitige Testamente (bezw. Vergabungen) kinderloser Eheleute verfolgt haben [4].

---

[2] Geschichtsfreund der V Orte I 70.

[3] Staats- und Rechtsgeschichte von Luzern I 54.

[4] Rechtsquellen von Basel I Nr 113. 119.

Die Leibzucht Ostfalens, wie sie uns der Sachsenspiegel erkennen lässt, hängt wohl nur sehr mittelbar mit der dos der lex Saxonum zusammen; ich verweise auf die in § 140 versuchte Erklärung. Ein gesetzlich gefordertes Element des ehelichen Güterrechtes ist diese ostfälische liftucht nicht; in bescheideneren Verhältnissen bei Bauern und kleinen Rittersleuten mag man sich mit dem Beisitze der Witwe bei den Erben des Mannes begnügt haben; wo dagegen die ökonomischen Mittel und die geeigneten Gutsbestände es gestatteten, bestellte man dergestalt einen Niessbrauch zu Gunsten der Frau; die Art, wie der Sachsenspiegel davon spricht, zeigt uns, dass diese Leibzucht in der Sitte tief begründet war. Sie konnte auch zu jeder Zeit erst während der Ehe constituiert werden[5].

§ 145. 4. Die Morgengabe.

Ein Institut, im Laufe der Zeit ganz aus seiner ursprünglichen Bedeutung hinausgedrängt, aber mit merkwürdiger Zähigkeit seine Existenz behauptend, der doch die innere Berechtigung abhanden gekommen ist: so erscheint uns die Morgengabe des Mittelalters.

Ich habe geglaubt die Vermuthung wagen zu dürfen, dass die Morgengabe das ethische Residuum der früher in der Dotierung mit enthaltenen Aufnahme der Ehefrau in die Leitung des Hauswesens gewesen sei (oben S 297). Sie symbolisierte die Anerkennung der Frau als der über den Mägden des Hauswesens stehenden Herrin, und hätte daher, je mehr diese Stellung der Ehefrau als der Herrin des Hauses zu einer selbstverständlichen wurde, eingehen können. Wo sie dennoch fortbesteht, ist ihr Schicksal daher entweder das einer Verkümmerung, oder das des Uebergehens in ein anderes, lebensfähigeres Institut, etwa das Witthum. Und es ist möglich, dass man ihr erst jetzt, um ein Motiv für ihre Berechtigung zu haben, den Charakter eines pretium virginitatis zugetheilt hat, weil das Motiv der Aufnahme der Frau in die ökonomische Vorsteherschaft des Hauses jetzt cessierte.

Wo sie selbständig ihr Leben weiter fristet, bleibt sie eine Fahrnisgabe, wie sie das von Anfang an gewesen ist, bei den Bauern eine sehr mässige, im Bürgerstande etwas erheblicher, selbst zu Immobilien, Renten und Liegenschaften, aufsteigend; nach Ständen wie nach Landestheilen sind da grosse Verschiedenheiten ersichtlich.

Das salische Recht hat die Morgengabe schon früh in der dos

[5] Vgl. Schröder II 3 S 350 ff.

und dem späteren douaire verschwinden lassen; im ribuarischen Rechte hat sie sich länger erhalten. Schröder[1], auf Grund der Meinung, dass das der Frau zufallende Errungenschaftsdrittel die gesetzliche Morgengabe sei, muss gegenüber der Thatsache, dass später beide neben einander stehen, seine Zuflucht zu der Construction nehmen, es sei dieser gesetzlichen Morgengabe vom Manne regelmässig noch eine kleine Liebesgabe beigefügt worden, welcher freiwillige Zuschlag dann die Natur eines selbständigen Geschenks und ausschliesslich für sich den Namen Morgengabe angenommen habe. Mit der Hinfälligkeit der Identität von tertia collaborationis und Morgengabe (oben S 313 Anm 2) muss auch diese an sich schon unwahrscheinliche Annahme dahinfallen. Die ostfränkische Morgengabe des Mittelalters ist vielmehr die unmittelbare Fortsetzung, oder besser der letzte Ueberrest der altribuarischen. Ganz verschwunden ist sie in den Stadtrechten, welche als die eigentlichen Typen der Gesammthand und der Verfangenschaft erscheinen: Köln, Frankfurt, Bamberg u. s. w.; in der völligen Einigung der Güter lag genug Veranlassung zu Fallenlassen solcher Sondergutbestellungen. Aber ganz unmöglich war sie doch auch unter solchem System nicht. Sie konnte auch hier dem Zwecke dienen, für die Frau ein Sondergut zu schaffen, welches nicht nur von der Haftpflicht für die Schulden des Mannes frei blieb, sondern auch von dem Verfangenschaftsrecht der Kinder nicht betroffen wurde. Dergestalt findet sie sich in Franken öfter, meist so, dass die Ehefrau freies Eigenthum an der Morgengabe erhielt, welche dann übrigens in einer Liegenschaft oder einer Rente bestand, seltener blos als Leibzucht, wie im Bergischen Landrechte § 14, wo die Morgengabe den Sinn hat, dass sie nicht in die Grundtheilung mit den Kindern fällt[2]. Neben solchen Einzelerscheinungen hat die Morgengabe ihre Existenz in Franken doch wesentlich bei dem Adel behauptet, aus dem einfachen Grunde, weil hier die Ehe mit getrennten Gütern (die Witthumsehe) sich gebildet hatte; weil aber eben das Witthum in hervorragender Weise die Fürsorge für die Frau übernimmt, so ist die Morgengabe auf einen verhältnismässig unbedeutenden Betrag herabgedrückt, in der Regel auf ein kleines Capital, das als matutinale donum der Freigebigkeit des Mannes anheim gestellt ist, selbst wenn es schon im Ehevertrag bedungen wird.

Für das alamannische Recht kommt zuvörderst in Betracht die

---

[1] II 2 S 242.

[2] Ueber alles dies s. Schröder II 2 S 242 ff., bes. über letzteres S 249 Anm 34.

Stelle des Dsp 22 und des Schwsp (L.) 18 = (W.) 19. Abgesehen von dem Unterschiede, dass der Dsp die Gabe von der Kinderlosigkeit abhängig macht, der Schwsp diese Voraussetzung weglässt, stimmen diese beiden Rechtsbücher in der Abstufung der Morgengabe nach bestimmten Summen und Ständen überein. Dass diesen Ansätzen ausdrückliche Satzungen zu Grunde gelegen[3], ist sehr zweifelhaft, es mag so vorherrschende Sitte gewesen sein, wenn es nicht einfach doctrinäre Abstraction aus dem Augsburger Stadtbuch Art. 84 § 4 (Meyer S 164) ist, wonach der Bürger zu Augsburg seiner Frau nicht mehr als 10 Pfund geben darf. Solche Maximalansätze kommen freilich vielfach vor, und sie finden sich auch in den Landrechten der Urschweiz[4]. Dort ist im Einklang mit der daselbst geltenden Gütertrennung dieses Maximum in dem Sinne aufgestellt, dass es vom Manne nicht ohne Consens seiner Erben kann überschritten werden; zugleich ist das Maximum auf einen bescheidenen Betrag gestellt. Es scheint die Tendenz zu bestehen, diese Gabe möglichst zu beschränken: sie ist kein rationeller Theil des ehelichen Güterrechts mehr, aber gerade solche Institute haben oft das zäheste Leben, weil niemand das Odium auf sich laden will, ein solches Geschenk zu versagen; so erträgt man es, obschon man es herzlich gern los wäre. Ja in der Urschweiz hat es sich nur erhalten vermittelst einer Gegenbelastung der Ehefrau, einer ebenfalls Morgengabe genannten Gegengabe der Frau an den Mann. Das mag sich daraus erklären, dass, seit der Frau ihr Eingebrachtes vollständig auf das Mannesvermögen versichert wurde, die daneben hergehende Schenkung leicht den Charakter der Gegenseitigkeit annahm. — Der Auffassung als einer ausserhalb des Rahmens des ehelichen Güterrechtssystems stehenden Freundlichkeitsbezeigung entspricht es, dass die Frau schon während der Ehe freie Verfügung darüber hat. Es ist wie ein Sparhafen, den der Mann der Frau zuwendet, und der daher auch gar nicht mehr unter der Verwaltung des Mannes steht. So in Basel[5], wo im 14. und 15. Jahrhundert die Ehefrau jeweilen mit einem besondern ihr hiefür geordneten Vormunde schon während der Ehe über die Morgengabe verfügt[6]. Wenn dazu der Grund angegeben wird: „dieweil Morgen-

[3] Wie Kraut, Vormundschaft II 439 anzunehmen geneigt ist.

[4] Blumer, RG der schweiz. Demokratien I 486.

[5] Wo es schon 1267 (Trouillat II Nr 130) heisst: Tam libere bona spectant ad Hedwigim, quod absque ullo impedimento vel contradictione mariti et liberorum ejus potest ea vendere, obligare vel modo quolibet alienare et legare in morte, vel de ipsis facere quicquid ipsa vult.

[6] Heusler in Z f. schweiz. Recht VII 205.

gabe sorglicher zu verkaufen ist denn ander Gut", so ist damit wohl gemeint, dass die Mitwirkung des Vormunds eine Sicherheit gegen unstatthafte Beeinflussung des Ehemanns gewähre.

Ist so im allgemeinen innerhalb des schwäbischen (und auch des bairischen) Rechtsgebietes die Morgengabe auf eine nebensächliche Rolle reduciert, so hat sie in Oesterreich die Function von Witthum und Widerlegung und die eigentliche Aufgabe der Frauenausstattung übernommen [7].

Dass in Westfalen die Morgengabe nicht entwickelt ist, wird bei der Art der dortigen Gütergemeinschaftsbildung nicht befremden. Sehen wir ab von Morgengabebestellung bei dem Adel, der die Gütergemeinschaft von sich fern gehalten hat, so finden wir sie da, wo sie noch besteht, einmal nur für den Fall kinderloser Ehe und dann meist als gegenseitige Gabe beider Eheleute [8].

Ganz anders in Ostfalen. Ist auch die Morgengabe des Sachsenspiegels mit der dos der lex Saxonum nicht gut zu vereinbaren, so ist sie doch sicher ein sehr altes Institut. Eigenthümlich ist ihr, dass falls die Frau den Mann überlebt, die Morgengabe ihr zu freiem Eigenthum anfällt, dagegen bei Vorabsterben der Frau vor dem Mann diesem verbleibt [9]. Man hat daraus die Theorie deduciert, die Frau erhalte schon durch die Schenkung, also sofort und für die Dauer der Ehe, das Eigenthum an der Morgengabe, bleibe bei Vorabsterben des Mannes selbstverständlich Eigenthümerin und übertrage durch ihren Tod dieses Eigenthum auf ihre Erben; sterbe sie aber vor dem Manne, so kehre das Eigenthum an diesen zurück und zwar kraft Erbrechts [10]. Dieses singuläre Erbrecht des überlebenden Ehemannes an der Morgengabe unterliegt aber doch starkem Zweifel. Schon an sich entspricht ein Erbrecht unter Ehegatten nicht dem Sinne des alten, im Sachsenspiegel noch vertretenen Landrechts [11]. Die Behandlung der Morgengabe im Sachsenspiegel erklärt sich nur historisch aus ihrer

---

[7] Schröder II 1 S 88.

[8] Stadtr. von Medebach § 14 in UB. Westfalen (Seibertz) I Nr 55. Im allgemeinen Schröder II 3 S 345 ff. Für Lübeck: Pauli, Die ehelichen Erbrechte (Abhandl. aus dem lüb. Recht II) S 40 f. 73. 83 f.

[9] Ssp III 38 § 3: Morgengave ne erft nen wif bi ires mannes live, sie ne hebbe se untvangen na ires mannes dode.

[10] Schröder II 3 S 333 und die dort Anm 4 genannten Schriftsteller. Consequent ist v. Martitz dann insofern, als er auch die eingebrachte Fahrnis der Frau in ihrem Eigenthum bleiben und den Mann sie erben lässt.

[11] Die gegentheiligen Ausführungen bei v. Martitz S 123 f. scheinen mir verfehlt, wie später noch zu erörtern.

ursprünglichen Bedeutung als einer die Anerkennung der Ehefrau in ihrer Stellung als Hausherrin ausdrückenden Gabe, welche hinwiederum blos das ethische Residuum der Aufnahme der Frau in den Mitgenuss am Hausvermögen ist. In diesem ursprünglichen Sinne hatte es sich um Ueberlassung gewisser Gegenstände zu persönlichen Liebhabereien gehandelt, und die rechtliche Form hiefür war Eigenthumsübertragung unter Vorbehalt des Rückfalls bei Vorabsterben der Frau. Die Meinung war, dass dem Manne wieder zurückfallen solle, was bei Tod der Frau noch in seiner Gewere war, dass aber die Frau während der Ehe schon den freiesten Gebrauch der Sachen, und wenn dieselben durch den Tod des Mannes in ihre Gewere gelangt seien, auch die freieste Verfügung darüber haben und sie demgemäss auch auf ihre Angehörigen vererben solle.

Weil die Morgengabsgegenstände in der Gewere des Mannes blieben[12], hätten nach dem allgemeinen Grundsatze, dass Geben und in Geweren Behalten von Fahrnis — und es handelt sich bei Morgengabe nur um Fahrnis[13] — nicht gilt, die Erben des Mannes ihren Consens zu der Gabe ertheilen müssen oder sie bei Tod des Ehemannes anfechten können. Davon wird eine Ausnahme gemacht: der Sachsenspiegel bemerkt ausdrücklich, der Mann bestelle die Morgengabe ohne Erbenlaub.

Die Morgengabe ist im späteren Recht theils verkümmert, theils in ihrem Wesen verändert. Verkümmert bei den Bauern, bei denen sie schon nach Ssp I 20 § 8 nur noch in dem besten Pferd oder Stück Vieh besteht und später ganz verschwunden ist, verändert bei dem Adel, bei dem sie zu einem reinen Witwenerbrechte ausgebildet ist, und zwar zu einem gesetzlichen, das demgemäss auch eine genaue Fixierung der Morgengabsgegenstände durch Gesetz erforderte: als solche sind angenommen alle vom Hirten ausgetriebenen weiblichen Hausthiere und alle im Nachlass des Mannes befindlichen (transportabeln) Gebäude[14].

In den Städten wusste man mit der alten landrechtlichen Morgengabe nichts mehr anzufangen. „Man pflegt in den Städten mit Steinen

---

[12] Die Sachen hätten allerdings unter Separatverschluss und damit in die Separatgewere der Frau können gestellt werden, aber das widerstrebte wohl zu sehr der allgemeinen Auffassung des ehelichen Güterrechts mit seiner vormundschaftlichen Gewere des Ehemanns.

[13] Auch bei dem „Knecht binnen seinen Jahren". v. Martitz S 217 Anm 6, S 218. 222 Anm 24 nimmt an, derselbe sei Immobile. Aber Immobilien waren wohl servi casati, sicherlich nicht solche Hausknechtlein, wie sie hier gemeint sind.

[14] v. Martitz S 225 ff.

zu bauen", sagt das Weichbildrecht Art. 22, darum kann nicht Gezäuntes und Gezimmertes gegeben werden und fehlt es mithin an dem Gegenstand für die Gabe. Aber das ist mehr ein doctrinärer Grund: wäre die Morgengabe in den Städten sonst Bedürfnis gewesen, so hätte sie sich schon so gut wie anderwärts ein Object gebildet; die Hauptsache war, dass in dem sächsischen (Magdeburgischen) Stadtrecht, wie der erwähnte Artikel selbst angiebt, die Morgengabe durch Leibzucht oder durch Vergabungen auf den Todesfall vor gehegtem Ding ersetzt war. Wohl hat sich der Name Morgengabe noch erhalten, aber von seinem ursprünglichen Sinn ganz abgedrängt und für alle möglichen Zuwendungen gebraucht: Vergabung von Liegenschaften wie von Fahrnis, Eigenthumsübertragung wie Leibzuchtsbestellung. Doch ist im Magdeburgischen Schöffenrecht besonders diejenige Form der Vergabung so bezeichnet, welche in dem Versprechen einer bestimmten Geldsumme auf den Todesfall des Ehemanns besteht[15].

C. Die in den ehelichen Güterrechten wirksamen Elemente.

§ 146. 1. Mundialrechte des Ehemanns.

Wenn man, wie das gemeiniglich geschieht, die sämmtlichen particulären Ehegüterrechte Deutschlands unter die zwei Hauptsysteme der Güterverbindung und der Gütergemeinschaft vertheilt und den Unterschied dieser zwei Systeme zu charakterisieren unternimmt, so gelangt man leicht und gern dazu, die Verschiedenheit auf den Gegensatz von ehelicher Vormundschaft und ehelicher Genossenschaft zu stellen, in dem Sinne, dass die Güterverbindung bestimmt sei durch die eheherrliche Gewalt und die Unterordnung der Frau unter dieselbe, die Gütergemeinschaft dagegen auf einer Abschwächung der vormundschaftlichen Gewalt des Mannes und daraus hervorgegangener Gleichordnung beider Ehegatten beruhe[1]. Denkt man sich dabei einen wirklichen Gegensatz von Munt des Ehemanns und Genosssame der Ehegatten als zweier mit einander unverträglicher Principien, so ist man in einem Irrthum befangen. Das eine schliesst das andre nicht aus. Es leidet keinen Zweifel, dass die Munt des Ehemannes über die Ehefrau unter beiden Systemen in gleicher Stärke wirksam

[15] Magd. Fr. I 9, 5 vgl. mit I 11, 1. Glosse zu Weichbildr. 22 (Ausg. von Daniels S 278). Ueberhaupt v. Martitz S 345 ff.

[1] Sohm, Das Recht der Eheschliessung S 92—96. Vorsichtiger und richtiger Agricola, Die Gewere zu rechter Vormundschaft S 10 f.

ist, der Mann ist immer und überall Ehevogt im charakteristischen Sinne des Wortes, im schwäbischen und fränkischen wie im ostfälischen Rechte: der Schwsp (W.) 10, (L.) 9 spricht es sehr energisch aus, dass „der man des wibes voget ist unde ir meister", von blosser Prozessvormundschaft, wie Sohm S 93 meint, ist da keine Rede. Gerade im ausgesprochensten Gütergemeinschaftsrechte kann sich die Ehevogtei am stärksten äussern, nämlich dann, wenn der Mann kraft seiner Ehevogtei[2] über sämmtliches Ehegut verfügen kann, ohne des Consenses der Ehefrau zu bedürfen. Die Ehevogtei hat keinerlei Einfluss auf die Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse der ehelichen Güter zu einander; das ist von andern Factoren abhängig, die wir in der geschichtlichen Uebersicht betrachtet haben, namentlich von der Stärke des Erbgutsprincips. Dieses letztere kann derart wirksam sein, dass es keine anderen als Mundialrechte des Ehemanns an den Gütern der Frau aufkommen lässt, oder es kann so wenig entwickelt sein, dass sich unbeschadet der Ehevogtei noch weitere Vermögenscombinationen ergeben. Denn die Rechte mit Gesammthand der Ehegatten lassen keine Abschwächung der Munt des Ehemanns erkennen, auch in ihnen gilt die volle Unterordnung der Frau unter die Hausherrschaft des Ehemanns[3]. So kann auch das ihr eigenthümliche Vermögensarrangement nicht von einer Abschwächung der Munt herstammen. Was den Inhalt der Munt, der Ehevogtei bildet, die Summe der Mundialrechte ist beiden Systemen gemein: Unterordnung des Willens der Frau unter den des Mannes in der Richtung absoluter Unfähigkeit der Frau zu selbständigem Auftreten und selbständiger Verfügung über ihr Vermögen ohne den Willen des Mannes, sowie Verwaltung des gesammten Ehevermögens durch den Mann. Hierin ergiebt sich eine völlige Uebereinstimmung der ehelichen Güterrechte.

1. Die wichtigste güterrechtliche Wirkung der Ehevogtei des Mannes ist die, dass das Vermögen der Frau in seine Hand und Verwaltung gelangt. Man unde wif ne hebbet nein getveiet gut to irme live, dieser Satz von Ssp I 31 § 1 in seiner Allgemeinheit enthält nichts dem Güterverbindungssystem Eigenthümliches, wie ihn denn auch Schwsp (L.) 34, (W.) 33 mit den Worten reproduciert: man unde wip mugen niht gehaben dehein guot gezweihet. Man wird nun vielleicht einwenden, damit sei nichts bewiesen, weil es eben

[2] Nicht, wie es auch der Fall sein kann, kraft eines ihm zustehenden Alleineigenthums.

[3] Gerade die Gesammthandsrechte bezeichnen auch in diesem Sinne den Mann als „Mumber, Momper" seiner Frau, so Köln, Frankfurt; vgl. Schröder II 2 S 6 f.

darauf ankomme, aus welchem Grunde die Vereinigung der Güter eintrete; bei Gesammthandsrecht könne sie durch das Gemeinderschaftsprincip bewirkt sein, bei Güterverbindung durch die Munt des Ehemanns. Das liesse sich hören, wenn im ersten Falle die Ehefrau auch bei der Verwaltung als Gemeinder eine Bethätigung ausüben würde. Aber das ist in keiner Weise der Fall. Die reinsten Gesammthandsrechte leiten aus der Ehevogtei des Mannes alle ihm zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsrechte über das eheliche Vermögen ab (Schröder II 2 S 7).

2. Darum kann man auch nicht einmal sagen, dass der Satz des Ssp I 31 § 2: svenne en man wif nimt, so nimt he in sine gewere al ir gut to rechter vormuntscap, und Ssp Lehnr. 74 § 1: hevet en man gut in geweren von vormuntscap sines wives, den Gesammthandsrechten fremd sei. Denn diese Sätze haben wesentlich nur die Verwaltung des Ehegutes im Auge und wollen sagen: der Mann, als der die Kosten der Ehe zu tragen hat, bezieht dafür auch allen Nutzen (Gewere ist ja Nutzung) des gesammten Ehevermögens. Mehr nicht, namentlich nicht der Sinn darf jenen Stellen untergelegt werden, als sei die Frau ausserhalb aller Gewere und Vertretung ihres eingebrachten Gutes gestellt, während die Gesammthand ihr eine Betheiligung daran sichere; denn auch im Sachsenspiegelrecht gilt trotz I 31 § 2 der weitere Satz von I 45 § 2: der Mann sitzt mit der Frau in der Gewere ihres Gutes. In der That enthalten daher auch die modernen Definitionen dieses sog. Mundialsystems des Ssp, wie es hauptsächlich aus diesem Princip der Gewere zu rechter Vormundschaft deduciert wird, entschieden nichts und stellen kein Merkmal auf, das nicht auch der Gütergemeinschaft angehörig wäre[4].

[4] So wenn Agricola S 114 aus dem „leitenden Princip der Gewere zu rechter Vormundschaft folgende Ordnung des ehelichen Güterverhältnisses herleitet: Der Ehemann hat als solcher eine familienrechtliche Gewalt über seine Ehegattin, vermöge deren er sie im Interesse des nach deutscher Anschauung durch die Ehe gebotenen gemeinsamen wirthschaftlichen Lebens in irgend welcher Weise und in irgend welchem Umfang in der Ausübung ihrer gesammten Vermögensrechte kraft eigenen, der Frau wie Dritten gegenüber wirksamen Rechts und darum dergestalt vertritt, dass er ihr ganzes Vermögen in den Besitz, d. h. in Verwaltung und Disposition, in Gebrauch und Nutzung insoweit nimmt, als eben sein Vertretungsrecht reicht, die Frau aber ebensoweit von jeder einseitigen Ausübung ihrer Rechte ausschliesst.“ Es wird kaum bestritten werden, dass diese Definition für die Rechte von Köln und Frankfurt, von Augsburg und Wien u. s. f. ebenso gut wie für den Sachsenspiegel passt, um so mehr, als sie selber schon mit ihren Ausdrücken „in irgend welcher Weise und in irgend welchem Umfange, insoweit sein Vertretungsrecht reicht“, verschiedene Modalitäten vorbehält, welche eben erst die wirklichen juristischen Gegensätze der Güterrechtssysteme zur Erscheinung bringen.

3. Kraft der Munt des Ehemanns und nur kraft dieser ist die Frau unfähig zu selbständigem Handeln, wodurch die Ehe, bezw. der Mann ökonomisch betroffen, ein Vermögensrecht afficiert wird[5]. Schulden, welche die Frau hinter dem Rücken des Mannes eingeht, behaften weder den Mann noch das Ehevermögen, bezw. das von Seiten der Frau im Vermögen Befindliche (ob nach Auflösung der Ehe die Frau zur Tilgung solcher Schulden kann angehalten werden, bleibt offene Frage; beides ist möglich, weil die Munt des Mannes dann nicht mehr in Betracht kommt); Gegenstände, welche die Frau aus dem Ehevermögen veräussert, Liegenschaften wie Fahrnis, kann der Mann bei dem Erwerber vindicieren: non potuit uxor mea tibi vendere, quia erat in mea potestate, lautet die Formulierung des Rechtsbuches von Pavia. Eine durch das Wesen der Ehe aufgenöthigte Ausnahme von diesem Satze machen blos die Rechtsgeschäfte, welche durch die der Frau obliegende Führung der Haushaltung im engern Sinne veranlasst sind: Schulden, die bei dem Bäcker, dem Schuster u. s. w. zur Beschaffung des nothwendigen Lebensunterhaltes von der Frau contrahiert werden, Veräusserungen von Fahrnisgegenständen, welche unter der speciellen Besorgung der Frau stehen, z. B. von kleinem Haus- und Federvieh, von der im Hause verfertigten Leinwand u. s. f., durch die Ehefrau muss der Mann respectieren. Wie weit die Frau hierin gehen darf, lässt sich nicht nach allgemein giltigen Schranken festsetzen, je nach Stand und Vermögen der Eheleute ist die Bethätigung der Frau hierin weiter oder enger, wie die Lippe-Detmoldische Verordnung von 1786 § 11 sagt, die Frau dürfe giltig contrahieren „in häuslichen und wirthschaftlichen Angelegenheiten, die sich nicht allgemein, sondern nur nach Beschaffenheit jeder Familie und ihrer Haushaltung bestimmen lassen". Uebrigens lässt sich fragen, ob diese Ausnahme schon dem alten Rechte bekannt war. Bestimmt bezeugt wird sie erst in der zweiten Hälfte des Mittelalters zunächst in Stadtrechten; sie passt auch für städtische Verhältnisse mehr als für die alten ländlichen, wo für die Bauerfrau wenig Anlass war zu Einkauf von aussen her; eher zu Verkauf, und ich weiss nicht, ob gegenüber der kategorischen Ablehnung alles und jeden Verfügungsrechts der sächsischen Ehefrau[6] nicht könnte aufrecht erhalten werden, dass die Frau über Alles, was zur Gerade gehörte, frei

[5] Wie der Schwsp (W.) 59, (L.) 74 sagt: Ein wip mac ân irs mannes urlop ir guotes niht hin gegeben, weder eigen noch lipgedinge noch zinsguot noch varende guot. Daz ist da von, daz er ir voget ist.

[6] Wie v. Martitz S 133, Schröder II 3 S 218 thun, hauptsächlich gestützt auf Ssp I 45 § 2.

verfügte, weil sie es unter ihrer Obhut hatte, seinen Werth am besten zu bestimmen wusste, am sichersten beurtheilen konnte, wiefern es zweckmässig sei, es zu veräussern; ja es mochte der Frau das um so eher überlassen bleiben, als ein rechtes Bauernweib hiefür mehr Sorge trägt als der Mann, weil in diesen Sachen ihr Stolz liegt, abgesehen von dem Wunsche möglichster Erhaltung und Aeufnung wegen des künftigen Heimfalls an sie bei Tod des Mannes, wie das bei der sächsischen Gerade der Fall war.

Andrerseits haftet für Delictsschulden der Frau ebenfalls kraft seiner Munt der Ehemann, denn er ist als Repräsentant des Hauswesens nach aussen für allen Schaden verantwortlich, der aus seinem Hause heraus verübt wird. Offene Frage bleibt auch hier, ob bei Auflösung der Ehe dieser Verlust der Frau oder ihren Erben auf den an sie fallenden Theil darf angerechnet werden; genug, dass während der Ehe der Mann für solchen Schaden aufkommen muss.

Das sind alles Sätze, die bei jedem ehelichen Güterrechtssysteme in voller Kraft bestehen.

4. Kraft seiner Munt und nur kraft dieser hat ferner der Ehemann, mag Güterverbindung oder Gütergemeinschaft bestehen, die freie Verfügung über sämmtliche in der Ehe befindliche Fahrnis. Denn da er als Hausherr die Hausherrschaft führt, so ist auch alle Fahrnis in seinen Geweren und somit seiner Disposition anheim gegeben. Ob er oder seine Erben für veräusserte Fahrnis der Ehefrau nach Auflösung der Ehe verantwortlich sind, ist davon unabhängig und entscheidet sich nach andern Motiven; die Wirkung der Munt des Ehemanns äussert sich darin, dass ein vom Manne veräussertes Fahrnisstück der Ehefrau bei dem Erwerber nie vindiciert werden kann.

Enthält somit der Satz des Sachsenspiegels, dass der Mann das Gut der Frau in seine Gewere als rechter Vormund nehme, kein specifisch ostfälisches Güterrechtsprincip, so spricht sich doch immerhin darin ein höchst wichtiges, ja das grundlegende Princip des deutschen ehelichen Güterrechts überhaupt aus. Es ist das Princip, welches dem deutschen Rechte ein vom römischen Rechte mit seinem Dotal- und Paraphernalsystem durchaus abweichendes Gepräge aufdrückt. Die Ehefrau soll keine getrennte Verwaltung führen, alles Vermögen und alle Disposition darüber soll unter einheitlicher Leitung stehen und zwar unter der Leitung des Hausherrn, des Hauptes der Ehe; wie die Frau für ihre Person in das Haus des Mannes eingetreten und seiner Repräsentation nach aussen unterworfen ist, so auch ihr Vermögen, dergestalt wenigstens, dass sie ihren Willen gegen den

des Mannes nicht mehr durchsetzen kann in Bezug auf die den Bestand des Ehevermögens bildenden Gegenstände.

Von diesem auf die Ehevogtei des Mannes basierten Grundprincip des deutschen ehelichen Güterrechts hat sich, neben kleineren Ausnahmen in einzelnen Particularrechten[7], eine erhebliche Abweichung gerade in dem Gebiete gebildet, das als die Domäne des Mundialsystems gilt, im ostfälischen und zwar im Magdeburgischen Rechte. Seit in den reichen Städten Magdeburgischen Rechts zu der alten Fahrnisaussteuer der Ehefrau ein ansehnliches Heiratsgut in Capitalien kam oder die Töchter während ihrer Ehe solche durch Erbgang erwarben, konnte die Gerade nicht mehr das einzige bleiben, was bei Auflösung der Ehe von Fahrnis an die Frauenseite zurückfiel, und da das Landrecht keine Abhilfe gewährte, so bildete sich die Uebung, dass die Verwandten der Frau solches Vermögen, welches sie unter allen Umständen der Ehefrau erhalten wollten, gar nicht in die Gewere des Mannes gelangen liessen, es unter ihrer Verwaltung behielten; und so, indem es der Gewere des Mannes entzogen war, fiel es bei Auflösung der Ehe auch nicht ihm oder seinen Verwandten anheim, sondern blieb bei der Frauenseite[8]. Hier entsteht die Frage: war durch diesen vertragsweisen Vorbehalt von Sondergut der Frau überhaupt das Princip der vormundschaftlichen Gewere des Ehemanns als der präsumtiven Grundlage des ehelichen Güterrechtes zerstört oder nicht? mit andern Worten: war das Sonderrecht der Frau an ihrem Gute damit zur Regel erhoben, welche erst dadurch ausgeschlossen wurde, dass dem Ehemann vertragsweise die Gewere ganz oder theilweise eingeräumt wurde, oder aber: blieb die Gewere des Ehemannes doch noch die Regel, der Rechtssatz, der die Präsumtion für sich hatte, so dass nur durch bestimmten Vorbehalt Sondergut konnte geschaffen werden? Man darf nicht sagen, es komme beides praktisch auf dasselbe hinaus. Denn bei der letzteren Auffassung war der Mann berechtigt, alles Gut, das die Frau bei der Eheschliessung schon besass oder das ihr während der Ehe anfiel, in seine Gewere

[7] So sind die spelephenninge, denarii tryphales in Lübeck eine untergeordnete Erscheinung im dortigen ehelichen Güterrecht, vgl. Pauli, Eheliche Erbrechte (Abhandl. II) S 45 ff. Ferner das „sunderig Gut" in Basel (Rechtsquellen von Basel Nr 15), dem eine principielle Bedeutung auch abgeht.

[8] Syst. Schöffenr. IV 1, 32: ist di varnde habe in des mannis gewere nicht komyn by der vrauwin lebe tage, di sal gevallin noch der vrauwin tode an eryn nestin unde nicht an eryn man. Vgl. das. IV 1, 8 u. 9; Wasserschleben I 97 c. 150, S 244 c. 98. Ueberhaupt v. Martitz S 253 ff.; Agricola S 610 ff.; Schröder II 3 S 359 ff.

zu ziehen, selbst gegen ihren Willen, und er oder seine Erben konnten alles zufällig bei den Verwandten der Frau noch zurückgebliebene Gut bei Auflösung der Ehe herausverlangen, wenn nicht durch gegentheiligen Ehevertrag ein bestimmter Vorbehalt gemacht war. Dagegen bei der ersteren Auffassung waren der Mann oder seine Erben nur dasjenige anzusprechen befugt, was ihnen wirklich war in die Gewere gegeben worden. Wir müssen der Auffassung den Vorzug geben, welche die Entstehung von Sondergut nur auf Grund bestimmter Vereinbarung annimmt. Das Gegentheil wäre ein zu gewaltsamer Umschlag der Rechtsideen; es liegt schon an sich in der Natur der Sache, dass man unter Festhaltung des alten Rechtes Abweichungen auf dem Vertragswege gestattete. Lag kein bestimmter Vorbehalt vor, so war auch kein Sondergut vorhanden, sondern der Ehemann zum Bezuge berechtigt. Einen Beweis hiefür giebt der Rechtsfall der Magd. Fr. I 8, 3: der Vormund eines Mädchens hatte bei dessen Verheiratung das Vermögen, das er verwaltete, dem Ehemann ausgehändigt; als der Mann bald darauf starb, beanspruchte die junge Witwe ihr Eingebrachtes und machte den Vormund dafür verantwortlich. Sie stellte sich also auf den Standpunkt, der Vormund sei gesetzlich nicht verpflichtet und somit in seiner vormundschaftlichen Stellung nicht berechtigt gewesen, das Vermögen auszuliefern. Das Gericht aber erklärte den Vormund als befugt, in der Vogtsabrechnung diese Auslieferung als giltige Rechtshandlung aufzunehmen. Das heisst doch: der Vormund hatte die gesetzliche Pflicht, das Vermögen der Frau dem Manne auszuhändigen, nachdem sie selbst den Mann mit gutem Willen geheiratet und keinen Vorbehalt ausbedungen hatte. Und aus Wasserschleben S 204 c. 63 u. S 405 c. 51 ist ersichtlich, dass der Mann auf das der Frau während der Ehe angefallene Gut Anspruch hatte, auch wenn es in dieser Zeit noch nicht war ausgehändigt worden. Ebenso musste die Frau, wenn eine von ihr eingebrachte Liegenschaft verkauft wurde, was ja nur unter ihrer Mitwirkung geschehen konnte, sofort den Kaufpreis in Sondergut anlegen lassen, sonst ging sie desselben verlustig. Eine Abweichung von dem starren Rechtsprincip trat insofern ein, als man für dasjenige, was die Frau schon bei Eingehung der Ehe besass oder als Mitgift declarierte, die Besitznahme des Mannes zur Begründung seines Rechtes daran für nothwendig erachtete, von der Ansicht ausgehend, dass wenn der Mann solches Vermögen ruhig bei den Verwandten der Frau zurücklasse, darin eine stillschweigende Anerkennung desselben als Sondergut enthalten sei; darum legen die Quellen rein auf dieses äusserliche Moment allen Nachdruck: die Frau hat das Gut nicht in die Gewere des

Mannes gebracht, folglich ist es ihr Sondergut geblieben. Dagegen bei Erbschaften, welche der Frau erst während der Ehe zufielen, blieb man bei dem alten Satze, offenbar weil solche nicht immer sofort liquid waren und es nicht anging, von dem Zufall rascher Liquidation oder kurz auf den Erbfall folgender Eheauflösung das Recht des Mannes abhängig zu machen.

Kehren wir nun aber zu dem regelmässigen Falle zurück, mit welchem wir bei den ehelichen Güterrechten Deutschlands zu rechnen haben, dem Eintritt des gesammten Frauenguts unter die ehevögtliche Verwaltung des Mannes. Die in diesem Paragraphen besprochenen Grundsätze sind rein und ausschliesslich Ausflüsse der Munt des Ehemanns, des Vormundschaftsrechtes im weiteren Sinne. Sie sind darum von der Gestaltung des ehelichen Güterrechts unabhängig und werden von dem Umstande nicht berührt, ob die Frau Eigenthümerin ihres Eingebrachten bleibt oder ob sich alle Güter der Ehegatten zu einem Gesammtgute vermischen. Diese specifisch güterrechtlichen Elemente haben mit der Ehevogtei nichts zu schaffen. Somit ist auch das Princip der inneren Getrenntheit der Güter kein Grundsatz des Vormundschaftsrechtes, kommt nicht von diesem her in das eheliche Güterrecht hinein: nicht weil der Mann Ehevogt ist, vermischen sich die Güter nicht, sonst könnte Ehevogtei bei Gesammthand nicht bestehen; sondern weil die Ehefrau das Eigenthum ihres Eingebrachten behält, bleibt es bei blos ehevögtlicher Verwaltung, ist kein Anlass zu weiteren Befugnissen des Ehemannes. Darum ist der vielfach für das System der Güterverbindung gebrauchte Ausdruck Mundialsystem zum mindesten zweideutig; er möchte hingehen, wenn man sich dabei immer bewusst bliebe, dass damit nur gemeint sein kann ein System, das ausschliesslich oder fast ausschliesslich mit dem Factor der Ehevogtei arbeitet, dass aber jedes andere, selbst das am weitesten davon entfernte Gesammthandssystem sich nicht durch Beseitigung der Ehevogtei, sondern durch Nutzbarmachung weiterer Rechtselemente von ihm unterscheidet.

Erst von jetzt an betreten wir daher den Boden der eigentlichen Gegensätze des ehelichen Güterrechts. Wir betrachten zuerst die Wirksamkeit des Güterverbindungsprincips und dann die der Gütergemeinschaftstendenzen und die Hauptformen, in denen sich diese verschiedenen Principien Geltung verschafft und den Grund zu den heutigen Güterrechtssystemen gelegt haben.

2. Das Princip der Güterverbindung.

§ 147. a. Aeusserung im ostfälischen Rechte.

Wenn ich das ostsächsische Landrecht, zumal auf Grund der classischen Darstellung, die ihm im Ssp zu Theil geworden ist, zum Mittelpunkt der Untersuchung dieses Princips wähle, so rechtfertigt sich das aus zwei Gesichtspunkten: nicht nur aus der Autorität, die der sächsische Quellenkreis und vorab der Ssp selbst mit Recht wegen des hohen Grades des ihm eigenen juristischen Sinnes und Verständnisses geniesst, sondern auch aus der merkwürdigen Stellung, welche diese Quellen in der historischen Entwicklung von der alten Fahrniseinheit zu der reinen Güterverbindung einnehmen.

Es ist nämlich die Gegensätzlichkeit der Güterrechte wesentlich durch das Verhältnis der Ehegatten zu den in der Ehe zusammenkommenden Liegenschaften hervorgerufen worden. Man darf wohl sagen, dass wenn der Ausschluss der Frauenspersonen vom Liegenschaftserwerb fortgedauert hätte, das eheliche Güterrecht sich ziemlich übereinstimmend zu einer Fahrnisgemeinschaft in dieser oder jener Form mit Beisitz der Witwe im Gute des vorverstorbenen Ehemannes würde ausgebildet haben. Denn das ist doch der Grundzug des ältesten Rechtes, dass die Aussteuer der Ehefrau in dem Vermögen des Mannes aufgeht und ihr dafür durch Mobiliardos und Morgengabe ein Ersatz aus diesem Gute geschaffen wird, wozu vorab bei beerbter Ehe der Beisitz mit den Kindern kommt. Erst seit die Frauenspersonen die Fähigkeit zu Liegenschaftserwerb erlangen und demgemäss einerseits selbst Immobilien in die Ehe bringen, andrerseits an denen des Ehemanns wirkliche dingliche Rechte statt eines farblosen Beisitzes, welcher der Witwe keine Gewere am Gute giebt, erhalten können, kommt die Frage in Fluss, wie das in der Hand des Mannes geeinte Vermögen zu behandeln, ob es innerlich getrennt zu halten oder auch zu einer rechtlichen Einheit zu verschmelzen sei. Das Recht des Ssp steht in einem Uebergangsstadium: es hält bei der Fahrnis noch an der alten Einigungsidee fest und schlägt einen davon getrennten Weg für die Behandlung der Liegenschaften ein.

Wir haben hier auszugehen von der Bemerkung in Ssp I 45 § 2, der Ehemann sitze mit der Frau in den Geweren ihres Gutes. Wichtig ist für uns das Doppelte, dass das nur von dem Gute der Frau gesagt wird, und dass es den Anschein hat, als solle dadurch nicht nur die Behandlung der Liegenschaften, sondern auch die der Fahrnis motiviert werden.

Was den erstern Punkt betrifft, so sitzt der Mann allein in der Gewere seiner eigenen Liegenschaften, wie er auch ohne Consensrecht seiner Frau, blos mit Laub seiner Erben, darüber verfügt. Dass er aber mit der Ehefrau in der Gewere ihrer Liegenschaften sitzt, könnte als ein Widerspruch zu Ssp I 31 § 2 erscheinen, wonach der Mann alles Gut der Frau in seine Gewere nimmt zu rechter Vormundschaft. Es ist dieser letztere Satz nun allerdings der principiell maassgebende, denn der Mann übt alles, wodurch sich die Gewere manifestiert, allein aus: er nutzt das Gut, er vertritt es nach aussen kraft seiner Ehevogtei. Das Verhältnis ist für den Ehemann günstiger als eine Lehnsvormundschaft für den Lehnsvormund, weil dieser die Nutzung des Lehnsgutes nicht hat. Aber da die Ehefrau wie jede Frauensperson an sich dispositionsfähig ist und zu Verfügungen über ihre Liegenschaften vollgiltigen Consens geben, ja selbst solche Verfügungen als Hauptpartei mit Consens des Mannes vornehmen kann (s. § 140) — was bei minderjährigen Mündeln nicht der Fall ist —, so hat dieser Umstand wohl dazu verleitet, von Sitzen des Mannes mit der Frau in der Gewere ihres Gutes zu reden. Immerhin gar zu streng buchstäblich dürfen wir das nicht nehmen; ich bin überzeugt, dass Eike von Repgowe selbst die Consequenz nicht gezogen hätte, der Mann habe vormundschaftliche, die Frau eigenliche Gewere an Frauenliegenschaften, da sich solche zwei verschiedenartige Geweren nicht mit einander vertragen. Dagegen ergiebt sich mit voller Sicherheit daraus die rechtliche Trennung der Mannes- und der Frauenliegenschaften während der Ehe: hinter der Gewere steht das entsprechende dingliche Recht, also hinter der eigenlichen Gewere des Ehemannes an seinen eigenen Liegenschaften sein Eigenthum, ohne Concurrenz einer Berechtigung der Ehefrau, und hinter seiner vormundschaftlichen Gewere am Frauengut sein (dingliches) Recht zu Vormundschaft, wodurch das Eigenthum der Ehefrau unberührt bleibt.

Mehr Schwierigkeit bietet das Verhältnis der Fahrnis, worüber man auch noch nicht zu einer übereinstimmenden Auffassung gelangt ist. Eine rigorose Interpretation des Ssp I 45 § 2 muss dahin führen, dass er auch die Fahrnis der Frau als in ihren und des Mannes Geweren befindlich bezeichne. Die Stelle lautet nämlich: „En wif ne mach ane irs mannes gelof nicht ires gudes vergeven, noch egen verkopen, noch liftucht uplaten, durch dat he mit ir in den geweren sit.“ Hier kann sich das „Vergeben ihres Gutes“, gerade wegen der Gegensätzlichkeit zu dem unmittelbar darauf genannten Verkaufen ihres Eigens, wohl nur auf die Fahrnis beziehen, zumal wenn man Ssp I 31 § 2 herbeizieht: „Dar umme ne mach nen wif ireme manne nene gave geven

an irme egene noch an irer varende have." Agricola (S 160 f.) nimmt daher auch für die Fahrnis der Ehefrau beiderseitige Gewere an; v. Martitz (S 136. 142, bes. Anm 23) ist zurückhaltender und giebt zu, dass der Mitbesitz der Ehefrau ohne juristische Bedeutung sei. Als wesentlicher Punkt fällt, scheint mir, folgender in Betracht: wenn man zugiebt, was wohl nicht bestreitbar ist, dass der Ehemann an seinen eigenen Liegenschaften einzig die Gewere habe, so muss auch die Fahrnis, welche die Frau in den Hof des Mannes eingebracht hat, der ausschliesslichen Gewere des Mannes unterliegen; es wäre denn, dass die Frau sie dort unter ihren Separatverschluss genommen hätte, in welchem Falle aber, wenn er überhaupt nach Sachsenspiegelrecht denkbar wäre, wieder nicht eine beiderseitige Gewere der Ehegatten, sondern einzig die Gewere der Ehefrau daran bestünde. Eine gemeinschaftliche Gewere der Eheleute am beweglichen Gute, und zwar dann sowohl des Mannes als des Frauenguts, wäre also von vorneherein nur denkbar bei derjenigen Fahrnis, welche sich auf einer in die Ehe gebrachten Frauenliegenschaft befindet, weil die Frau neben dem Manne in der Gewere dieser Liegenschaft sitzt. Aber auch wenn wir es mit dieser gemeinschaftlichen Gewere am liegenden Gute ernsthafter nehmen dürften als es wohl erlaubt ist, so würde daraus für die Fahrnis noch nichts zu folgern sein. Denn alle jene Bethätigung, welche der Frau bei Verfügung über ihre Liegenschaften zusteht, cessiert bei Fahrnis, der Mann disponiert darüber völlig frei, ohne dass sich die Frau beklagen kann, sie sei gegen ihren Willen aus ihrer Gewere gekommen. Auch wird ein Unterschied bezüglich der auf Mannes- oder Frauengut befindlichen Fahrnis in den Quellen nie gemacht, und es galt sicher für beide derselbe Grundsatz, dass sie in des Mannes Geweren sei, um so mehr, da sie auch auf einer allfälligen Frauenliegenschaft seiner freien Gewalt überantwortet war. Es reden auch Schöffensprüche[1] oft und viel von ausschliesslicher Gewere des Mannes, daher wir den Satz des Ssp „durch dat he mit ir in den geweren sit" einzig auf das unmittelbar Vorhergehende: Verkaufen von Eigen und Auflassen von Leibzucht, beziehen dürfen.

Das ist aber nicht die Hauptfrage. Wichtiger ist, ob man sich[2] dafür entscheiden soll, dass die Fahrnis der Ehefrau wie in die Gewere, so auch in das Eigenthum des Mannes übergegangen sei, oder

[1] Böhme, Dipl. Beiträge VI 99: brengit eine frawe varnde habe czu erem wirte und gibt is im under sine hende und in sine gewere; das. S 153: hette dy frawe farnde habe von ir gegebin aws des mannes gewere. Vgl. Agricola S 162. 230.

[2] Mit Albrecht, Gewere S 262 f.; Schröder II 3 S 320 f.

aber[3] dafür, dass während der Ehe zwar nicht die Gewere, wohl aber das Eigenthum an dem beweglichen Frauengut bei der Ehefrau geblieben sei. Oder sollten diese beiden scheinbar unverträglichen Auffassungen sich nicht unter einem einheitlichen Gesichtspunkte vereinigen lassen? Schon öfter ist darauf hingewiesen worden, dass der Behandlung der Fahrnis im ostfälischen Landrechte entschieden gütergemeinschaftliche Tendenzen zu Grunde liegen. Ist dem altgermanischen Eherecht der Gedanke eigen, dass die von der Ehefrau eingebrachte Fahrnis, ihre Aussteuer, in dem Vermögen des Mannes aufgeht und er ihr dafür eine gleichwerthige Gegenausstattung bestellt, so ergiebt sich auf Grund einer consequenten geschichtlichen Entwicklung für das Sachsenspiegelrecht, dass alle von der Ehefrau eingebrachte Fahrnis in das Eigenthum des Mannes gelangt, dass aber das Recht ihr einen Ersatz dafür giebt durch Zuweisung der Gerade, d. h. bestimmter gesetzlich bezeichneter Sachen, welche der Frau und bei ihrem Vorabsterben ihrer Erbin (Niftel) ausschliesslich gehören. Wollte man nun das Rechtsverhältnis doctrinär auf die Spitze getrieben darstellen, so käme man zu dem Resultate, der Ehefrau schon während der Dauer der Ehe das Eigenthum an der Gerade zuzuschreiben. Damit würde sich vereinigen, einmal dass Ssp I 31 § 1 u. 2 und I 45 § 2 von ihrem (der Ehefrau) Gut reden, besonders aber, dass Ssp I 31 § 2 die Möglichkeit einer Vergabung „ihrer fahrenden Habe" durch die Frau in Erwägung zieht. Eine Ehefrau, heisst es dort, kann von ihrer fahrenden Habe nichts an ihren Mann zum Nachtheil ihrer Erben vergeben. Sie hat also Fahrnis, die nicht schon dem Manne gehört, die vielmehr bei ihrem Tode an ihre Erben fällt und darum diesen nicht soll entfremdet werden. Als solche Fahrnis wäre aber nur die Gerade zu denken, weil sie allein bei Tod der Frau ihren Erben anfällt, alle andere Fahrnis dem Manne bleibt. Somit könnte jedenfalls die in Ssp I 31 § 2 genannte Fahrnis der Frau blos auf die Gerade bezogen werden[4].

[3] Mit Agricola S 215 Anm 2a u. öfter; v. Martitz S 124 Anm 13, S 126. 142 Anm 23, S 233. Aus dem Sachenrechte wissen wir, dass die Gewere fremdes Eigenthum nicht ausschliesst und dass der seine Fahrnis einem Andern Anvertrauende doch Eigenthümer derselben bleibt und die dingliche Klage gegen den Vertrauensmann hat, so dass also auch die Ehefrau Eigenthümerin der von ihr herrührenden Fahrnis sein könnte, obschon sie unter des Mannes Gewere liegt.

[4] Das nehmen auch schon Albrecht, Gewere S 266; Kraut, Vormundschaft II 428; Schröder II 3 S 372 f. an. Auf die Morgengabe, welche v. Martitz S 233 eventuell noch hinzunehmen würde, dürfte aber die Stelle nicht bezogen werden, weil solche bei Vorabsterben der Frau ihren Erben nicht anfällt.

Immerhin unterliegt es gegründetem Zweifel, ob es in der Intention des Verfassers gelegen, ja ob es überhaupt dem Bewusstsein und der Anschauung jener Zeit entsprochen habe, dergestalt zu sondern: Eigenthum der Frau an der Gerade, Eigenthum des Mannes an aller übrigen Fahrnis, komme sie von Mannes- oder von Frauenseite. Ziehen wir in Betracht, dass sich die Gerade durch das gemeinsame Haushalten von Mann und Frau vergrössert oder vermindert, und dass man erst mit dem Momente der Auflösung der Ehe weiss, was der Frau gehören soll, so steckt da jenes gütergemeinschaftliche Element, das uns in der historischen Betrachtung entgegengetreten ist. Eine der wichtigsten Aeusserungen der Gütergemeinschaft ist ja die, dass die Eheleute auf gemeinsamen Gedeih und Verderb, auf gemeinsame Besserung und Aergerung in ihrem Gute sitzen; die Gerade ist aber in der Gestalt, wie sie der Ssp kennt, nichts andres als die in der gemeinsamen Wirthschaft der Eheleute gebesserte oder geärgerte Aussteuer der Ehefrau. Auf solche Gemeinschaftsidee weist auch wohl der in seinem Motive nicht recht verständliche und vielleicht auch nicht ganz correcte[5] Satz des Ssp I 31 § 2: „Weil der Mann alles Gut der Frau in seine Gewere zu rechter Vormundschaft nimmt und keine andere Gewere daran gewinnen kann, darum mag ein Weib ihrem Manne keine Gabe an ihrem Eigen noch an ihrer fahrenden Habe geben." Was dem Verfasser dabei vorschwebte, scheint mir Folgendes zu sein: während bestehender Ehe existiert die Gerade noch gar nicht als besonderer, der Frau gehörender Fahrniscomplex, die Frau hat also noch gar nichts zu verschenken; würde sie doch eine Vergabung machen, so könnte das nur eine solche auf den Todesfall über die alsdann ihren Erben anfallende Fahrnis sein, und eine Vergabung dieser Art brauchen die Erben nicht zu respectieren.

Ausgeschlossen erscheint mir unter allen Umständen die Annahme eines Alleineigenthums des Mannes an sämmtlicher Fahrnis der Ehe, schon darum, weil dann die überlebende Frau die Gerade als Erbin, kraft Erbrechts, nehmen würde, wovon wie bald zu zeigen keine Rede sein kann. Wollen wir aber „das Recht unsrer Vorväter so darstellen, wie es in ihnen lebte, es nachdenken, wie sie es sich dachten"[6], so kommen wir, scheint mir, dieser Absicht am nächsten, wenn wir das Recht

[5] Incorrect scheint namentlich die Gleichstellung der Vergabung von Liegenschaften mit der von Fahrnis in dieser Stelle. Denn Liegenschaften kann die Frau während der Ehe auf den Mann übertragen, und ihre Erben müssen in Jahresfrist widersprechen, sonst sind sie präcludiert. So jedenfalls im Magdeburgischen Rechte: Wasserschleben S 244 c. 98.

[6] Worte v. Martitz' S 142 Anm 23.

der Ehefrau an der Gerade, zugleich das einzige Recht, welches sie an Fahrnis überhaupt hat, als ihren Antheil am ehelichen Mobiliargut bezeichnen, welcher während der Ehe quantitativ noch nicht feststeht und darum auch von dem übrigen Mobiliarbestande rechtlich nicht gesondert ist: das Princip der Gütergemeinschaft, nur statt auf Quotentheilung, auf Ausscheidung bestimmter Gattungen der Sachen gestellt und darum für die juristische Construction etwas weniger einfach.

Dieser Mischung von Güterverbindungs- und Gütergemeinschaftselementen im sächsischen Landrechte entspricht, wie schon theilweise angedeutet, das Schicksal der ehelichen Güter bei Auflösung der Ehe: die Liegenschaften kehren nach der Seite zurück, von der sie stammen; von allfällig errungenen Immobilien wird nichts ausdrücklich gesagt, doch schliesst man mit ziemlicher Sicherheit auf ihren Anfall an die Mannesseite aus der Thatsache, dass Rückkehr von Eigen an die Frauenseite nur erwähnt ist, „of se dat hevet", d. h. nur von Gut, das die Frau eingebracht hat[7].

Bei der Fahrnis tritt die Errungenschaft nicht als besondrer Bestandtheil der Habe hervor, denn schon der Begriff Errungenschaft setzt das Fortbestehen des Eingebrachten voraus; nun war aber die Fahrnis auch quantitativ nicht mehr nach ihrem Herkommen unterschieden und wurde demgemäss auch nicht nach diesem Merkmale getheilt, sondern nach zwei Classen rubriciert, von denen die eine auf die Mannes-, die andre auf die Frauenseite fiel, und in diese zwei Classen vertheilte sich auch ohne weiteres und nothwendig die während der Ehe errungene Fahrnis. Sehen wir von der auf Vertrag beruhenden Morgengabe ab, so fällt der Frau oder (bei ihrem Vorabsterben) ihrer hiefür gesetzlich anerkannten Specialerbin die Gerade zu, dem Manne oder seinen Erben alle übrige fahrende Habe[8]. Wie

[7] Ssp I 31 § 1. Für das spätere Recht vgl. Agricola S 260 ff. Wurden Liegenschaften der Frau während der Ehe veräussert, so hatte sie vermöge ihres Rechts der Mitwirkung dabei die Möglichkeit in der Hand, sich sofort einen andern liegenschaftlichen Ersatz auszubedingen. Darauf ist später der Ausdruck Ursal bezogen worden: Agricola S 273 f. Ueber das Princip der Wiedererstattung vgl. auch Schröder II 3 S 320 f.; Wasserschleben S 190 c. 51.

[8] Dass die Frau bei ihrem Vorabsterben blos die Gerade vererbt, ist zu deutlich in Ssp I 31 § 1 und III 76 § 2 gesagt, als dass es zweifelhaft sein könnte. Aber auch bei Vorabsterben des Mannes fällt der Witwe keine weitere Fahrnis (ausser dem Mustheil, wovon bald näheres) zu. Vgl. v. Martitz S 102 f. Die gegentheilige Ansicht, welche bei Tod des Mannes der Frau alle ihre eingebrachte Fahrnis, auch so weit sie nicht zur Gerade gehört, zuweist (Agricola S 215), kann sich nur darauf berufen, dass sonst das Eigenthum der Frau und ihre Ge-

schon öfter bemerkt, ist die Gerade die durch Fahrnisgemeinschaft hindurchgegangene Aussteuer (Ausradung[9]) der Ehefrau, der Ersatz, der ihr aus der Fahrnisgemeinschaft für die Aussteuer zu Theil wird[10]. Sie begreift die Gegenstände, welche nach Sitte und Gewohnheit von der Frau eingebracht, während der Ehe vorzugsweise ihrer Verwaltung unterstellt waren; diese Gegenstände sind behufs Vermeidung von Streitigkeiten gesetzlich fixiert: man sehe den genauen Geradekatalog des Ssp I 24 § 3[11]. Er zählt die weiblichen Kleider und allen Schmuck, Garn und Linnen, Haushaltungsgeräthe und die Schafe und die Gänse auf. Was hievon bei Auflösung der Ehe vorhanden ist, bildet die Gerade, mag es gegenüber der ursprünglichen Aussteuer vermehrt oder vermindert sein. Es ist einleuchtend, dass in einer ökonomisch vorwärts gekommenen Ehe für die Gerade gar manches von der Errungenschaft abfällt; um so billiger ist es, die übrige Fahrnis der Mannesseite zu lassen.

Ein wichtiges Fahrnisgemeinschaftselement liegt endlich noch vor in dem Mustheil, den die überlebende Witwe (nur sie, nicht auch ihre Erben bei ihrem Vorabsterben) erhält[12]: er besteht in der Hälfte aller auf dem Hofe befindlichen Speisevorräthe, der Hofspeise, hovede spise, bei grossen Wirthschaften ein nicht gleichgiltiger Vermögenstheil.

Kraft welchen Rechts behält nun aber der Mann die Fahrnis, bezw. die Witwe die Gerade und den Mustheil?

Eine namentlich auch durch v. Martitz S 123 f. vertretene Ansicht behandelt alle diese Fälle unter dem Gesichtspunkte des Erbgangs und der Gleichstellung des überlebenden Ehegatten mit den Erben des verstorbenen. Bei Tod des Mannes sei die Frau als Erbin in Bezug auf die Gerade betrachtet worden so gut wie die Kinder in Bezug auf die übrige Fahrnis, und bei Tod der Frau sei der Mann Erbe in Betreff der Fahrnis gewesen so gut wie die Niftel in Betreff der Gerade. Zur Begründung dieser Ansicht greift v. Martitz nach der Auskunft, dass laut Ssp I 45 § 2 Mann und Frau in der Gewere alles Gutes sitzen, der Vorabsterbende also alles dieses bisher unter sich Gehabte als seine Erbschaft hinterlasse. Abgesehen davon, dass

were daran während der Ehe äqual null wäre, ein Grund, der schon durch das bisher Erörterte erledigt ist.

[9] Denn die ausgestattete Tochter heisst Ssp I 5 § 2 utgeradet.

[10] Aehnlich, nur nicht mit so bestimmter Betonung des Fahrnisgemeinschaftsprincips, v. Martitz in seiner schönen Darstellung S 92 ff.

[11] Und die vielen Kataloge anderer Quellen bei Grimm, RA S 576 ff.

[12] Ssp I 22 § 3: de vrowe mut jegen den erven musdelen alle hovede spise, die overblift in jewelkeme hove irs mannes.

gerade für die Fahrnis, wie wir sahen, die gemeinsame Gewere nicht annehmbar ist, müsste diese Argumentation dahin führen, bei Gütergemeinschaft den Ueberlebenden als Erben des Verstorbenen zu behandeln. Agricola (S 217 f. 280 ff. 439 f.) stimmt bei nebensächlichen Abweichungen in der Hauptsache mit v. Martitz überein, dass bei Tod der Frau der Mann Erbe ihrer Fahrnis, bei des Mannes Tode die Frau Erbin der Gerade sei. Schröder (II 3 S 323) lehnt die erbrechtliche Theorie ganz ab und formuliert: alle nicht zur Gerade gehörige Fahrnis war Eigenthum des Mannes, die Gerade war Eigenthum der Frau, und zwar beides schon während der Ehe, in Folge einer durch den Eheschluss herbeigeführten Eigenthumsverschiebung; jeder Theil nimmt also nur sein Eigenthum zurück.

Von der Erbrechtstheorie kann m. E. ernsthafter Weise nicht die Rede sein bei Vorabsterben der Frau. Sie ist für diesen Fall ausgeschlossen durch Ssp I 31 § 1: stirbt die Frau bei des Mannes Leben, so vererbt sie keine fahrende Habe ausser Gerade, und Eigen, wenn sie solches hat, auf ihren Nächsten. Das heisst wahrlich nicht, wie v. Martitz S 124 will: „Gerade und Eigen vererbt sie auf den Nächsten, ihre sonstige Fahrnis auf den Mann", sondern: sie vererbt nur Gerade und Eigen, alles andere geht sie nichts an, gehört nicht zu ihrem Erbe, bleibt dem Manne, der es schon hat. Auch die Behandlung der Ehefrau als Erbin des Mannes bezüglich der Gerade weist der Ssp des bestimmtesten zurück, denn laut I 27 § 2 vererbt der Mann nur Erbe und Heergewäte; wäre die Frau Erbin der Gerade, so hätte nothwendig hier auch die Gerade müssen aufgeführt werden. Mehr Neigung zeigen spätere Rechtsbücher, z. B. der Verm. Ssp, zu einer Qualification der Ehefrau als Erbin der Gerade, doch wird es recht bestimmt nirgends ausgesprochen und mit der Erbqualität der Frau nie recht Ernst gemacht; es darf besonders nicht zu viel Gewicht darauf gelegt werden, wenn etwa von Anersterben der Gerade an die Frau, ja selbst von Erbgerechtigkeit der Witwe die Rede ist. Wir finden auch in reinen Gütergemeinschaftssystemen oft und viel das Recht der Frau auf ihr Drittel des Sammtgutes als Erbgerechtigkeit benannt, obschon es da evident nur ihr Gemeinderschaftsantheil ist. Wir lehnen daher besser die erbrechtliche Theorie ganz ab, nicht nur weil sie „dem modern gebildeten Juristen unbefriedigend erscheinen muss" (v. Martitz S 125), sondern weil sie der Anschauung des altdeutschen Rechts in keiner Richtung entspricht.

Andererseits aber hindert nichts, mit der „Eigenthumsverschiebung" Schröders Ernst zu machen und sie bei ihrem wahren Namen zu nennen: Fahrnisgemeinschaft. Die Frau zieht statt der ein-

gebrachten Mobiliarhabe einen neuen Fahrniscomplex heraus, der erst in der gemeinsamen Wirthschaft der Eheleute seine Gestalt erhalten hat, also soweit als Theil des Gemeinschaftsgutes erscheint. Diese Fahrnisgemeinschaft löst sich nicht nach Quoten auf, sondern nach den Gattungen der Sachen, und die Schulden der Ehe vertheilen sich auf die dadurch gebildeten Fahrniscomplexe nach ihrer Angehörigkeit an den einen oder den andern (s. unten § 177 gegen Ende). Das verträgt sich mit dem Gütergemeinschaftsprincip vollkommen: jeder Theil nimmt bei Auflösung der Ehe die ihm bestimmten Gattungen der Fahrnisgegenstände mit dem durch die gemeinsame Wirthschaft erzielten Zuwachs oder den darauf erlittenen Verlusten und eingegangenen Schulden als seinen Antheil an der Gesammtfahrnis zurück.

Etwas abweichend scheint Ssp III 74 das Verfahren bei Auflösung der Ehe durch Scheidung, d. h. im Sinne des Mittelalters bei Nichtigerklärung einer Ehe wegen eines impedimentum dirimens, zu regeln. Das eheliche Verhältnis, welches allein die Frau zur Genossin des Mannes machen und sie in die Mitverwaltung der Fahrnis einführen konnte, ist ungeschehen gemacht und soll auch in seinen ökonomischen Folgen möglichst vertilgt werden; die factisch vorhanden gewesene Vormundschaft des Mannes wird nicht mehr als Ehevogtei beurtheilt, sondern als blosse Vormundschaft, die den Mann nöthigt, der Frau ihr Eingebrachtes wieder zurückzugeben, wie es der Vormund gegenüber dem Mündel thun muss. Daher sagt Ssp III 74: man soll der Frau wieder lassen und geben, was sie zu ihrem Manne brachte. Dazu stimmt aber etwas sonderbar das unmittelbar Vorhergehende: ire rade unde ire musdele behalt sie; denn die Gerade repräsentiert ja eben das was die Frau an Fahrnis zu ihrem Manne brachte. Ist daher dieser erstere Satz (man soll der Frau wieder geben, was sie zu ihrem Manne brachte) auch auf Fahrnis und nicht blos auf Liegenschaften zu beziehen, so kann die Meinung nur sein, dass eben in solchem Falle von Nichtigerklärung der Ehe der Frau ausser den Geradestücken noch zurückzugeben sei, was sie als von ihr eingebracht ausdrücklich nachweisen kann [13].

Die Trennung der Gesammtfahrnis in Erbe und Gerade war nur haltbar in Verhältnissen, welche die Mitgift der Frau blos in einer Aussteuer mit Haushaltungsgegenständen, nicht in einem weiteren Heiratsgute bestehen liessen. Ein solches wäre überhaupt nur, ausser in Grundstücken, in Capitalbriefen denkbar gewesen, und diese hinwiederum hätten nur Rentenbriefe sein können und hätten also zu

[13] Vgl. überhaupt v. Martitz S 126 ff.

dem liegenden Gute gezählt, wären somit als Immobilien wieder an die Frau zurückgefallen. Im Magdeburgischen Stadtrechte, das laut zahlreichen Schöffensprüchen ein Fahrniseinbringen an „bereitem Gelde, an have dat to der rade nicht enhort" u. dgl.[14] zu berücksichtigen hatte, vermied man die aus dem Aufgehen dieser Sachen in Erbe und somit aus deren Anfall an den Mann oder seine Successoren entstehende Benachtheiligung der Ehefrau zuerst durch den Vorbehalt von Sondergut, und daraus ging im Laufe der Zeit von selbst die Auflösung der Gerade hervor. Denn es ist leicht ersichtlich, dass wenn die Frau sich durch Zurückhaltung des grössten Theils ihres Heiratsgutes sicherte, nunmehr hinwiederum der Mann bezw. seine Erben ungebührlich benachtheiligt wurden, weil dann die Gerade, welche ja auch manches vom Manne hergekommene Stück enthielt, weit mehr war als der ursprünglich beabsichtigte Ersatz der Frauenaussteuer. Insonderheit gegen den Bezug der Gerade durch die Niftel bei Tod der Ehefrau erhob sich eine Gegenbewegung zu Gunsten des Mannes, wie ja überhaupt die Niftelgerade in diesen neuen wirthschaftlichen Verhältnissen keine Berechtigung mehr hatte. Die Gerade wurde daher bedeutend beschränkt[15] und verschwand später ganz, ersetzt in den einen Rechten durch eine billigere Quotentheilung der Fahrnis, in den andern durch Getrennthaltung des beiderseits Eingebrachten, so dass man hier schliesslich auch zu reiner Güterverbindung gelangt ist.

§ 148. b. Reine Güterverbindung.

Der Schritt zu der reinen Güterverbindung vollzieht sich dadurch, dass auch für die Fahrnis ein bestimmter Modus gefunden wird, nach welchem das von der Frau Eingebrachte vom Mannesvermögen rechtlich getrennt gehalten und namentlich bei Auflösung der Ehe der Frauenseite wieder zugewiesen werden kann. Es möchte nun scheinen, dass dieser Schritt von selbst gegeben gewesen wäre. Wir haben im alten Vormundschaftsrechte den Satz, dass der Vormund den Mündeln, wenn sie mehrjährig geworden sind, oder der Vater den Kindern, wenn sie sich von ihm scheiden, alles ihr Gut herausgeben muss, sofern er nicht beweisen kann, dass es ihm ohne seine Schuld verloren gegangen ist (Ssp I 11); er muss also das von ihm Verbrauchte er-

[14] Vgl. etwa Schöffenurtheil bei Böhme, Dipl. Beitr. VI 99 a. E.; Wasserschleben S 96 c. 150, S 208 c. 2; v. Martitz S 265 a. E.

[15] Nach einer „Willkür" des Magdeburger Rechts aus dem 14. Jahrhundert, bei v. Martitz S 323 Anm 13 abgedruckt.

setzen. Was der Anwendung dieses Grundsatzes auch in Bezug auf die von der Frau eingebrachte Fahrnis entgegengestanden hätte, wäre um so weniger abzusehen, je mehr man das ganze Verhältnis zwischen Mann und Frau einfach unter das Princip der Vormundschaft stellt. Es ist mir nicht recht begreiflich, dass v. Martitz, bes. S 287, eine begriffsmässige Fassung der Verfügungsgewalt des Mannes über das Frauengut im Sachsenspiegel darum vermisst, weil derselbe die Befugnisse des Ehemanns in das weite Gewand der Vormundschaft gekleidet und ihnen innerhalb dieses umfassenden Begriffs eine genauere Begründung nicht habe geben können. Ich möchte im Gegentheil sagen, dass eine einfache Subsumtion unter die Vormundschaft in diesen Verhältnissen zwischen Eheleuten eben nicht vorlag und dadurch die Sachlage schwieriger wurde. Von Anfang an war daneben auch ein gemeinderschaftliches Moment wirksam, das die ausschliessliche Anwendung der vormundschaftlichen Grundsätze verhinderte. Die Frau trat nicht rein und ausschliesslich in die Stellung eines Mündels, sondern wurde (wenn wenigstens Tacitus' Bericht nicht blosse Phrase ist) laborum periculorumque socia, was sich vermögensrechtlich darin äusserte, dass das Mannesvermögen die Aussteuer in sich aufnahm und sich dafür mit der dos belastete, im Sachsenspiegel aber mehr dahin gewendet war, dass alles Mobiliarvermögen der Ehe als eine Gesammtmasse angesehen wurde, aus welcher bei Auflösung der Ehe der Frauenseite die Gerade zufiel. Sogar dann, als in den Städten dieser Theilungsmodus unpraktisch geworden war, weil die Gerade nicht mehr das richtige Aequivalent des Eingebrachten der Frau bildete, ging man nicht zu dem reinen Vormundschaftsprincip und zu der von ihm aufgestellten Haftung des Vormunds für das in seine Gewere gelangte Gut über; es wäre das eine zu tief greifende Neuerung gewesen, weil das ganze Institut der Gerade dadurch mit einem Schlage wäre aufgehoben worden. Die Remedur gegen die durch die neuen Verhältnisse erzeugten Unbilligkeiten der alten Fahrnistheilung vollzog sich, wie wir sahen, durch das Aufkommen des Vorbehaltens von Sondergut, was rein doctrinär betrachtet für eine stärkere Abweichung vom alten Rechte gelten kann als der Uebergang zum reinen Vormundschaftsprincip gewesen wäre, praktisch angesehen aber nicht als so tiefgreifende Neuerung empfunden wurde, weil der bisherige Rechtsbestand, das Geraderecht, vorläufig noch unangetastet blieb.

Leichter konnte dagegen dieser andere Weg, die Unterordnung unter das reine Vormundschaftsrecht, beschritten werden in denjenigen Rechtsgebieten, welche das Institut der Gerade nicht kannten. Ein

besonders charakteristisches Beispiel hiefür bieten schweizerische Rechte, wie die von Zürich und den Urcantonen.

Wie schon früher (S 330) bemerkt, überliefern uns die schwyzerischen Landsatzungen von 1294 noch als althergebrachtes Recht, dass das von der Frau in die Ehe gebrachte fahrende Gut für die Schulden des Mannes haftet, die Frau den Gläubigern des Mannes in dessen Auffall (Concurs) nachsteht. Auf dasselbe weisen einzelne Spuren in andern Cantonen, namentlich der Züricher Richtebrief IV 62[1]. Das Gemeinschaftsprincip ist also hier viel stärker entwickelt als in dem ostfälischen Landrecht, in welchem die Mannesschulden nur das Erbe, nicht die Gerade belasten, sofern sie nicht auf die Gerade direct gemacht sind. Es ist daraus ersichtlich, dass man weit entfernt war, das Verhältnis rein nach Vormundschaftsrecht zu behandeln, sonst hätte die Ehefrau für ihr eingebrachtes Gut mindestens neben den Gläubigern des Mannes Ersatz verlangen können. Leider mangeln uns Nachrichten darüber, was im alten Rechte bei Auflösung der Ehe das Schicksal der Fahrnis war, nach welchem Grundsatze sie getheilt wurde. Man nimmt meist an, dass wo nicht gegenseitige Vergabungen stattgefunden hatten, das von der Frau Eingebrachte, soweit es noch in natura vorhanden war, an die Frauenseite zurückfiel[2]. Wahrscheinlich bildete aber eben eine Zuwendung des Mannes, eine Dosbestellung, die Regel und trat als Ersatz der eingebrachten Frauenfahrnis ein, und hieran knüpfte die neue Rechtsbildung an, welche diese Zuwendung in eine reine pfandweise Versicherung der von der Frau in die Ehe gebrachten fahrenden Habe umgestaltete. Daher heisst dieses Rechtsgeschäft ebenfalls Widerlegung, wie die in § 143 besprochene, offenbar aus der dos hervorgegangene Gegengabe gegen die Aussteuer. Der technische Ausdruck der schweizerischen Rechte ist „Legen an Eigen und Erbe“[3]. Dasselbe beruhte anfangs auf besonderer Uebereinkunft, durch welche der Ehemann für den auf eine bestimmte Summe geschätzten Werth der eingebrachten Frauenfahrnis eine Liegenschaft zu Pfand setzte, und zwar in der Form der sog. neueren Satzung, zu Fürpfand. Später schwächte sich das dahin ab, dass der Ehemann die Heimsteuer schlechtweg auf alles sein Gut, liegendes und fahrendes, das er jetzt hat oder noch gewinnet, setzte, wovon die Folge war, dass oft eine solche generelle

[1] Im Archiv für Schweizergeschichte V 230.

[2] Vgl. F. v. Wyss, Gesch. des Concursprozesses in Zürich S 61 zu Anm 1.

[3] Vgl. hierüber Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratien I 179 f.; F. v. Wyss a. a. O. S 62 ff.

Haftung des Mannesvermögens schon als gesetzlich zu Recht bestehend angenommen wurde; die praktische Aeusserung war, wie die Offnung von Küssnacht[4] es ausspricht, die, dass bei Auflösung der Ehe der Frau nöthigenfalls aus dem Vermögen des Mannes der Betrag ihres Eingebrachten ausgerichtet wurde, und zwar, wie es später durchweg angenommen wurde, unter Nachgang der Gläubiger, also mit Concursprivileg.

Damit war aber in dieser bestimmten Anwendung das eheliche Güterrecht schlechthin unter die Grundsätze des Vormundschaftsrechtes gestellt. Das spricht sich sofort des bestimmtesten aus in dem nunmehr als Hauptprincip hervortretenden Satze: Frauengut soll weder wachsen noch schwinden (schweinen)[5]. Denn dieser Satz gehört von Alters her dem Vormundschaftsrechte an: Mündelgut soll weder wachsen noch schwinden. Dieser Satz wurde vom ehelichen Güterrechte aufgenommen, als er gerade dem Vormundschaftsrechte verloren ging, welches seit dem 13. Jahrhundert sein altes Princip aufgab, wonach der Vormund die Erträgnisse des Mündelguts in seinen Nutzen verwenden durfte; bei der Ehe konnte der Satz nicht preisgegeben werden, dass der Ehemann sämmtlichen Ertrag des Frauenguts für den Unterhalt der Ehe brauchen dürfe.

Im übrigen ist nicht daran zu denken, dass die Vormundschaftsgrundsätze nun durchweg für die Ehefrau zur Anwendung gekommen wären. Während die Vormundschaft mehr und mehr das Wesen eines Gewaltverhältnisses abstreift und den Charakter einer blossen Fürsorge für den Mündel ausbildet, bleibt die Ehevogtei gegentheils die alte Munt, die Hausherrschaft, zur Wahrung der Interessen des Ehemannes. Ihr Inhalt erschöpft sich darin, dass die Frau nichts gegen den Willen des Ehemanns thun kann. Aber mit Consens des Mannes kann sie, weil an sich dispositionsfähig, giltig Veräusserungen ihres Gutes vornehmen und Verpflichtungen eingehen.

---

[4] Grimm, Weisth. IV 357 § 4.

[5] Blumer a. a. O. I 178 Anm 82. Landbuch von Uri Art. 116 (in Z für schweiz. Recht XI Abth. 2 S 67), Landbuch von Obwalden § 112 (ebendas. VIII Abth. 2 S 39); Artikelbuch von Gersau, Landbuch der March Art. 16, Landbuch von Küssnacht § 3 Art. 1, Artikelbuch von Wollerau § 8 (sämmtlich bei Kothing, Die Rechtsquellen des Cantons Schwyz S 99. 101. 119. 244. 299). Züricher Rathsverordnung von 1493 bei v. Orelli, in Z f. schweiz. Recht III Abth. 1 S 8.

3. Gesammte Hand.

§ 149. a. Das Grundprincip.

Die Rechtsform der gesammten Hand steht in directem Gegensatze zu der eben betrachteten Güterrechtsform, welche die Vereinigung der Vermögen beider Eheleute nur soweit vollzieht, als für eine einheitliche eheliche Wirthschaft unumgänglich nothwendig ist. In dem Worte gesammte Hand liegt der Begriff der Gemeinderschaft mit allen seinen Consequenzen; das gesammte in der Ehe zusammengebrachte Vermögen ist zu einer Masse geeint, an welcher beide Eheleute mit gleichartigem Rechte betheiligt sind, gleichviel ob bei Auflösung des Verhältnisses ungleiche Theile gebildet werden. Die einzelnen Aeusserungen zu betrachten bleibt dem folgenden Paragraphen vorbehalten; hier fassen wir das leitende Motiv zuerst ins Auge.

Es darf nicht ohne weiteres Gesammthandsrecht, also Gemeinderschaft angenommen werden, wo eine Mitwirkung der Ehefrau bei Veräusserung oder Belastung auch der Liegenschaften des Ehemannes erfordert ist. Denn dieses Mitwirkungsrecht der Ehefrau kann auf gesetzlichem oder vertragsmässigem Leibgedinge oder auf Ansprüchen aus Morgengabe beruhen, wie das vorzugsweise in dem schwäbischen Rechte der Fall ist, welches die gesammte Hand nicht ausgebildet hat[1]. So ist namentlich auch dem Schwabenspiegel das Princip der gesammten Hand im ehelichen Güterrechte fremd, wie das oben schon hervorgehoben worden. Ebensowenig darf überall da, wo Verfangenschaftsrecht der Kinder besteht, gesammte Hand der Eheleute als nothwendige Consequenz desselben angenommen werden[2]. Auch auf diesem Wege gelangt man irrthümlicher Weise zu einem viel zu ausgebreiteten Geltungsgebiet des Gesammthandsrechtes, denn die Ver-

---

[1] Schröder wird diesem Unterschiede nicht gerecht. Man vergleiche etwa II 1 S 115: „Von grösster Wichtigkeit ist es, dass der Mann auch über sein freies Immobiliarvermögen nicht einseitig verfügen kann, dass also die sämmtlichen Immobilien, gleichviel von wem sie herrühren, auch materiell eine Masse bilden, über die nur von beiden Ehegatten gemeinsam, also mit gesammter Hand, verfügt werden darf.“ Dieses zweimalige „also“ ist ein Trugschluss, weil es möglich ist, dass der Mann nicht einseitig verfügen darf wegen Leibzuchtsrechten der Frau, ohne dass deswegen gesammte Hand besteht. Und so ist es im schwäbischen Rechte wirklich der Fall, und die von Schröder auf S 116 angeführten Fälle für „gesammte Hand im schwäbisch-alamannischen Recht“ beweisen eben das Gegentheil von gesammter Hand.

[2] Wie es Roth thut, Ueber Gütereinheit und Gütergemeinschaft, in J des gem. DR III, bes. S 317: „Nicht das Verhältnis der Ehegatten zu einander, sondern das der Kinder zu dem ehelichen Vermögen, bildet die Basis dieses Systems.“

fangenschaft hat keineswegs nothwendig die Gesammthand der Eheleute erzeugt, sie ist viel verbreiteter als letztere, und andrerseits ist es auch oft zu einer Gesammthand der Eheleute gekommen, ohne dass zu Verfangenschaft Veranlassung war, so bei unbeerbter Ehe. Man darf daher nicht gesammte Hand und Verfangenschaftsrecht als absolut zusammengehörig betrachten, wie Roth a. a. O. beständig von dem System der gesammten Hand mit Verfangenschaft spricht, um dann sofort überall, wo er auch nur den geringsten Ansatz zu Verfangenschaftsrecht findet, ohne weiteres Gesammthandsrecht anzunehmen.

Bedenken wir, dass das Verfangenschaftsrecht sich mit verschiedenartigen Typen des ehelichen Güterrechts verträgt, so kann es nur zur Klarheit beitragen, wenn wir es hier gänzlich aus dem Spiele lassen und dahin verweisen, wohin es von Rechts wegen gehört: in die Darstellung der Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern. Dies um so mehr, als in denjenigen Rechtsgebieten, welche die eigentlichen Träger des Gesammthandsrechtes sind, der nächste Anstoss zu dessen Ausbildung nicht in der Verfangenschaft zu suchen ist, sondern in der von Hörigkeitsabgaben freien Ueberlassung des Ehegutes an die Eheleute (oben S 323 ff.). Die Städte am Main und am Mittelrhein von Worms bis Köln hinunter, die Träger der Cultur in Ost- und Mittelfranken, geben uns in ihrem Urkundenbestande die ältesten Zeugnisse des reinen Gesammthandsrechtes, und erst allmählich sind die Landrechte, unter der Autorität der städtischen Oberhöfe, nachgefolgt. Bei dieser specifisch fränkischen Gesammthand bleiben wir vorläufig stehen.

Da bemerken wir nun vor allem, dass Gesammthand nur der Ausdruck einer Gemeinderschaft für die Dauer der Ehe ist. Die bei Auflösung der Ehe eintretenden Rechtsverhältnisse können sich ganz verschieden gestalten, verschieden selbst in einem und demselben ehelichen Güterrechte, je nachdem die Ehe beerbt oder unbeerbt ist: Heimfall der Güter nach ihrer Herkunft, mit oder ohne Leibzuchtsrechte des Ueberlebenden, oder Quotentheilung, oder Alleinerbrecht des Ueberlebenden. Die Gesammthand bedingt also kein bestimmtes System der Vermögensbereinigung auf den Fall der Endigung der Ehe. Ihr Princip beherrscht somit nicht ausschliesslich das ganze Güterrechtssystem der Particularrechte, denen sie angehört, es ist nur der Ausdruck des Gedankens, dass während der Ehe Gemeinderschaft unter den Eheleuten bestehen soll. In einer Reihe von schweizerischen Weisthümern wird auch das Verhältnis der Ehegatten geradezu als Gemeinderschaft bezeichnet, indem dieselben den Ausdruck gebrauchen,

dass zwei Ehemenschen einander zu Gemeindern annehmen[3], was ursprünglich auf besonderer Vereinbarung mag beruht haben, später die schon kraft Gesetzes eintretende Gütergemeinschaft bezeichnet.

In der Gesammthand oder Gemeinderschaft kommt das gemeinschaftliche Haushalten der Eheleute rechtlich zu der vollendetsten Erscheinung, und zwar in den zwei Hauptrichtungen der gemeinsamen Verfügung über die Liegenschaften und der Wirthschaft auf gemeinsamen Gedeih und Verderb, womit die Haftung des Sammtgutes für die rechtmässig contrahierten Schulden gegeben ist. Es mag aber auch hier nochmals in Erinnerung gebracht werden, dass das Gesammthandsprincip die Wirksamkeit der Ehevogtei nicht ausschliesst, vielmehr ein neben dieser functionierendes Element ist. Was mit der Gesammthand sich nicht verträgt, das ist das specifisch vormundschaftliche Element, wie es in dem Satze, dass Frauengut nicht schwinden soll, sich manifestiert. Das will sagen: die Ehevogtei ist rein und ausschliesslich Herrschaft, alte Munt, ihre Aeusserungen sind Ausflüsse der Gewalt des Hausherrn, sie dient den Interessen des letztern, nicht denen der Frau. Diese Hausherrschaft des Ehemanns wird, soweit sie sich in den internen Beziehungen der Eheleute realisiert, durch die Gesammthand nicht afficiert, blos im Verkehre nach aussen eingeschränkt, wie das übrigens auch bei der Güterverbindung schon bezüglich der Frauenliegenschaften der Fall ist. Dagegen das specifisch vormundschaftliche Element in modernem Sinne, das Element der Fürsorge für den Mündel, wie es in der Verantwortlichkeit des Ehemanns für ungeschmälerte Erhaltung und selbst in der Versicherung des Frauengutes hervortritt, ist mit der Gesammthand unvereinbar, weil bei dieser gerade das wesentlich ist, dass die Ehefrau mit dem Manne auch ökonomisch Freude und Leid theilt und ihr Vermögen ebensowohl an glücklichen Operationen Antheil nimmt wie durch Missgeschick und Leichtsinn des Ehemanns in Mitleidenschaft gezogen wird.

§ 150. b. Die einzelnen Wirkungen der Gesammthand.

Wie die Gemeinderschaft überhaupt auf der Gleichartigkeit des Rechtes sämmtlicher Theilhaber an dem Gemeingute beruht, so kann auch von ehelicher Gemeinderschaft und Gesammthand nur dann die Rede sein, wenn und soweit beide Eheleute an einem Vermögen gleichartige Rechte haben, so dass diese Rechtsform ausgeschlossen

[3] Öffnung von Ossingen, Grimm, Weisth. I 98 § 9. Andelfinger Herrschaftsrecht Art. 56, bei Pestalutz, Samml. der Statute des Cantons Zürich II 69 u. a.

ist, wenn die Vereinigung der beiderseitigen Güter nicht weiter gediehen ist als zu gegenseitigen Leibzuchtsrechten der Ehegatten. Die Vermögen müssen dergestalt geeint sein, dass die Eheleute mit gleichartigem Rechte daran betheiligt sind. Das kann nur dadurch geschehen, dass die der Gemeinderschaft unterliegenden Güter gemeinschaftliches Eigenthum der Eheleute werden. In diesem Sinne wird ein Sammtgut geschaffen, das beiden Ehegatten gehört, ohne dass die Herkunft seiner einzelnen Bestandtheile in Betracht kommt.

Soweit dieses Sammtgut aus Liegenschaften besteht, kann nur mit gesammter Hand der Eheleute darüber verfügt werden. Jedes Urkundenbuch dieses Rechtsgebietes liefert zahlreiche Beispiele nach dem Typus etwa der folgenden:

Aachener Urkunden, hrg. v. Lörsch, Nr 11: Willelmus et Katharina uxor sua cives Aquenses pari manu vendiderunt abbati et conventui de Kampis domum et aream, item curtim, que quondam fuit patris ipsius Katharine.

Quellen von Köln (Ennen und Eckertz) II Nr 72: Gerardus et uxor ejus M. coadunata manu posuerunt in pignore tertiam partem domus et aree Walthelmo et uxori sue M. pro X marcis.

C. d. Francof. (Böhmer) S 40: Ego B. et uxor mea Chr. communicata manu et pari consensu legavimus ecclesie in A. domum nostram, quam apud pontem edificavimus.

Das. S 48: Ego H. N. et uxor mea collecta manu et consensu pari vendidimus monasterio A. vineas ad nos devolutas hereditario jure a patre et matre uxoris mee.

Guden, Syll. S 260: G. senior de Eppinstein et Elysa collateralis nostra bona nostra in M. ecclesie Schonaugiensi junctis palmis contulimus.

Arnold, Zur Gesch. des Eigentums S 393: H. ac G. conjuges cives Wormat. pari voluntate ac manu communicata census perpetuos, quos erga civitatem nostram comparaverant, Margarete de F. vendiderunt.

C. d. Francof. (Böhmer) S 21: Eberhardus Waro et Judta uxor sua . . . collecta manu et pari consensu allodium Eberhardes-Waren-bruch (also vom Manne herrührend) ecclesie S. Marie in E. contulerunt.

Diese Beispiele zeigen auch, dass nichts darauf ankommt, ob die Güter von dem Manne oder von der Frau herrühren oder Errungenschaft sind.

Wie die Veräusserung, so findet auch der Erwerb seitens von Ehegatten zu gesammter Hand statt[1].

Die Gemeinderschaft der Ehegatten zu gleichem Rechte tritt besonders bestimmt erkennbar dadurch zu Tage, dass da, wo der Erwerb der Liegenschaften in Grundbücher eingetragen wurde, welche den Eigenthumsbestand feststellten, die Ehegatten sich gegenseitig ihre Liegenschaften zuschreiben liessen. Das war in Köln der Fall. Nicht nur die während der Ehe errungenen Immobilien wurden auf den Namen der beiden Ehegatten im Schreinsbuche eingetragen, sondern auch bei Eingehung der Ehe, bezw. bei Erbgang während der Ehe, liess jeder Ehegatte die von ihm eingebrachten, bezw. ererbten Güter auch auf den Namen des andern anschreiben. Jene vielen, in den Quellen von Köln abgedruckten Akte, welche Schröder als Eheverträge ansieht, sind nichts andres als solche Schreinsbuchfertigungen; beispielsweise:

Nr 188: Ricolfus tradidit et remisit uxori sue Gertrudi partes domorum. Econtra Christianus tradidit et remisit filie sue Gertrudi et Ricolfo marito ejus quintam partem hereditatis sue. Tali conditione uterque Ricolfus et Gertrudis hereditatem suam alter alteri contulit etc.

Nr 208: Gerardus de morte parentum domum mansionis ipsorum obtinuit, quam domum tradidit et remisit uxori sue Elisabeth etc.

Darum heisst es auch regelmässig von Liegenschaften, welche ein Ehegatte geerbt hat, sie seien bei der Erbtheilung den beiden Eheleuten zugefallen, z. B. Nr 141: nona pars que filiam suam Sophiam et maritum suum Henricum in predicta hereditate hereditarie attingebat; Nr 144: in ea dimidietate, que conjuges in particione contingit; Nr 216: Christina de morte parentum suorum obtinuit partes domorum, ita quod jure ipsa et maritus ejus G. obtinebunt[2].

Die Fahrnis dagegen unterliegt keiner Verfügung mit gesammter Hand: naturgemäss nicht, weil sie in der ausschliesslichen Gewere des Ehemanns ist, welcher daher frei über sie schalten kann. Gemeinschaftliches Eigenthum der Eheleute auch an der Fahrnis ist dadurch nicht ausgeschlossen, aber vermöge der Ehevogtei hat der Mann diese Gegenstände in seiner Gewere und seine Dispositionen darüber sind daher seitens der Frau unanfechtbar.

---

[1] C. d. Francof. S 13. 19. Quellen von Köln II Nr 116. 125. 386 u. sonst.

[2] Dagegen Nr 184: A. et uxor ejus R. impignoraverunt coadunata manu Godeschalco dimidietatem domus, ubicumque eum in particione attingit, pro XXII marcis.

Die wichtigste, weil recht eigentlich das Wesen der ehelichen Gesammthand charakterisierende und ihr eigenthümliche Seite dieses fränkischen Güterrechtssystems liegt nun aber in der Haftung des ganzen Ehevermögens für die Schulden des Mannes. Und zwar erscheinen hier die für die gewöhnliche Gemeinderschaft geltenden Grundsätze in einer Richtung noch weitgreifend überschritten. Das Gemeinderschaftsprincip erzeugt den Satz, dass die Gemeinder auf gemeinsamen Gedeih und Verderb im Gesammtgute sitzen, d. h. dass der auf dem Betrieb des gemeinsamen Haushalts gemachte Gewinn, wie auch der darin erzeugte Rückschlag, incl. Haushaltungsschulden, gemeinschaftlich werden, dass aber was ein Gemeinder auf eigene Faust in einem Separatbetrieb gewinnt oder verliert oder sonst durch Spiel, auch durch Delicte, schuldig wird, ihn allein trifft. Ssp I 12 (in manche Statuten aufgenommen)[3] ist darüber sehr instructiv. Auch die Gemeinderschaft der in Gesammthand stehenden Eheleute ist in erster Linie eine Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb[4]. Auf Gedeih insofern, als da, wo bei Auflösung der Ehe Gütertheilung nach Quoten erfolgt, die Ehefrau in ihrer Quote auch den Gewinnantheil bezieht, oder, wo zumal bei unbeerbter Ehe die Güter wieder nach ihrer Herkunft heimfallen, das Gedeihen in einer Errungenschaft zum Vorschein kommt, welche meist nach Quoten getheilt wird. Auf Verderb, indem das gesammte eheliche Vermögen für die Eheschulden, d. h. die aus dem ordentlichen Geschäftsbetriebe, auf den die Haushaltung gegründet ist, entstandenen Schulden in Anspruch genommen wird, somit auch Vermögen, das der Frau nach Ausbruch der Ueberschuldung durch Erbgang oder sonst zufällt, wenn sie es von dem Gesammtgute nicht getrennt halten kann, sondern in die Hand des Mannes gelangen und in dieser zu Sammtgut werden lässt. Aber das eheliche Gesammthandsrecht ist noch darüber hinausgeschritten: nicht nur für Eheschulden haftet das Sammtgut, sondern für alle Schulden des Mannes, auch für dessen Delictsschulden[5], und noch mehr: die Ehefrau, welche bei Tod des Mannes in dem Gute sitzen bleibt, wird dadurch persönlich haftbar mit ihrem gegenwärtigen und zukünftig erst zu erwerbenden Vermögen, und sie kann dem nur durch schleu-

[3] Hamburger Stadtr. von 1270 III 16. Vgl. Schmidt, Handelsgesellschaften, in Gierkes Untersuchungen XV 40 f.

[4] Daher auch die Eheschulden als gemeinsame Schulden der Eheleute konnten bezeichnet werden; Guden, Sylloge S 272 (v. J. 1279): zwei Eheleute verkaufen propter quedam nostra communia debita solvenda ein Gut und lassen es communicata manu auf.

[5] Schröder II 2 S 162 f. Spätere Abschwächungen S 166.

niges Verlassen des Hauses entgehen. Die Gesetze geben nämlich in dem Falle einer bei Tod des Mannes sich herausstellenden Ueberschuldung der Witwe das „Schlüssel- oder Mantelrecht", darin bestehend, dass die Witwe mit ihrem besten Kleide und ihren Kleinodien angethan hinter dem Sarge, der die Leiche des Mannes aus dem Hause trägt, ebenfalls das Haus verlässt, es abschliesst und den Schlüssel auf die Bahre legt, oder ihren Mantel auf dem Grabe des Mannes fallen lässt, und so symbolisch die Entsagung auf die ganze Verlassenschaft vollzieht[6].

Dieses Schlüsselrecht der Witwe ist später vielfach von Gesetz und Doctrin als Erbverzicht behandelt worden: seine ursprüngliche Bedeutung ist das aber genau genommen nicht; es handelt sich um Abwälzung der Folgen der ehelichen Gemeinderschaft. Denn die Sachlage ist rechtlich die, dass durch des Mannes Tod der Witwe die gesammte Fahrnis als ihr Antheil am Ehevermögen ausgeschieden wird, zu der Fahrnis aber auch die Schulden gehören, sie also für diese kraft ihrer Gemeinderschaftsbetheiligung haften muss. Das Schlüsselrecht ist eine von diesem strengen Rechtsprincip gewährte Ausnahme und Begünstigung, es heisst daher auch beneficium, ist eine Rechtswohlthat, ein beneficium abdicationis s. renunciationis: während der Ehe, das ist der Gedanke, soll die Ehefrau mit dem Manne leiden, die Consequenzen der Gemeinderschaft, so lange diese wirklich besteht, voll und ganz mittragen, so dass alles Ehevermögen von den Schulden des Mannes absorbiert wird; aber mit dem Tode des Mannes mag die Haftpflicht auf das in diesem Augenblicke vorhandene Vermögen abgeschlossen sein, die Witwe durch Entschlagung jeglicher Antheilhaberschaft am Vermögen die persönliche Haftbarkeit für die Eheschulden von sich abwälzen und sich den unantastbaren Besitz später zu erbender oder sonst zu erwerbender Güter sichern. Es ist also kein Erbverzicht, sondern ein Aufgeben der Gemeinderschaftspflichten, ein Austreten aus der Gemeinschaft. Das ist auch in der Form der Handlung ausgedrückt: die Witwe verlässt das Haus, den Sitz der Gemeinderschaft, und tritt aus ihrer Betheiligung aus. Die niederländischen Rechte bringen das ebenfalls sehr markiert zur Erscheinung: an dem Sterbhaus, sterfhuys, mortuaire, hängt die Gemeinderschaft mit allen ihren Consequenzen; wer im Sterbhaus wohnen bleibt oder in dasselbe einzieht, übernimmt es mit Nutzen

[6] Beispielsweise Kl. Kaiserr. II 50; Thomas, Oberhof von Frankfurt S 519 Nr 2; Oppenheimer Stadtbuch bei Franck, Geschichte von Oppenheim S 199; Landrecht von Saarbrücken IV 1 § 11 f. Ueberhaupt Schröder II 2 S 166 ff.

und Gefahr; so auch die Witwe, welche darin sitzen bleibt, während sie durch Verlassen des Sterbhauses auch die Gemeinderschaft verlässt[7].

Anderwärts, z. B. in burgundischen Rechten, hat man das Gemeinderschaftsprincip gegen die Witwe strenger durchgeführt und ihr die Abwälzung der persönlichen Haftpflicht nicht gewährt, so dass z. B. noch heute im Rechte des Cantons Neuenburg (Code civ. Art. 1196) die Ehefrau als débitrice subsidiaire de la totalité des dettes de la communauté behandelt ist.

War keine Ueberschuldung vorhanden, aber doch ein „Verderb", eine Verminderung des Ehevermögens eingetreten, so lag am meisten in der Consequenz des Gemeinderschaftsprincips, dass das Gesammtgut gleichmässig und ununterschieden für die Schulden haftete, zuerst die Fahrnis, dann die Liegenschaften, nicht aber, dass etwa der Mann zuerst sein Vermögen opfern und die Frau mit ihren Gütern erst subsidiär hätte eintreten müssen. Jene richtige Consequenz enthält z. B. das Stadtrecht von Wertheim v. 1466 § 77: so sal die schulde von irer gemeinen farnder habe bezalt werden, und ob an der farnder habe abginge, also das man die schulde davon nicht bezalen konte, so sal man furter zu den guttern greifen, die sie bi einander gekauft oder gewonnen hetten, und ob der nicht verhanden weren, so sal man zu den alten gutern die sie zusamen bracht hetten greifen, und von eim teile als vil verkaufen als von dem anderen ungeverlichen, so lange biss das die schulde bezalt wirt[8].

Die vollständige Durchführung des Gemeinderschaftsprincips müsste auf den Fall der Auflösung der Ehe durch Tod eines Ehegatten gemäss den in § 52 aufgestellten Grundsätzen zu folgenden Resultaten führen: 1. da die Leibeserben eines Gemeinders in dessen Stelle treten, so würden bei beerbter Ehe die Kinder anstatt des verstorbenen Elterntheils und in gleicher Betheiligung wie dieser die Gemeinderschaft mit dem überlebenden fortsetzen. Dieses Resultat ist durch das Verfangenschaftsrecht der Kinder durchkreuzt und modificiert; die Verfangenschaft in ihrer letzten Ausbildung und die Gemeinderschaft vertragen sich insofern nicht mit einander, als bei jener der überlebende Elterntheil und die Kinder verschiedenartige Rechte

[7] Daher heisst es: das Sterbhaus des Mannes annehmen oder repudiieren, z. B. Antwerpen Costumen gesegt antiquissimae tit. XIII § 22 (Coutumes de la ville d'Anvers I 340). Ueberhaupt vieles in den belgischen Gewohnheiten des Recueil des anciennes Coutumes de la Belgique.

[8] In Mone, Z f. d. Geschichte des Oberrheins IV 247 ff. abgedruckt.

am Verfangenschaftsgute haben, die Gemeinderschaft dagegen gleichartige Rechte aller Betheiligten verlangt. Erst in späterer Zeit, als das Verfangenschaftsrecht unterging, konnte sich die volle Consequenz des Gemeinderschaftsprincips wieder in der Gestalt der fortgesetzten Gütergemeinschaft einbürgern[9].

2. Da mangels von Leibeserben durch Tod eines Gemeinders sein Antheil den andern accresciert, so ist bei unbeerbter Ehe die Accrescenz des Antheils des vorabsterbenden Ehegatten an den überlebenden zu erwarten. Das ist auch der Fall in denjenigen Rechten, welche dem Ueberlebenden das ganze Vermögen überlassen. Wird hiebei auch oft von Erbrecht, Alleinerbrecht des conjux superstes gesprochen, so ist doch ein erbrechtliches Motiv und eine erbrechtliche Function des gänzlichen ausgeschlossen, und handelt es sich um das rein gemeinderschaftliche Princip. Dass eine grosse Anzahl von Rechten dieses Princip nicht durchgeführt hat, zumal hinsichtlich der Liegenschaften nicht, welche sie wieder dem Orte ihrer Herkunft zuweisen, ist schon früher erwähnt. Es kann ja hier überhaupt nicht die Aufgabe sein, die mannigfachen Varietäten darzustellen, welche kein besonderes Princip repräsentieren.

§ 151. 4. Verbindung gemeinderschaftlicher und erbrechtlicher Elemente.

Das fränkische Gesammthandsrecht in seiner Reinheit und Vollkommenheit macht keinen Unterschied zwischen beerbter und unbeerbter Ehe, soweit es sich um die Rechtsverhältnisse während der Ehe handelt; so verschieden auch die Schicksale des Ehevermögens je nach dem Vorhandensein oder dem Fehlen von Kindern sich mit Auflösung der Ehe gestalten, so ist doch während deren Bestandes die Gemeinderschaft der Eheleute in gleichmässiger Geltung. Auch nach einer andern Richtung ist die eheliche Gesammthand in hohem Maass ausgebildet, nämlich in der Fernhaltung der Ansprüche andrer Personen auf Mitwirkung bei Disposition über das Gesammtgut, vornehmlich der Einspruchsrechte von Erben, selbst der Kinder, gegen Veräusserungen. Gerade in den Hauptsitzen der Gesammthand, Köln, Mittelfranken (zumal Frankfurt), Ostfranken (Bamberg) besteht weder bei beerbter Ehe ein Einspruchsrecht der Kinder noch bei unbeerbter ein solches der Seitenverwandten[1]. Und doch ist dieses Erbenein-

[9] Auf diese Fragen kann erst bei den Rechtsverhältnissen zwischen Eltern und Kindern eingetreten werden.

[1] Viele Belege bei Schröder II 2 S 34 ff.

spruchsrecht dem alten Frankenrechte keineswegs fremd gewesen. Es liegt hier unbedingt eine Neuerung vor, die ich nicht sowohl aus einer Abschwächung des Familienverbandes und einer Zurückdrängung der Warterechte der Erben erklären möchte — denn das müsste auch das Verfangenschaftsrecht der Kinder zerstört haben —, als vielmehr aus dem in § 139 betrachteten Umstande, dass das Gesammthandsrecht sich zuerst ausgebildet hat in Anwendung auf die neu entstehenden städtischen Vermögen einer frisch einwandernden Einwohnerschaft, wo der alte Gesichtspunkt des Familienerbguts mangelte und den Eheleuten freiere Hand gelassen wurde, gleichwie bei Errungenschaft

In diesen beiden Beziehungen nun weichen die Gütergemeinschaftsrechte Westfalens von der fränkischen Gesammthand ab, und bringen eine Rechtsform zur Erscheinung, welche der Einfachheit dieser letzteren in mancher Hinsicht entbehrt. Sie hat den Zusammenhang mit dem alten Volksrechte ungleich stärker bewahrt, wie wir ihn aus lex Sax. 47 glaubten ermitteln zu können. Der Gegensatz von beerbter und unbeerbter Ehe macht sich in seinem Einflusse auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Eheleuten schon während der Dauer der Ehe geltend, wie das in dem Rechte der Stadt Soest und dessen Tochterrechten am deutlichsten hervortritt. Hier liegt die unmittelbarste Entwicklung des altwestfälischen Volksrechtes vor: war nach diesem mit der Geburt von Kindern der Anspruch der Frau auf die dos dahingefallen und durch Beisitz der Witwe mit den Kindern ersetzt, so ist das nun im Soester Recht zu einer Gütergemeinschaft bei beerbter Ehe und zu Rückbezug des Eingebrachten mit Erbrecht am Gute des Verstorbenen bei unbeerbter Ehe ausgebildet. Die Soester Schrae § 162 und addit. 5[2] geben bei beerbter Ehe dem Witwer die Hälfte, der Witwe bei Vorhandensein eines Kindes ebenfalls die Hälfte, bei mehr Kindern das Drittel des Gesammtgutes, alles (wie schon oben S 354 f. bemerkt) erst bei Wiederverheiratung: weil während der Dauer des Witwer- oder Witwenstandes zwischen Elterntheil und Kindern nicht getheilt wird. Bei unbeerbter Ehe dagegen fällt nach Soester Schrae 161 und addit. 2 der Brautschatz und das während der Ehe Ererbte der Frau an die Witwe zurück, welche ausserdem noch die Hälfte des übrigen Vermögens (Einbringen des Mannes und Errungenschaft) als Erbin bezieht, und bei Vorabsterben der Frau giebt der Mann die Hälfte des Brautschatzes und des von der Frau

[2] In UB. Westfalen (Seibertz) II Nr 719; Schröder II 3 S 119.

Ererbten an deren Erben zurück[3]. An sich würde diese Verschiedenheit noch nicht eine solche in der rechtlichen Behandlung der Verhältnisse während der Dauer der Ehe involvieren, denn wir finden auch im fränkischen Gesammthandsrechte ein ganz verschiedenes Schicksal der Vermögen je nach beerbter oder unbeerbter Ehe, obschon in beiden Fällen während der Ehe die Gesammthand gleichmässig wirksam ist. Aber hier im Soester Rechte ist in der That der Einfluss dieser Verschiedenheit schon auf die Behandlung der Rechtsverhältnisse während der Ehe sehr bedeutend. Das wichtigste ist das, dass bei kinderloser Ehe das Eingebrachte der Frau, wenn der Mann überschuldet stirbt, der Witwe schuldenfrei heimfällt, und blos wenn sie die Hälfte des Mannesvermögens als Erbin bezieht, sie auch für die Schulden haftet, bei beerbter Ehe dagegen die Schulden das Gesammtgut belasten und die Witwe sich ebenfalls nur vermöge des beneficium abdicationis der persönlichen Haftpflicht mit später anfallendem Vermögen entziehen kann[4]. Hieraus ergiebt sich, dass bei unbeerbter Ehe keine Gemeinderschaft besteht, das Vermögen nicht Gesammtgut wird, weil eine nothwendige Consequenz davon die Belastung des Gesammtgutes mit den Eheschulden sein müsste. Es ist aber damit auch die Möglichkeit gegeben, dass sich jeweilen mit der Geburt und dem Wiederabsterben von Kindern während der Dauer der Ehe auch die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten ändern. Da sind nun freilich die dadurch hervorgerufenen Schwierigkeiten in Wirklichkeit nicht so gross gewesen als man sie sich in der Doctrin ausmalt[5]. Denn im Grunde wurde die Frage, welches System zur Anwendung zu kommen habe, doch hauptsächlich nur in einem bestimmten Momente praktisch, nämlich in dem der Auflösung der Ehe durch Tod eines Ehegatten, und ob in diesem Augenblicke die Ehe beerbt oder unbeerbt sei, entschied über das Schicksal der Güter; daher nach dem Spruche des Oberhofes zu Lübeck[6] das Gut, das die Frau zur Zeit beerbter Ehe von ihrem Bruder geerbt hatte, das also damals zu Sammtgut geworden war, doch nachher, als die Ehe kinderlos durch den Tod des Mannes gelöst wurde, wieder ganz der Frau zugesprochen wurde gleich ihrem Brautschatze. Während der Ehe ergaben sich durch Geburt und Tod der Kinder darum keine Schwierigkeiten, weil der Mann unter allen Umständen

[3] Im wesentlichen übereinstimmend Siegen, Münster, Medebach, Iserlohn, schliesslich auch Lübeck. Schröder II 3 S 23.

[4] Schröder II 3 S 267. 280. 284. [5] Schröder II 3 S 309.

[6] Bei Michelsen, Der Oberhof von Lübeck S 37 ff.

frei über die Fahrnis verfügte und die Ehefrau bei Verfügungen über Liegenschaften unter allen Umständen mitwirken musste, worauf ich sofort noch zurückkommen werde. Aber, sagt man, Interessen Dritter konnten geschädigt werden: ein Gläubiger, der bei Lebzeiten eines Kindes dem Vater im Vertrauen auf die Haftung des ganzen Vermögens creditiert hatte, verlor durch den Tod des Kindes den Griff auf das Frauengut. Wohl! ist das aber eine „Täuschung seines Vertrauens", wie Schröder II 3 S 309 sagt? Doch gewiss nicht, denn er kannte das Recht und musste diese Eventualität von vorneherein in Anschlag bringen und darnach den Umfang seines Creditgebens bemessen. Endlich, wo das Verfügungsrecht des Ehemanns über die Liegenschaften ein verschiedenes war, je nachdem Kinder vorhanden waren oder nicht, wie z. B. in Lüneburg einseitige Veräusserungen des Mannes bei beerbter Ehe giltig waren, ergab sich von selbst, dass sich die Rechtsbeständigkeit einer Liegenschaftsveräusserung darnach bestimmte, ob die im Moment der Veräusserung nothwendigen Requisite erfüllt waren; also eine Veräusserung, die der Ehemann bei Lebzeiten eines Kindes einseitig vollzogen hatte, musste selbstverständlich giltig bleiben, auch wenn das Kind nachher starb.

Um aber auf diesen Punkt noch einen Blick zu werfen, so ist zwar, wie soeben vorhin bemerkt, Regel, dass die Frau zu allen Liegenschaftsverfügungen mitwirkt, aber — und das hängt eben mit der eigenthümlichen, von der fränkischen Gesammthand verschiedenen Gestaltung des westfälischen Güterrechtes zusammen — in andrer Eigenschaft bei beerbter und bei unbeerbter Ehe: dort nämlich als Gemeinderin, hier als Eigenthümerin, bezw. Erbin. Bei beerbter Ehe liegt Gemeinderschaft vor, obschon hier in Westfalen der Ausdruck gesammte Hand selten gebraucht wird, und auch die äussere Form, worin sich die Mitwirkung der Frau kund giebt, oft mehr die eines Consenses als eines gemeinsamen Tradierens ist (vgl. oben S 349). Die materielle Verschiedenheit gegenüber dem fränkischen Rechte besteht aber darin, dass neben und mit den Eheleuten auch die Kinder in der Gemeinderschaft stehen, daher immer nos conjuges una cum filiis nostris, oder ego N. una cum uxore et filio meo, consensu uxoris ceterorumque heredum meorum u. dgl. handeln, wie die oben (S 349) angeführten Beispiele erweisen. Darin liegt eine viel treuere Bewahrung des alten Volksrechtes, wie das auch zu der Verfangenschaft viel besser passt. Dagegen bei unbeerbter Ehe giebt die Ehefrau zu Veräusserungen von Liegenschaften des Mannes ihren Consens als Erbin[7], und

[7] Etwa Reg. Westf. (Erhard) I Nr 87, XIX: quidam vir agros cum volun

zu solchen eigener Liegenschaften ihre Einwilligung als Eigenthümerin, wenn sie nicht in letzterem Falle geradezu, wie nach ostfälischem Rechte, als Hauptpartei mit Consens des Mannes handelt[8]. Es ist richtig, dass das nur in Urkunden älterer Zeit ganz deutlich hervortritt, später verwischt es sich, aber es ist doch kaum zu bezweifeln, dass die gleiche Auffassung auch später zu Grunde gelegen hat.

In diesem Sinne spricht die Ueberschrift des Paragraphen von Verbindung gemeinderschaftlicher und erbrechtlicher Elemente; es ist, wie nun aus dem Erörterten hervorgeht, nicht eine Mischung in der Weise gemeint, dass aus beiden Elementen zusammen ein neues Princip geschaffen wäre, sondern so, dass in einem und demselben Particularrechte das eine oder das andere Element je nach dem Falle beerbter oder unbeerbter Ehe zur Herrschaft kommt, das einzelne Particularrecht also kein einheitliches Güterrechtssystem für die Dauer der Ehe aufstellt, sondern ein zweispuriges System ausgebildet hat.

Dieses Recht, das sich am nächsten an lex Sax. 47 anschliesst und daher als die reinste Form des westfälischen Landrechts dürfte bezeichnet werden, beherrscht allerdings nicht mehr ganz Westfalen. Man ist oft darüber hinausgeschritten in Ausdehnung des Gemeinderschaftsprincips auch auf unbeerbte Ehe. Besonders ist hier bemerkenswerth das Dortmunder Stadtrecht. Die alten lateinischen Statuten Art. 15 (Frensdorff S 28) enthalten nur den Satz, dass der überlebende Elterntheil bei Wiederverheiratung das Vermögen mit den Kindern nach Hälften theilt, und dieser Satz kehrt immer wieder in den späteren Rechtsaufzeichnungen (Frensdorff S 49 § 6, S 121 § 52, S 122 § 55, S 129 § 84, S 194 § 1). Daneben tritt dann aber (Frensdorff S 67 § 9, S 125 § 67) die Bestimmung, dass auch bei unbeerbter Ehe Halbtheilung stattfinden soll, so dass nun in der That für beerbte und unbeerbte Ehe das Princip der Gemeinderschaft durchgeführt, Leib um Leib und Gut um Gut gegeben ist (Frensdorff S 128 § 81), und demgemäss nach letzterem Paragraphen das Weib bei Tod des Mannes für dessen Schulden antworten muss, falls sie nicht (Frensdorff S 138 § 127) sich ihres todten begrabenen Mannes Gutes entschlägt, also des auch hier gewährten beneficium ab-

---

tate juste heredis suimet uxoris in proprium tradidit. Der Gegensatz fränkischen Rechts das. Nr 144: Sicco quidquid proprietatis habuit ecclesie jure Francorum concedente et simul tradente uxore sua in proprium tradidit.

[8] Vgl. Reg Westf. (Erhard) I Nr 88: ipsa Adela cum manu mariti sui, consensu etiam heredum, bona (que hereditario jure possederat) nobis donavit; das. Nr 94: tale predium, quale Willa per manum nobis dedit et consensum conjugis sui Ottonis; Nr 107 u. a.

dicationis sich bedient. Hier ist somit eine völlige Annahme des fränkischen Princips eingetreten, und dieses Princip ist, wie es scheint durch Vermittlung von Dortmund, weit nach Norden gedrungen und im wesentlichen für Braunschweig, Hamburg, Bremen u. a. maassgebend geworden.

Ich breche hier ab. Dem Rechte von Hamburg und Bremen werden wir später nochmals begegnen. Andere Combinationen, welche unter dem Einflusse westfälischen Städtewesens sich mannigfaltig in den Städten Niedersachsens gebildet haben, müssen unerörtert bleiben, weil ein eigenartiger Rechtsgedanke dabei doch eigentlich nicht hervortritt, für die systematische Darstellung auf dem hier beschrittenen Wege kein neues Ergebnis zu gewinnen wäre. Wir wenden uns wieder nach dem Süden Deutschlands, um zu prüfen, inwiefern die moderne Ansicht richtig ist, welche in dem schwäbischen Rechte blos eine Domäne des fränkischen Gesammthandsrechtes erblickt.

§ 152. 5. Gegenseitige Leibgedingsrechte der Ehegatten.

Eine eigenartige Vermögenscombination im ehelichen Güterrechte liegt in der Einigung der ehelichen Güter vor, welche durch gegenseitige Leibgedinge der Eheleute bewirkt wird. Ihr Hauptsitz ist das schwäbische Recht[1]. Wir haben es hier mit einem von der fränkischen Gesammthand verschiedenen Typus ehelichen Güterrechtes zu thun; das übersieht die heute herrschende Ansicht, indem sie durchweg auch hier von Gesammthand spricht[2]. Der Irrthum liegt darin, dass man aus der Nothwendigkeit des Consenses der Ehefrau zu Verfügungen über alle, auch vom Manne herrührenden Liegenschaften ohne weiteres auf Gesammthand schloss[3]. Aber nicht nur ist in den specifisch schwäbischen Rechtsquellen und Urkunden von gesammter Hand der Eheleute keine Rede, sondern es fehlt auch die charakteristische Signatur der Gemeinderschaft, deren äusserer Ausdruck die Gesammthand ist, es fehlt das innerlich völlig geeinte Gesammtgut, und darum lauten auch die Urkunden, welche Veräusserungen von Liegenschaften durch

[1] Man sehe beispielsweise das Augsburger Stadtbuch Art. 75 (Meyer S 147): Mit dem aigen allem (eingebrachtem und errungenem) mugent si wol tun swaz si wellent, die wile si läbent . . . Stirbet aber der gemächide einz ane chint . . . so mak daz ander mit dem aigen daz von ir ieweders vordern dar ist chomen niht getun wan ze sime libe.

[2] Hauptsächlich durch Roth, Ueber Gütereinheit und Gütergemeinschaft, in Beckers J des gem. DR III verleitet. So Schröder II 1 S 115 ff. 127; Stobbe, Handbuch IV 93.

[3] Schröder II 2 S 177: „Beispruchsrecht, d. h. die gesammte Hand."

Ehegatten verbriefen, wesentlich anders als die fränkischen. Man vergleiche mit den oben S 403 mitgetheilten die von Schröder II 1 S 116 f. angeführten, oder um besonders typische des Augsburger Rechtes zu nehmen, etwa folgende:

UB. Augsburg I Nr 30: Hartmannus dictus Ber de voluntate et assensu Gerdrudis uxoris sue curiam suam hospitali in A. titulo proprietatis venundavit, omni vero juri et actioni, que Gerdrudy in curia ratione sponsaliciarum competebant, (uxor) resignavit ita, quod nil juris in curia sibi debet in futuro vindicare, nec hospitale in emptione curie nullatenus in posterum impetere valebit.

Das. Nr. 55: Ich Heinrich der Baeier han sogtan eigen unde ich hete ligende bi sante Margareten, unde ein hofstat geben mit frier hant, mit miner husfrowen gunst und mit ir guten willen dem huse des spietals, und han mich darzu gebunden mit minem gelubde, daz ich mit dem selben eigen nihtes niht sol ze tunne haben, wan daz alleine, daz ich und min husfrowe den nutz der davon järeglich chumt haben und niezzen suln unz an unser beider tot.

Immer erscheint der Ehemann als einziger Eigenthümer seiner Liegenschaften und gleiches gilt für die Frau bezüglich der ihrigen, während jene fränkischen Urkunden des deutlichsten das Gesammteigenthum der Eheleute an allen Immobilien zum Ausdrucke bringen. So enthält auch der Schwabenspiegel nichts von Gemeinderschaft und Gesammthand der Eheleute. Man darf auch nicht einmal sagen, dass dieses gegenseitige Leibgedingsrecht nur eine noch unentwickelte Form, eine Vorstufe der Gesammthand sei, welche in naturgemässem Wachsthum sich aus sich selbst zu der vollen Gemeinderschaft ausgebildet habe. So fasst es Schröder auf, der die fränkische Gesammthand als den gewohnheitsrechtlichen Niederschlag der Leibzuchtsverträge construiert. Aber es sind zwei verschiedene Rechtsprincipien, die aus selbständigen Wurzeln und Keimen den allgemeinen Gedanken einer engeren Gütereinigung entwickeln, und genau genommen sich geradezu ausschliessen: dieses Leibgedingsrecht kann gar nicht aus sich selbst zu Gemeinderschaft führen, weil es den Grundgedanken derselben, das Gesammteigenthum von sich fern hält; und bei streng juristischer Construction des Verhältnisses ist wenigstens in Bezug auf die Liegenschaften gar kein Gütergemeinschaftsprincip wirksam, sondern blosse Güterverbindung, weil das Eigenthum beider Eheleute streng gesondert gehalten ist, woran selbst das Verfangenschaftsrecht der Kinder nichts ändert[4].

[4] Augsburger Stadtbuch Art. 76 § 3 (Meyer S 151): Sint zwai elute bi

Das wichtigste und durchaus entscheidende Merkmal der Abwesenheit der Gesammthand und Gemeinderschaft im schwäbischen Rechte ist der Umstand, dass die Ehefrau für die Schulden des Mannes, auch die während der Ehe entstandenen, nicht haftet. Der Schwsp (W.) 10, (L.) 8 u. 9 lässt hierüber keinen Zweifel. Von den Frauenliegenschaften heisst es ausdrücklich, der Mann könne davon nicht vergelten, d. h. seine Schulden damit bezahlen, ausser mit Willen der Frau. Von der Fahrnis wird allerdings gesagt, der Mann bezahle davon seine Schulden, aber es wird ausdrücklich beigefügt, das sei davon, dass der Mann des Weibes Vogt und Meister ist. Also nur weil ihm kraft seiner Ehevogtei die freie Verwendung über sämmtliche Fahrnis zusteht, haftet solche für seine Schulden, und muss sie die Frau bei Tod des Mannes und Ueberschuldung desselben zurücklassen; aber es ist keine Rede von persönlicher Haftbarkeit der Ehefrau und demgemäss auch nicht von der Abschwächung derselben in dem beneficium abdicationis, dem Schlüsselrecht[5].

Weil die Ehevogtei des Mannes der einzige Grund ist, der die Fahrnis der Ehe in die Haftung für seine Schulden hereinzieht, so besteht auch nicht einmal eine Gemeinderschaft in Bezug auf die Fahrnis mit der Wirkung, dass der überlebende Ehegatte das ganze eheliche Mobiliarvermögen als Eigenthümer behielte, wie das im fränkischen Gesammthandsrechte der Fall ist. Wir haben schon oben (S 334) gesehen, dass nach Schwsp (L.) 161, (W.) 142 die Fahrnis zwischen den Kindern und dem parens superstes getheilt wird; das bestätigt das Augsburger Stadtbuch Art. 76 § 5 (Meyer S 152), das den überlebenden Ehegatten verpflichtet, den Kindern, wenn sie zu ihren Tagen gekommen sind, das Gut des verstorbenen, „daz sin bette, chezzel oder häfen oder swaz erbegutes ist", herauszugeben.

Auch das bairische Landrecht stimmt grundsätzlich mit dem Schwabenspiegelrechte überein. Der Frau folgt bei Tod des Mannes ihre Heimsteuer und ihre Morgengabe, aber erst nach Abtrag der Schulden; ein Einstehen der Frau für dieselben tritt nur ein, wenn sie es freiwillig thut, dafür erhält sie dann die ganze Fahrnis (Art. 96); ohne förmliche Uebernahme ist sie der Schuld ledig vor allen Leuten,

---

einander unde sterbent beidiu ane chint, swaz den man angevallen ist erbegutes von vater, von muter oder von andern sinen magen, daz vallet hinwider an sinen nehsten mak. Daz selbe reht hat diu frowe unde ir mage.

[5] So auch die Stadtrechte der alten Reichsstädte, z. B. Ravensburg u. s. f.: Wächter, Würtemberg. Privatrecht I 758. In Ulm galt das Schlüsselrecht, das. S 753. Das Augsburger Stadtbuch (Meyer S 153 f.) spricht nur von der Haftung der Frau für Schulden, die sie beide mit einander gemacht haben.

und persönliche Haftpflicht besteht weder für sie noch für ihren zweiten Mann (Art. 98)[6].

Somit steht das schwäbische Recht dem Güterverbindungsprincip viel näher als der Gütergemeinschaftsidee, ja man kann sagen, es verwirkliche gar kein besonderes Princip in dem oben § 140 angegebenen Sinne, sondern gehöre ganz der Güterverbindung an. An das Gesammthandsrecht streift es nur in sehr äusserlicher Weise: dadurch, dass beide Eheleute über sämmtliche Liegenschaften der Ehe in gemeinsamem Zusammenwirken verfügen. Aber der Grund dieses gemeinschaftlichen Handelns ist in beiden Fällen ein rechtlich verschiedener. Aus diesen Umständen erklärt sich auch, dass in so manchen Particularrechten des alamannischen Gebietes sich ohne weiteres und ohne dass das Gefühl oder gar die Absicht einer Neuerung bestand, der Uebergang zu reiner Güterverbindung vollzog, z. B. in Zürich: man liess die gegenseitige Leibzucht fallen, alles übrige konnte bleiben. Dass ich hier dieser schwäbischen Rechtsbildung neben der Gesammthand einen besondern Paragraphen gewidmet habe, geschah denn auch nicht darum, weil ich darin ein eigenartiges Element oder Rechtsprincip ausgesprochen und realisiert finde, sondern um den Gegensatz gegen das fränkische Recht bestimmt hervorzuheben und der Meinung entgegenzutreten, als sei das schwäbische Recht des Mittelalters eine Domäne des fränkischen gewesen. Gerade die nothwendigen und bestimmenden Eigenschaften der Gemeinderschaft mit Gesammthand mangeln ihm vollständig.

Dass nun in einer grossen Zahl alamannischer und bairisch-österreichischer Particularrechte sich nach den verschiedensten Richtungen Combinationen zwischen dem alten Landrechte und dem Gesammthandsrechte vollzogen haben, ist ausser Frage. Es müsste, dünkt mich, für Bearbeitung der historischen Darstellung eines Particularrechts einen ganz besondern Reiz haben, die Gründe zu ermitteln, welche jeweilen dazu Veranlassung gegeben haben, von dem alten landrechtlichen Boden abzuweichen. Soweit ich einzelne Particularrechte in dieser Beziehung näher verfolgt habe, sind meine Bedenken gegen die Anschauung von Stobbe sehr verstärkt worden, welcher (Handbuch IV 75) sich dahin äussert: „Diese Fülle von particulären Gestaltungen ist kein Zeichen der Fruchtbarkeit, sondern der Zuchtlosigkeit des deutschen Volkes in seiner Rechtsbildung.“ Das mag eine gewisse Berechtigung für die Zeit nach der Reception des römischen

[6] Die Stelle bei v. Freyberg, Sammlung historischer Schriften IV 427; Heumann, Opuscula S 80.

Rechts haben, da jeder Stadtsyndikus und jeder fürstliche Hofjurist sich als Solon fühlte und vermöge seines bischen römischen Rechtes von seinem Berufe zur Gesetzgebung durchdrungen war: aber im Mittelalter entwickelte sich das Recht gerade in den Städten so vorsichtig durch die mit der Praxis Schritt haltenden und aus ihr geborenen Rathserkenntnisse u. dgl., dass von Zuchtlosigkeit nicht zu reden ist. Kennen wir einmal erst die politisch-socialen und wirthschaftlichen Bewegungen, die damals das städtische Leben ganz anders als jetzt in Fluss erhielten, und selbst die ländlichen Gebiete neuen Gestaltungen entgegenführten, etwas genauer, als es noch der Fall ist, so wird sich für gar vieles eine Erklärung finden, das uns jetzt als reine Willkür erscheinen mag.

§ 153. 6. Ausschliessliches Verfügungsrecht des Ehemanns über das Ehevermögen.

Bei allen Formen des ehelichen Güterrechtes ohne Ausnahme ist, wie aus der bisherigen Darstellung ersichtlich, der Ehefrau irgend welche Mitwirkung bei der Verfügung über Liegenschaften, die in die Ehe gelangt sind, gesichert, selbst in der ostfälischen und der schweizerischen Güterverbindung doch wenigstens für die Verfügung über ihre eigenen, wenn sie auch den Ehemann über die seinigen frei muss schalten lassen. Allen gemeinsam ist also die Regel, dass die Munt des Ehemanns nicht mehr die Kraft hat, jedes Mitreden der Frau in dieser Hinsicht zu unterdrücken: ein gewichtiger, in älteste Zeit hinaufreichender Sieg der Auffassung der Ehe als einer societas vitae über die starre und strenge Munt oder Hausherrschaft. Diese Regel hat in späterer Zeit wieder Ausnahmen erlitten und zwar vorab in den Gebieten des Gemeinderschaftsrechtes. Die specifischen Güterverbindungsrechte sind, so viel ich sehe, von solchen Ausnahmen gänzlich unberührt geblieben, und es könnte das beinahe auffallend erscheinen, wenn man so einseitig, wie das in der heutigen Litteratur geschieht, die Munt als das allein maassgebende und allherrschende Moment der ehelichen Güterverbindung hinstellt; es hatte daher v. Martitz von diesem Standpunkte aus nicht so sehr Unrecht, wenn er auch dem Sachsenspiegelrechte die freie Verfügungsgewalt des Mannes über die Frauenliegenschaften vindicierte; es war die nothwendige Consequenz seiner Grundlage, aber die Grundlage war outriert und die Consequenz im Widerspruch mit der Wirklichkeit. Gerade in Güterverbindungsrechten konnte es, bei der nun einmal der alten strengen Munt entwachsenen Stellung der Ehefrau im Hauswesen, am wenigsten wieder

zu solchem ausschliesslichen Verfügungsrechte des Mannes kommen, weil die Frau Alleineigenthümerin ihres eingebrachten Immobiliargutes blieb. Dagegen die Gemeinderschaft, welche den Mann zu gleichartigem Rechte an den Gütern der Frau betheiligte, konnte dazu führen, ihm die ausschliessliche Vertretung der Güter zu gewähren. Alles war eheliches Sammtgut, dem Manne so gut gehörig wie der Frau und der Frau so gut wie dem Manne, eine Verschärfung der Ehevogtei war dadurch eher erleichtert als erschwert, insofern als ihr kein stärkeres Recht der Ehefrau hindernd in den Weg trat. So ist in Lüneburg wenigstens bei beerbter Ehe[1], so in fränkischen Rechten, wie Kleve, Kalkar, Brackenheim[2], das ausschliessliche Verfügungsrecht des Ehemanns über sämmtliche Liegenschaften der Ehe anerkannt. Es handelt sich da nicht um Alleineigenthum des Ehemanns, es besteht Gemeinderschaft, die weitgehende Gewalt des Mannes entspringt einzig und allein einer besonders scharf ausgebildeten Ehevogtei, vermöge welcher der Mann alle Mitwirkung der Frau ausschliesst, und zwar nicht in dem Sinne, dass er über seine eigenen Güter als Eigenthümer, über die seiner Frau kraft seiner Ehevogtei verfügen könnte, sondern in dem Sinne, dass er über die beiderseitigen, zu einem Sammtgute vereinigten Güter als Ehevogt, als Herr des Hauses und Repräsentant des Ehevermögens einzig disponiert. Das sagt deutlich die von Schröder mitgetheilte Stelle aus dem Stadtrechtsbuche von Kleve: „Vort soe is een man sins wives ind oerre twier guet een voirmonder." Es liegt also Gemeinderschaft ohne Gesammthand vor, scheinbar ein Widerspruch, aber möglich gemacht und rechtlich fassbar durch die hoch gesteigerte Ehevogtei.

Dieselbe Erscheinung finden wir in den zähringischen Städten, besonders Freiburg im Breisgau und Bern[3]. Es ist zwar speciell bei Bern die Ansicht vielfach vertreten, dass die bezügliche Bestimmung der Berner Handveste sich nur auf die Liegenschaften des Mannes beziehe, was indess bei dem ganzen Charakter des alten ehelichen Güterrechtes dieser Städte kaum zulässig ist. Die einander nahe stehenden ältesten Quellen Freiburgs i. Br. und Berns mit einander combinierend, finden wir von communio bonorum gesprochen, kraft welcher jeder Ehegatte bei Tod des andern omnia bona ipsius, que reliquit, jure hereditario libere possidebit[4], oder mulier erit heres viri

[1] Kraut, Das alte Stadtrecht von Lüneburg S 43 Z. 5.
[2] Schröder II 2 S 13.
[3] Nicht aber Freiburg im Uechtlande.
[4] Berner Handveste § 40.

sui et vir similiter erit heres illius[5]. Man kann das zur Noth auf blos äussere Güterverbindung und gegenseitiges Erbrecht der Ehegatten beziehen, aber das wäre nicht nur für jene Zeit überhaupt sehr singulär, sondern widerspräche auch speciell dem übrigen Inhalte der betreffenden Stadtrechte, vorab dem starken Verfangenschaftsrechte der Kinder, welches bewirkt, dass nach Auflösung der Ehe der überlebende Elterntheil mit den Kindern im Gesammtgut bleibt[6]. So wird mit dem Ausdrucke mulier erit heres viri et vir similiter heres ejus gemeint sein, Mann und Frau seien einander geanerbt, Gemeinder geworden; denn es ist wohl zu bemerken, dass dieser Satz nicht auf den Todesfall des einen Bezug nimmt, sondern sich an die Bestimmung anschliesst, die Ehefrau werde Genoss des Mannes und dieser ebenso Genoss der Frau. Der Gedankengang ist: nicht nur persönlich, sondern auch vermögensrechtlich tritt völlige Gleichstellung unter den Ehegatten ein. Es ist neuerdings[7] diese „communio bonorum" als Eigenthumseinheit in der Hand des Mannes bezeichnet und ihre Grundlage im alten alamannischen und burgundischen Volksrechte herzustellen gesucht worden. Ich trage Bedenken gegen die Annahme einer Eigenthumseinheit in der Hand des Mannes, d. h. doch wohl eines Aufgehens des Frauenguts in dessen Vermögen, wie wir es für die älteste germanische Zeit des blossen Fahrniseinbringens der Ehefrau gefunden haben; sie ist für unsern Quellenkreis zudem zu bestimmt durch die Gleichstellung (Ganerbschaft, Gemeinderschaft) der Eheleute ausgeschlossen. Es ist, wie ich schon oben S 337 glaubte äussern zu sollen, hier überhaupt an spontane Entwicklung des alten Volksrechtes nicht zu denken: es handelte sich darum, den von allen Seiten herbeigezogenen Ansiedlern und ihrem in der Stadt neugegründeten Hause eine sichere Garantie ihrer Vermögen zu gewähren; dazu konnten wohl die im alten Rechte schon vorhandenen Motive der Verfangenschaft u. s. w. verwendet werden, aber der Rechtssatz selbst war doch ein wesentlich neuer, weder altalamannisches, noch altburgundisches, noch kölnisches Recht. Und so möchte ich glauben, dass auch die freie Verfügungsgewalt des Ehemanns über sämmtliche Liegenschaften

[5] Freiburger Stadtrodel § 26. Vgl. Freiburger Stiftungsbrief § 43.

[6] Freiburger Stiftungsbrief § 4: si quis burgensium defungitur, uxor ejus cum liberis suis omnia possideat. Dass es auch vom Manne gilt, muss darum angenommen werden, weil auch er fortan nicht mehr frei über das Vermögen verfügen kann. Freiburger Stadtrodel § 28. Berner Handveste § 48 2. Hälfte (durch arg. e contr.).

[7] Huber, Die historische Grundlage des ehelichen Güterrechtes der Berner Handfeste. Basel 1884.

der Ehe[8] einen in den speciellen Verumständungen und den Interessen der stadtgründenden Fürsten liegenden Grund hatte, sei es dass man das Verhältnis am städtischen Gute mehr im Sinn von Belehnung (Burglehn, wie in Bern) oder Beleihung (Erbleihe) betrachtete und darauf die Bestimmung zunächst anpasste, welche dann in der Folge, weil einmal aufgezeichnet und Bestandtheil des Stadtrechts geworden, auch bei erweiterten und veränderten Vermögensverhältnissen in Kraft blieb, sei es dass man die neu gegründeten Vermögen, um die es sich ja zur Zeit dieser Handvesten handelte, noch als Errungenschaft ansah, worüber manche Rechte dem Manne die freie Verfügung gewährten.

In noch immer nicht genügend erklärter Weise sind endlich einige auf westfälische Gütergemeinschaft gegründete Stadtrechte, so besonders Hamburg und Bremen, zur Alleingewalt des Mannes übergegangen. Das Hamburger Stadtrecht von 1270 I 20 hat noch den Satz: der Mann mag das Erbe, das ihm die Frau zugebracht hat, nicht versetzen oder auflassen ohne ihren Willen. Die Redaction von 1292 C 14 dagegen bestimmt das gerade Gegentheil: das Erbe mag ihr Mann wohl setzen oder auflassen ohne ihren Consens, freilich mit dem Zusatze: wenn er ein biederer Mann ist und dessen Behuf (Bedürfnis, Nothdurft) hätte. Legt man das Gewicht auf diesen Schlusssatz, so besteht wohl noch gar kein Widerspruch zwischen den beiden Redactionen, sondern die von 1270 spricht die Regel, die von 1292 die Ausnahme aus, wie sich beide oft in einem und demselben Stadtrechte neben einander finden in der bekannten Form, der Mann sei für Veräusserungen an den Willen der Frau gebunden ausser in Fällen echter Noth. Sieht man sich nun die Sache in ihrer praktischen Aeusserung an, so bemerkt man, dass solang kein „Behuf", keine Nothdurft vorhanden ist, es dem Manne entweder nicht einfällt, seine oder der Frau Liegenschaften zu veräussern und zu belasten, oder der Consens der Frau leicht dazu erhältlich ist, weil dann die Veräusserung zum mindesten für die Frau unbedenklich, regelmässig sogar in allseitigem Interesse ist. Erst wenn der Mann aus Noth sich zur Veräusserung oder Verpfändung entschliesst, erhält das Consensrecht der Frau praktischen Werth; sobald es daher für diesen Fall aufgegeben wird, hat es überhaupt keinen Zweck mehr. So mag man in Hamburg und Bremen zu der unbeschränkten Verfügungsgewalt des Ehemanns gelangt sein.

---

[8] Freiburger Stiftungsbrief § 44; Stadtrodel § 27; Berner Handveste § 43: Pater omnia bona que habet in allodiis, feodis et aliis rebus, potest dare, vendere et expendere et pueris invitis et uxore nolente.

Aber ich halte hier still: solche Fragen können kaum anders befriedigend gelöst werden als durch genaue Specialuntersuchungen der einzelnen Particularrechte, wofür hier in keiner Weise Raum und Zeit geboten ist.

§ 154. 7. Erbrecht der Ehegatten (portio statutaria).

Vielfach begegnet uns in den altdeutschen Rechtsquellen die Neigung, die Ehegatten als Erben zu bezeichnen, wo der überlebende nicht schlechthin nur sein eingebrachtes Gut zurücknimmt, und es fragt sich nun, ob es sich dabei wirklich um Erbrecht handelt, das durchweg unter die erbrechtlichen Regeln könnte gestellt werden, oder nicht vielmehr um eine besondere eherechtliche Rechtsform, die ihren Ursprung anderswo als im Erbrechte haben müsste und blos wegen ihrer äusserlichen Aehnlichkeit mit Erbgang auch so wäre genannt worden.

Es ist bekannt, dass das deutsche Recht von Haus aus kein Erbrecht anders als in der Blutsverwandtschaft kennt. „Wer mein Blut hat, der nimmt mein Erbe." Dieser Satz durchdringt das altdeutsche Erbrecht so vollständig, dass man von vornherein geneigt sein muss, ein Recht des Ehegatten, und wenn es auch äusserlich noch so nahe an Erbrecht streift, nicht unter dasselbe zu stellen. Es fragt sich daher, ob ein solches nicht aus den rein eherechtlichen Grundsätzen sich entwickeln lasse und entwickelt werden müsse.

Andererseits aber hat, wie nicht zu übersehen ist, vielfach die Combination des ehelichen Vermögens dahin geführt, dass das geeinte Gut nach bestimmten Quoten oder nach gewissen Kategorien von dem überlebenden Ehegatten und den Kindern genommen und getheilt wurde, und dann ist man leicht dazu gelangt, Kinder und Elterntheil gleichmässig als Erben zu bezeichnen, weil sie sachlich dieselbe Function übten, anstatt zu unterscheiden zwischen Erbrecht der Kinder und (je nach Umständen) Leibzuchtsrecht oder Antheilhaberschaft (Gemeinderrecht) des überlebenden Ehegatten.

Daraus ergiebt sich auch das Verständnis für die auf den ersten Blick auffallende Thatsache, dass während heutzutage das Erbrecht des überlebenden Ehegatten vorzugsweise (nicht ausschliesslich) im Güterverbindungssysteme vorkommt, das Mittelalter fast nur bei Gemeinderschaftsverhältnissen von solchem spricht. Die Sache verhält sich nämlich so: heutzutage gelangt man in einem Güterrechtssysteme, welches bei Auflösung der Ehe alles Vermögen wieder der Seite zuweist, woher es stammt, leicht und gern dazu, dem über-

lebenden Ehegatten noch ein Erbrecht an dem auf die Seite des verstorbenen fallenden Gute neben dem Erbrechte der eigentlichen Erben desselben zuzuerkennen, wogegen man bei Gütergemeinschaft alles, was man dem überlebenden Ehegatten geben will, einfach schon durch Bestimmung einer grösseren oder kleineren Quote am Gesammtgute, die er als Gemeinder bezieht, ihm zuwenden kann, und der Zuhilfenahme des Erbrechts nicht mehr bedarf: es ist natürlicher, z. B. der Witwe sofort die Hälfte des Sammtguts kraft Gemeinderschaft zuzusprechen, als ein Drittel kraft Gemeinderschaft und ein Drittel oder ein Viertel der auf die Mannesseite fallenden Quote noch kraft Erbrechts zuzuwenden. Im Mittelalter war die Anschauung gerade umgekehrt. Wo die Güter sich schlechtweg nach ihrer Herkunft wieder sonderten, fand man sich nur sehr allmählich und verhältnismässig spät veranlasst, noch ein wirkliches Erbrecht dazu zu legen; man überliess lieber weitere Zuwendungen der Freiwilligkeit der Ehegatten auf dem Wege der Vergabungen auf den Todesfall. Dagegen wo Gemeinderschafts- und namentlich Verfangenschaftsverhältnisse galten, war die Neigung viel grösser, das Recht des überlebenden Ehegatten und der Kinder als ein gleichartiges, und zwar dann meistens als Erbrecht zu bezeichnen.

Von dieser Betrachtung aus finden wir denn, dass in dem Systeme des Sachsenspiegels einem Erbrechte des überlebenden Ehegatten kein Raum gegeben ist, auch nicht einmal hinsichtlich des Bezugs der Gerade durch die Witwe, welcher sich vielmehr als Herausnehmen des Antheils der Frau an der Fahrnisgemeinschaft charakterisiert, wie in § 147 ausgeführt ist[1]. Das Magdeburgische Recht stimmt damit überein; beispielsweise sehe man den Schöffenspruch bei Wasserschleben S 96, wo in dem zweiten Falle, welcher grundsätzlich die Sache

[1] Namentlich darf man sich nicht mit v. Martitz S 124 Anm 13 für das Erbrecht des Mannes auf Ssp III 76 § 5 berufen: Svat ok tinses oder plege in der vrowen gude was, dar man ire af gelden solde, stirft sie na den rechten tinsdagen, dat gut is des mannes vordende gut, als it der erven wesen solde, of sie ane man were. Das heisst nicht: der schon bei Lebzeiten der Frau verfallene Zins aus ihrem Gute ist verdientes Gut des Mannes nach gleichem Rechte, d. h. Erbrecht, wie der Erben bei unverheirateten Frauen. Sondern: der Zins ist verdientes Gut des Mannes geworden, weil unter seiner Gewere alle Arbeit gethan war, er also schon in das Fahrnisvermögen übergegangen war, während er bei unverheirateten Frauen zum Erbe gehört und in und mit diesem an die Erben fällt. Der Zins, den der Pächter eines Eigengutes der Frau schuldig ist, fällt an die Erben der unverheirateten Frau aus einem andern Princip als an den überlebenden Mann: hier ist gerade verdientes Gut des Mannes und Erbrecht der Erben in Gegensatz gestellt. Vgl. § 3 desselben Art. 76.

am klarsten fasst, dem zweiten Ehemann einer Frau nach deren Tode die Hälfte des noch ausstehenden Kaufpreises einer aus erster Ehe der Frau stammenden Liegenschaft, welche zwischen der Mutter und dem Kinde ungetheilt geblieben und von dem zweiten Mann und dem Vormunde des Kindes verkauft worden war, zugesprochen wird: nicht weil er Erbe der Frau sei, sondern weil das Forderungsrecht während der Dauer der Ehe Bestandtheil des Fahrnisvermögens der Ehe geworden ist[2].

In schweizerischen Rechten, zumal Weisthümern, tritt ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten erst als letzter Endpunkt einer längeren Rechtsbildungsphase auf. Es heisst etwa, der Mann erbe alles fahrende Gut, die Frau erbe ein Drittel der Fahrnis. Damit war aber ursprünglich nicht gemeint, der überlebende Ehemann nehme seine eigene eingebrachte Fahrnis als Eigenthümer zurück und die von der Frau eingebrachte als Erbe, bezw. die Witwe nehme neben ihrer vorausbezogenen Fahrnis noch als Erbin das Drittel der Fahrnis des Mannes, sondern, der Witwer behalte die gesammte Fahrnis, die Witwe nehme von der Gesammtfahrnis das Drittel[3]. Der Gedanke war also nicht sowohl ein erbrechtlicher, als ein gemeinderschaftlicher. Und daher wird dieses Recht doch meistens nicht Erbrecht, sondern sehr charakteristisch Eherecht[4] genannt, und spricht z. B. das Einsiedler Weisthum § 13 (Grimm, Weisth. I 154) correct nicht von Erbrecht der Witwe, sondern von Ausweisung ihres Drittels, ebenso die in Anm 3 mitgetheilte Offnung von Bintzikon[5], wie umgekehrt die Offnung von Altorf (Anm 3) von Fallen der Hälfte an den Mann und Erben der Hälfte durch die Frau spricht. Es geht daraus zur Genüge hervor, dass nach der ursprünglichen Auffassungsweise von Erbrecht in reinem Sinn keine Rede ist, sondern blos von Theilung des gesammten Fahrnisvermögens. Erst seit dem 15. Jahrhundert schält sich die Auffassung heraus, dass jeder Theil seine eigene Fahrnis

[2] Die Entscheidung im dritten Falle dieses Spruchs ist dagegen sicherlich falsch, wie schon Schröder II 3 S 368 Anm 45 bemerkt hat.

[3] Die Offnung von Bintzikon § 15 und ebenso die von Dürnten (Grimm, Weisth. IV 274 u. 276) sagt: Wasz die frauw varends gutt hat so bald sie sich entgürt, dasz ist desz mans, und stirbt sie vor dem man ab, so erbt der man iro alles varend gut. Offnung von Altorf (Zürich) § 36—38 (Grimm, Weisth. I 14): Wenn sich die Frau vor dem Bett entgürtet, so ist alles ihr fahrend Gut des Mannes; stirbt die Frau vor dem Mann, so fällt an diesen das halbe Gut; stirbt der Mann zuerst, so erbt die Frau die fahrende Habe halb zu eigen.

[4] In den citierten und andern Weisthümern.

[5] Darzu so sol man iro uszwisen den dritten theil in varendem gutt.

herausnehme und die des andern ganz oder zu einer Quote erbe. So der Hofrodel von Fischenthal von 1511 § 14[6]: Wenn ein hofman sin erecht besiczt, der erbt sins wibs varend hab und gut, alles was sy im an varender hab zupracht hat. Ebenso der Hofrodel von Wald von 1586 Art. 21 (bei Pestalutz I 174). Aber man beachte wohl: nur auf Seiten des Manns wird so gesprochen; dieselben zwei Offnungen Art. 13 bezw. 24 sagen von der Witwe: sie nehme zwei Theile des fahrenden Guts. Hier, auf der Frauenseite, ist also die alte Auffassung des Eherechts als des Anspruchs auf eine Quote der Gesammtfahrnis in Kraft geblieben, bei dem Mann ist sie ersetzt durch das Erbrecht. Zufällig ist das kaum, aber das tiefere Motiv dieser Unterscheidung ist mir nicht ersichtlich. Erst die neuere Rechtstechnik hat Rückbezug des eigenen Eingebrachten und Erbrecht am Vermögen des Verstorbenen für beide Theile bestimmt und gegensätzlich gesondert.

Vollends im Gebiete reinen Gesammthandsrechtes macht sich das Schwanken der Ausdrücke fühlbar. Man hat bisweilen den Eindruck, als sei mit dem Worte „erben" mehr nicht gemeint als Ausübung des Ganerbenrechts, d. h. Bezug des Gemeinderschaftsantheils, so wenn es im Engelberger Hofrodel heisst: wenn ein Mann kinderlos sterbe, „da erbt das gotzhus den halb teil alles des gutes so si (die Eheleute) mit enander hatten, und sol ouch die frowe den andren halb teil erben"[7]. Denn Erbe im strengen Sinne des Wortes ist weder die Herrschaft noch die Ehefrau, aber sie sind Antheilhaber des Gemeinderguts. Oder, schon oben ist darauf hingewiesen, es klingt das hereditare und heres des Freiburger und Berner Stadtrechts stark an Ganerbschaft an. Aber lassen wir solche Einzelheiten; nehmen wir einen Hauptfall des Gesammthandsrechtes: ein Ehemann stirbt mit Hinterlassung von Frau und Kindern; wie früh und an wie vielen Orten wird nicht das Recht der Witwe am Nachlass gleich dem der Kinder als „Erbgerechtigkeit", ihr beneficium abdicationis bei Ueberschuldung als Erbverzicht bezeichnet. Und doch liegt auf ihrer Seite kein erbrechtliches Moment vor, sondern Theilhaberschaft am Sammtgut. Und selbst für die Kinder besteht wenigstens bei der fränkischen Verfangenschaft kein reines und ausschliessliches Erbrecht, weil sie an den von dem überlebenden Elterntheile herrührenden Liegenschaften gleiches Recht haben wie an denen des verstorbenen; den letzteren haben sie beerben können, nicht aber jenen. Freilich hat

[6] Bei Pestalutz, Sammlung der Statute des Cantons Zürich II 81.
[7] Grimm, Weisth. I 3 Z. 18 v. u.

sich nun in diesem Falle, der uns für die juristische Construction ziemliche Schwierigkeiten bietet, die mittelalterliche Denkweise auf naivere Art geholfen: mit dem Begriffe „Kinder" war der Begriff „Erben" von jeher verbunden[8]; daher nannte man die Kinder naturgemäss und ohne langes Besinnen auch in dem Falle der Verfangenschaft Erben, und liess sich dann weiter auch dazu herbei, den überlebenden Ehegatten ebenfalls Erben zu nennen, da in den vielfach verschlungenen Rechtsverhältnissen der Verfangenschaft in der That die Rechte der Kinder und des überlebenden Elterntheils in dieser (erbrechtlichen) Beziehung nicht klar gesondert waren. Immerhin wurde auch hier, wenn man genauer sprechen wollte, das Verhältnis des überlebenden Ehegatten als Eherecht, portio (statutaria) bezeichnet, was es in jeder Hinsicht war; denn alles Recht, was der überlebende Ehegatte aus der während der Ehe bestandenen Gesammthand bei Auflösung der Ehe am Sammtgute und aus demselben erhielt, stellte sich juristisch als der aus der Gemeinschaft ihm zufallende Antheil dar.

Am ehesten hat von Anfang an das westfälische Recht bei unbeerbter Ehe der Auffassung, dass die Frau Erbin des Mannes sei, nachgegeben, wie ich schon in § 151 besprochen habe. Aber es ist doch recht bezeichnend, dass das in den Urkunden wenigstens nur bezüglich der Ehefrau hervortritt, der Mann dagegen nicht als Erbe der Frau bezeichnet wird, obschon er doch im Fall des Vorabsterbens der Ehefrau in grundsätzlich gleicher Stellung ist wie diese bei Vorabsterben des Mannes. Und die älteren Statuten reden auch bei unbeerbter Ehe nicht gern von Erbrecht der Frau, sondern von „Theilen"[9].

Das lübische Recht hat in der Folge den erbrechtlichen Gesichtspunkt besonders scharf entwickelt und den Grundsatz durchgeführt, dass was der überlebende Ehegatte von dem Vermögen des Verstorbenen erhält, eine Erwerbung kraft Erbrechts sei, daher das so Erworbene durch den Uebergang „Erbgut" wird[10]. Demgemäss werden Errungenschaftsgüter so behandelt, dass sie dem überlebenden Manne ganz bleiben und darum auch nicht Erbgut werden, dagegen zwischen der Witwe und den Erben des Mannes halb und halb getheilt und beiderseits Erbgut werden. Andererseits mag das Goslarer Recht ein Beispiel von sehr bedenklicher Verwendung des Erbrechtsprincips in

---

[8] Römer 8, 17: sind wir denn Kinder, so sind wir auch Erben.

[9] So das Soester Recht, Schrae 161 add. 2: so moit dei frau des mans nehsten erven ein deling doin van allen nalaten gude.

[10] Pauli, Abhandl. I 78 f., II 93 f. Schröder II 3 S 31.

dieser Richtung bieten: Winnet en man unde en vrowe gut to samene, de wile se beide levet is dat ire wunnene gut; sterft ir en, so ervet dat up den anderen, unde is dar na er ervegut[11]. Würde es sich um wirkliches, reines Erbrecht handeln, so dürfte nur der Antheil des Verstorbenen, als einzig durch Erbgang noviert, Erbgut werden; so wie die Fassung lautet, erbt bei Tod der Frau der Mann das ganze Gut von ihr, und bei Tod des Mannes die Frau das ganze Gut von ihm.

So sehen wir denn, dass was in den mittelalterlichen Quellen von Erben und Erbrecht der überlebenden Ehegatten gesprochen wird, zum grössten Theile dem Gebiete des wirklichen Erbrechts nicht angehört. Selbst wenn wir zugeben wollten, dass der Begriff des Erbrechts an einem blossen „mortis causa capere“[12] haften bleibt, so wäre doch auch diesem Erbrechtsbegriff eigen der Umstand, dass das Gut seinen Herrn wechselt, der bisherige Eigenthümer wegfällt und ein neuer kraft des durch den Tod ihm erwachsenden Rechtes das Gut, an dem er bisher kein Recht oder höchstens Anwartschaft hatte, an sich nimmt. Das „Erbrecht“ des überlebenden Ehegatten aber hat auch nicht einmal diesen Charakter, sondern ist, wie wir sahen, nach den meisten Rechten Realisierung eines Gemeinderschaftsrechtes, und erst die neuere Zeit hat die Grenzen zwischen Erbrecht und Antheilrecht scharf gezogen.

§ 155. D. Eheabreden.

Unter dem Begriff Eheabreden, Ehestiftungen, Eheverträge, hinlichs (hilix, huwelix) Voirwerden[1] werden oft sehr verschiedene Dinge verstanden und in der heutigen Litteratur unter einander gemischt: einmal jene Verträge, wodurch die Frau oder deren Verwandte Heimsteuer, Mitgift, zusagen, der Mann dagegen Widerlegung verspricht oder Morgengabe und Leibzucht (Widem) bestellt, das gesetzliche Güterrecht aber unangetastet bleibt; andererseits diejenigen Verträge, wodurch das gesetzliche Güterrecht, hauptsächlich auf den Fall der Auflösung der Ehe bezüglich der Vermögensscheidung, abgeändert wird. Die Zusammenstellung dieser zwei Arten von Geschäften unter den einen Begriff des vertragsmässigen Güterrechts ist aber doch irreführend, denn es sind ihrer innern Beschaffenheit nach zwei sehr verschiedene Dinge. Wohl mag man für beide Fälle von vertragsmässigem

[11] Goslarer Stat. S 29, 5. [12] v. Martitz S 124 Anm 13.

[1] Von hîwen, heiraten: hiwelich, hilich, hiuwelich etc.

Güterrechte reden, aber der Sinn ist dabei doch ein anderer. Im ersten Falle handelt es sich um Zuwendungen, welche sich mit dem gesetzlichen Güterrechte vollkommen gut vertragen und sich den Grundgedanken und leitenden Principien desselben durchaus unterordnen; daher ist es möglich, dass ein Recht eine bestimmte gesetzliche Form des ehelichen Güterrechts als absolut geltend aufstellt und jeder vertragsmässigen Abweichung entzieht, und doch selber solche Zuwendungen vorsieht und sogar bis zu einem gewissen Grade normiert; so das ostfälische Recht, welches für Errichtung einer andern Güterrechtsform als der gesetzlichen auf dem Vertragswege keinen Raum lässt, und doch Morgengabe und Leibzuchtsbestellung zu Gunsten der Witwe in hohem Grade protegiert, sie als Ergänzung des ehelichen Güterrechtes ins Auge fasst und Vorschriften darüber ertheilt, in welchem Zeitpunkte die Morgengabe zu bestellen sei, aus was für Gegenständen sie bestehen dürfe u. dgl. Die zweite Art von Verträgen dagegen schafft ein eheliches Güterrecht an Stelle des gesetzlichen, und tritt dadurch in Gegensatz zu diesem. Da ist eigentlich erst von vertragsmässigem Güterrechte im wahren Sinne zu reden, denn da beruht das eheliche Vermögensverhältnis im ganzen wirklich auf vertragsweiser Feststellung. Hier bleibt nur von dieser zweiten Art zu reden.

Damit fallen hier ausser Betracht alle die Dotal- und sonstigen Eheverträge des alten Rechtes, welche durchweg auf dem Boden des geltenden Rechts stehen. Es war schon in der geschichtlichen Uebersicht (S 305) Veranlassung, diesen Punkt zu besprechen: die gesetzlich aufgezeichneten Bestimmungen über eheliches Güterrecht sind in der ersten Periode so dürftig, dass man wohl sagen darf, das eheliche Güterrecht jener Zeit sei Gewohnheitsrecht gewesen. Dieses Gewohnheitsrecht bringen die Dotalverträge zum Ausdruck, und sie sind zugleich die Zeugnisse für die Entwicklung des Gewohnheitsrechts; nicht im Widerspruch mit diesem haben sie neues Recht erzeugt, das dann allmählich ein latentes gesetzliches Recht verdrängt hätte, sondern sie haben der das Gewohnheitsrecht erzeugenden Rechtsüberzeugung und ihrer im Fortschritt der Zeit sich wandelnden Entwicklung jeweilen Ausdruck gegeben, wie es in jener langobardischen Urkunde von 823[2] heisst: si liberi nascantur, juxta legem heredes existant. Noch in später Zeit ist gar manches, was als Ehevertrag bezeichnet wird, nichts anderes als solcher Ausdruck des gewohnheitsrechtlich Bestehenden, wenn nicht gar, wie die sog. Eheverträge in Köln, blosse Schreinsbucheinträge behufs formeller Realisierung der Gesammthand.

[2] Cod. dipl. Langob. Nr 102.

Als dann im späteren Mittelalter die bisher im Fluss gewesene Entwicklung zu einem gewissen Stillstande gekommen war, auf dauernd consolidierten wirthschaftlichen Zuständen sich auch das eheliche Güterrecht zu einer bestimmten Gestalt verdichtet und abgeschlossen hatte, auch wohl durch gesetzliche Aufzeichnung das Recht fixiert war, traten derartige Eheberedungen mehr zurück, sie waren überflüssig geworden, weil das Recht selbst sicherer und zweifelloser war als früher. In denjenigen Gebieten, wo überhaupt die Rechtsentwicklung weniger durch neue Ideen und Factoren in beständiger Bewegung erhalten war, fanden solche Eheverträge weniger Boden, so in Ostfalen. Weniger leicht war die Sitte der Eheberedungen zu überwinden in denjenigen Gebieten, welche ihr eheliches Güterrecht durch grosse Fluctuationen unter Einwirkung politischer und wirthschaftlich tiefgreifender Veränderungen hindurchsteuerten. Hier kam es auch dazu, dass selbst nachdem sich ein bestimmtes eheliches Güterrecht gesetzlich fixiert hatte, die Eheabreden in Uebung blieben, und zwar mit der Kraft der Abänderung des gesetzlichen Rechts.

Der häufigste Fall, wo solche Beredungen Bedürfnis blieben, war der von kinderloser Ehe. Denn hauptsächlich wo Verfangenschaft galt — und dieses Recht war durch ganz Frankenland und Süddeutschland ungemein verbreitet —, blieb es von selbst dabei: juxta legem liberi heredes existant. Das war in den Eheabreden von vorneherein angenommen, und nur für den Fall unbeerbter Ehe wurde im Widerspruch mit dem gesetzlichen Rechte eine Vereinbarung getroffen[3]. Daher schreibt sich die früher beliebte, in ihrer Allgemeinheit allerdings nicht zutreffende Ansicht, dass der Satz „Kinderzeugen bricht Ehestiftung" im Mittelalter allgemeiner Rechtsgrundsatz gewesen sei. Er führt wohl auf die ursprünglich geltende Anschauung zurück, dass das Verfangenschaftsrecht den Kindern nicht könne entzogen werden; später hat sich, wie es scheint[4], gerade in fränkischen Gebieten dieses Recht der Kinder abgeschwächt; in Folge der den Ehegatten eingeräumten freien Verfügung über die Liegenschaften während der Ehe wurde ihnen auch gegenseitige Zuwendung derselben gestattet, daher der Satz „Kinderzeugen bricht Ehestiftung" gerade im fränkischen Rechte nicht mehr häufig ist. Dagegen ist er in schwäbischen Landen stark vertreten und in den westfälischen Kreisen aus leicht erklärlichem Grunde in der Vorhand[5]. Denn die

[3] Vgl. Schröder II 2 S 213.
[4] Sandhaas, Fränkisches eheliches Güterrecht S 274 ff.
[5] Schröder II 3 S 246. 331.

ganze Entwicklung des westfälischen Rechts lässt sich ja in den einen Hauptsatz zusammenfassen, dass die Geburt von Kindern eine völlige Umgestaltung im Vermögen der Eheleute bewirkt, das Gut beider Ehegatten zu einem Gesammtgut zusammenkittet unter einer schon während der Ehe bestehenden Betheiligung der Kinder, und damit auch von selbst alle Sonderverfügung ohne Willen der Kinder hinfällig ist.

Solche das gesetzliche Güterrecht abändernden Eheverträge wurden meist vor der Eheschliessung eingegangen, nach altem Brauche unter Mitwirkung der Verwandten, zumal der Angehörigen der Braut; da wurde das künftige Schicksal der Vermögen ins Auge gefasst und für den Fall der Kinderlosigkeit erwogen, ob die gesetzlichen Folgen in vorliegendem Falle passend seien oder nicht. Viele Particularrechte unserer Tage fordern noch Abschluss des Ehevertrags vor Eingehung der Ehe als ein für die Giltigkeit desselben nothwendiges Requisit, meist mit dem Motive, dass die Braut in dieser Zeit noch ungebührlichen Zumuthungen des Mannes gegenüber frei sei. Dass dieses Motiv schon im Mittelalter gewirkt habe, finde ich nicht, wie auch das Erfordernis des Abschlusses der Eheverträge vor der Ehe keineswegs allgemein angenommen war. Ihrem juristischen Gehalte nach durchaus verschieden von solchen Eheverträgen sind aber die vielfach während der Ehe abgeschlossenen ein- oder gegenseitigen Zuwendungen der Eheleute auf den Todesfall. Schenkungen unter Ehegatten besonders auf Vorabsterben sind ausser im Sachsenspiegel, der sie, wie oben (S 390) bemerkt, verwirft, fast in allen Rechten ausgebildet. Unter dem Güterverbindungsprincip ist das Verhältnis juristisch gefasst das, dass dadurch in das eheliche Güterrecht kein Einbruch gemacht wird, sondern der Vergabende aus dem laut Gesetz ihm zukommenden Vermögen eine Zuwendung an den andern Ehegatten macht. So im Magdeburger Schöffenrecht, das in reichstem Maass davon Gebrauch gemacht und die Vergabungen in gehegtem Ding allseitig ausgebildet hat, ohne damit das gesetzliche Güterrecht zu brechen. Im Gesammthandsrechte lassen sich solche Vergabungen unter Eheleuten insofern denken und sind auch soweit vorgekommen, als kein Hindernis bestand, sich auf den Todesfall gegenseitig das laut Gesetz bei Auflösung der Ehe an jede Seite fallende Vermögen (sei es eine Quote des Sammtguts oder ein anders abgesonderter Theil) ganz oder theilweise zuzuwenden, falls nur überhaupt die Dispositionsfähigkeit nicht durch Erbenwarterechte beschränkt oder ausgeschlossen war. Ein ehegüterrechtliches Moment liegt freilich bei allen diesen Zuwendungen und Vergabungen nicht vor, es sind Ver-

gabungen auf den Todesfall, wie sie ebenso gut unter Geschwistern und andern Personen vorkommen konnten, und sie haben sich später meist in die gemeinschaftlichen Testamente unter Ehegatten umgesetzt [6].

---

[6] Euler, Die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt a. M. S 51, bes. Anm 7.

Zweiter Abschnitt.

Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

Erstes Kapitel.

Die väterliche Gewalt.

§ 156. I. Gewalt über die Person des Kindes.

Eisig kalt weht uns an, was uns Sagen und andere Ueberreste aus der Urzeit unseres Volkes von dem Rechte des Vaters über die Kinder überliefern; es ist das starre unbeugsame Recht absoluter Gewalt, noch in keiner Weise gemildert durch Aufnahme sittlicher Pflichten in das Rechtsgebiet. Wer möchte leugnen, dass solche sittliche Pflichten und Beziehungen schon lange vor der historischen Zeit das Verhalten zwischen Vater und Kind bestimmt haben; aber das Recht hat sie noch von sich fern gehalten. So denken wir uns, dass es sittlich schon längst verpönt war, ein neugeborenes Kind blos darum auszusetzen, weil schon genug Kinder da waren und die Auferziehung des neuen Ankömmlings beschwerlich fiel[1], doch aber das Recht der Kindesaussetzung in Kraft blieb, und seine Ausübung entschuldigt, ja gerechtfertigt erschien, wo das Neugeborene ein schweres körperliches Gebrechen an sich trug. So auch das Recht der Tödtung des Kindes

[1] Uralte Erzählungen bringen das in launiger Weise zum Ausdruck: weil die Aussetzung eines Kindes nicht mehr zulässig war, nachdem es schon Speise zu sich genommen (Vita S. Ludgeri c. 6 bei Pertz, Script. II 406 und Kraut, Grundriss 5. Aufl. § 184 Nr 8), so gewährt es besondere Genugthuung, wenn es gelingt, durch sofortiges Beibringen von Nahrung den freien Entscheid des Vaters zu beseitigen. Grimm, RA S 458. Altnordisch: Begiessen des Kindes mit Wasser; s. K. Maurer, Die Wasserweihe des germanischen Heidenthums (Abh. der bair. Akad. I. Cl. Bd. XV Abth. 3) S 183 (Separatabdr. S 11) u. öfter.

wegen eines Verbrechens u. a. Ein roher Rechtszustand classificiert noch nicht die Fälle erlaubter und unerlaubter Tödtung, Aussetzung u. s. f., weil das nicht ohne Willkür und freies Ermessen des Richters abginge, was das formale Recht verwirft (§ 12); das Recht ist fest und starr, und erst die Sitte bildet allmählich die Grundsätze, welche, wenn sie im Leben eingewurzelt sind, auch Rechtsnormen werden können. Dieser Fortschritt ist schon zur Zeit der Volksrechte erreicht; wenn das Ed. Roth. 200 den Ehemann mit Strafe bedroht, welcher uxorem suam occiderit immerentem, quod per legem non sit merita mori, und die Formel des lib. Pap. dazu bemerkt: non licet interficere ad suum libitum, sed rationabiliter, so darf wohl dasselbe für Vater und Kind angenommen werden; und wie aus Liutpr. 121 ersichtlich ist, dass die Fälle, wo die Frau merens und immerens war, wenigstens in Bezug auf einzelne Hauptverbrechen gesetzlich geregelt waren, so mag auch bei den Kindern der Kreis der Verbrechen, wegen deren sie der Vater tödten durfte, mehr und mehr durch Gesetz oder Gewohnheit eingeschränkt worden sein. Wenn die Quellen des Mittelalters noch vom Züchtigungsrecht u. dgl. des Vaters gegenüber dem Kinde reden, geschieht es in mangelhafter, vager Weise, auch wenn es nicht so geschmacklos ausfällt wie im Kleinen Kaiserrechte II 6 u. 7. Wichtiger ist, dass das Recht, die Kinder bei echter Noth in die Knechtschaft zu verkaufen, ein Recht, das im Ed. Pistense Karls II. v. 864 c. 34 (Pertz I 498, 3) unumwunden als hergebracht anerkannt wird, noch im Schwsp (W.) 291, (L.) 357 ernsthaft aufrecht erhalten ist, unter Ausschluss des Verkaufes in den Tod, in die Heidenschaft und in ein Hurenhaus. Endlich das Recht, die Kinder zu verheiraten oder in ein Kloster zu geben, ist schon früh in ein Consensrecht zur Heirat oder zum Klostereintritt abgeschwächt, selbst mit Beschränkung auf einen frühen Termin[2].

Alle diese Befugnisse sind Ausfluss der Munt, es sollte sich daher von selbst verstehen, dass sie blos von dem Vater, nicht von der Mutter können geübt werden. Somit giebt es blos eine väterliche Gewalt, nicht eine elterliche, von beiden Eltern zusammen geübte, noch eine mütterliche. Daran kann kein Zweifel bestehen bei Lebzeiten des Vaters. Es ist freilich natürlich, dass die Mutter zumal in den ersten Lebensjahren des Kindes an der Erziehung der Kinder in eingreifender Weise Theil nimmt, es wird auch gerade bei Verehe-

[2] Bischof Mangold von Würzburg setzte 1299 fest, dass Ehen von Personen unter zwanzig Jahren nicht ohne Einwilligung der Eltern stattfinden dürfen. Mon. Bo. XXXVIII Nr 127. Vgl. übrigens über diesen Punkt Stobbe, Handb. IV 333 f.

lichung der Kinder oft von elterlicher Einwilligung gesprochen, aber juristisch ist nur väterliche Gewalt vorhanden, weil der Vater in Allem und Jedem das entscheidende Wort zu sprechen hat, die Mutter bei Meinungsverschiedenheit zurückstehen muss, rechtlich also nur der Wille des Vaters zur Geltung und Ausführung kommt. Wenn daher noch die Mühlhauser Statuten von 1692 IV 31 § 1 sagen, dass im Gegensatz zum römischen Rechte bezüglich der Gewalt über die Kinder kein Unterschied unter Vater und Mutter gemacht werde, ausser dass dem Vater der Vorzug gegönnt worden, so ist mit letzterem Satze eben doch das Princip der väterlichen Gewalt unumwunden anerkannt. Aber auch nach Tod des Vaters kann von einer der väterlichen Gewalt gleichkommenden mütterlichen Munt nicht die Rede sein[3]; wenn wir in der lex Wisig. III 1, 7 und IV 2, 13 von einem consistere filiorum in matris potestate nach des Vaters Tode lesen, so ist nichts andres gemeint als eine vielleicht römisch-rechtlich beeinflusste Vermögensverwaltung der Mutter auf Grund eines Verfangenschaftsverhältnisses, daher diese potestas bei Wiederverehelichung der Mutter von selbst aufhört, und dasselbe ist der Fall bei der lex Burg. 85, 1 und den bisweilen auffällig gefundenen Stellen des Freiburger Stiftungsbriefes § 47 und des Freiburger Stadtrodels § 32, wo auch nur in Beziehung auf die Verfangenschaft der Güter von imperium patris vel matris gesprochen ist. Der Umstand, dass nach allen deutschen Rechten die Mutter mit den Kindern im Beisitze des Gutes bleiben kann und mit noch unerwachsenen Kindern regelmässig im Beisitze bleibt und dann auch die vermögensrechtliche Leitung des Hauses in der Hand behält, ist keinerlei Beweis für eine der väterlichen Gewalt gleiche Hausherrschaft, denn dann ist die Mutter nur kraft Gemeinderschaftsrechtes, nicht kraft potestas (Munt) das Haupt des Hauses; daher ist sie auch zur Ausübung der eigentlichen Mundialrechte, namentlich zur Vertretung des Hauses vor Gericht nicht fähig, und speciell im Hinblick auf solche Fälle und zur Wahrung seines eigenen Interesses gilt doch der nächste Schwertmag der Kinder als ihr Vormund und hat er jeweilen einzutreten, wenn es sich um Repräsentation der Kinder nach aussen handelt; nur von der Vermögensverwaltung ist er durch die communio zwischen Mutter und Kindern ausgeschlossen. Die Frage einer durch die Mutter geübten Vormundschaft über ihre Kinder

[3] Das Recht der Consensertheilung zu Verehelichung der Kinder ist im Mittelalter meist von dem Mundialrechte getrennt und bei Tod des Vaters nicht blos der Mutter, sondern selbst den Verwandten zugesprochen. Siehe Stobbe, Handbuch IV 335.

aber mag dem Abschnitte über das Vormundschaftsrecht vorbehalten bleiben.

§ 157. II. Entstehung und Aufhebung der väterlichen Gewalt[1].

Es ist ein alter Rechtssatz, dass nur diejenigen Kinder als ehelich gelten und der aus dieser Eigenschaft entspringenden Rechte namentlich bezüglich des Erbgangs geniessen, welche in der Ehe nicht nur geboren, sondern auch empfangen sind, und dass daher Legitimation durch nachfolgende Ehe nicht eintritt[2]. Man schliesst daraus gewöhnlich ohne weiteres, dass die väterliche Gewalt einzig durch eheliche Geburt entstanden sei. Ich bin über die Zulässigkeit dieses Schlusses zweifelhaft. Denn das ist doch jedenfalls sicher, dass eine Munt des Vaters über seine unehelichen Kinder entstehen konnte, dann nämlich, wenn er das von seiner sonst muntfreien[3] Beihälterin geborene Kind in seinem Hause neben den ehelichen Kindern erzog und also in seiner Gewalt hatte. Ob nun diese Munt wirkliche väterliche Gewalt war oder blosse Vormundschaft bis zur Mehrjährigkeit des Kindes, kann allerdings fraglich sein, und ich glaube, dass es nicht zu allen Zeiten gleich gehalten war. Wenn wir bedenken, dass die alte Zeit die filii illegitimi nicht so ungünstig behandelt hat wie die spätere, dass die vom Vater als ihm angehörig anerkannten und in sein Haus aufgenommenen Kinder mancher Familienrechte mit und neben den ehelichen genossen haben, wie das langobardische Edict zeigt, so erscheint es gar nicht unmöglich, dass eine eigentliche väterliche Gewalt bestanden hat. Im späteren Mittelalter ist alles anders: die rechtliche Behandlung der Unehelichen ist zu ihren Ungunsten verändert, ihr rechtliches Verhältnis zum Vater ist zerstört; zu dieser Entfremdung der Unehelichen von ihrem Vater kommt dann noch die Umgestaltung des Vormundschaftsbegriffs (§ 167 f.), und daraus entsteht die Verpflichtung der Verwandten der Mutter zur vormundschaftlichen Fürsorge für die unehelich Geborenen.

Wichtiger sind die Fragen, die sich bezüglich der Beendigung der väterlichen Gewalt aufdrängen. Die hauptsächlich von Kraut (Vor-

---

[1] Stobbe, Die Aufhebung der väterlichen Gewalt nach dem Recht des Mittelalters, in dessen Beiträgen zur Geschichte des deutschen Rechts. Braunschw. 1865.

[2] Besonders Ssp I 36 und Verm. Ssp I 24 d. 3.

[3] Denn da die Frau das Kind in die Munt desjenigen gebiert, in dessen Munt sie selbst von Rechtswegen steht, so können dann, wenn die Frau einen andern Muntherrn hat, die Kinder nicht der Gewalt des Vaters anheimfallen: Liutpr. 126; lex Alam. 51 § 3.

mundschaft II 590 f.) vertretene Ansicht, dass bei Söhnen (und mit Untergang der Geschlechtsvormundschaft auch bei Töchtern) die Erlangung der Volljährigkeit die väterliche Vormundschaft aufgehoben habe, hat den schon vorher herrschenden und seither mit neuem Apparat verfochtenen Satz nicht zu erschüttern vermocht, wonach nur Absonderung des Kindes aus dem elterlichen Hause oder Heirat der Tochter als Aufhebungsgründe gegolten haben. Sohm (Fränk. Reichs- und Gerichtsverf. S 342. 545 f.) hinwiederum ist aus einer Betrachtung des taciteischen Berichtes über die Wehrhaftmachung zu dem vermittelnden Resultate gelangt, dass die Volljährigkeit des Sohnes den Vater zu der Freilassung aus der väterlichen Gewalt veranlasst habe: eine Formulierung, welche doch die Schwierigkeit nur umgeht, weil sie die Hauptfrage offen lässt, ob der volljährige Sohn die Emancipation fordern oder der Vater sie verweigern konnte. Es ist mir aber überhaupt zweifelhaft geworden[4], ob die Wehrhaftmachung in der Germania des Tacitus c. 13 mit der Entlassung aus der väterlichen Gewalt etwas zu schaffen hat. Mag man mit Wackernagel (vgl. oben Bd. I S 55) annehmen, dass sie erst um das zwanzigste Altersjahr des Sohnes stattgefunden habe, oder mag man sie gestützt auf Berichte aus der späteren fränkischen Zeit auch schon für die germanische Urzeit an das zwölfte Altersjahr knüpfen, in beiden Fällen blieb der Sohn doch regelmässig noch im Hause des Vaters und ökonomisch abhängig von ihm, was die Fortdauer der Munt schon an sich wahrscheinlich macht. Dem wird nun freilich entgegengehalten, dass sowohl nach Tacitus Germ. 13 als nach den Erzählungen fränkischer Chronisten mit der Wehrhaftmachung eine förmliche Entlassung aus der väterlichen Gewalt und aus dem väterlichen Hause verbunden worden sei, und zwar durch die Uebergabe des Sohnes in das Gefolge eines princeps und später durch die sog. Adoption vermittelst Haarabschneidens durch einen befreundeten Fürsten oder überhaupt durch Unterbringung bei einem patronus[5]. Sohms Meinung ist, dass es „in allen Lebenskreisen üblich" gewesen sei, den volljährig gewordenen Sohn aus der väterlichen Gewalt zu entlassen, und dass man das eben durch Commendation des Sohnes in fremden Dienst bewerkstelligt habe; in diesem sei er geblieben, bis er erwachsen war und den Lebensunterhalt selber erwerben konnte; oder wo, wie bei Fürstensöhnen, diese ökonomischen Beschränkungen nicht vorlagen, sei die Commendation

[4] Und demgemäss redressiere ich im Folgenden die auf diesen Punkt bezügliche gelegentliche Aeusserung oben Bd. I S 114.

[5] Stobbe a. a. O. S 7 f.; Sohm a. a. O. S 342 Anm 21, S 555 f.

an einen Fürsten oder Verwandten nur erfolgt zur deutlichen Sichtbarmachung der Entlassung aus der Gewalt, und der Adoptivvater habe sofort im Anschlusse daran die definitive Freilassung zu selbständigem Rechte vollzogen. Es unterliegt aber dem grössten Zweifel, ob das wirklich in allen Lebenskreisen üblich, diese Commendation also geradezu die rechtliche Form der Entlassung aus der väterlichen Gewalt gewesen ist. Bezeugt ist es uns nur vom höfischen Dienste in vornehmen Kreisen und von der Unterbringung in Gefolgeschaften; für solche Verhältnisse erklärt sich das alles leicht: dieser Hofdienst war die hohe Schule der vornehmen jungen Leute für ihre staatsmännische Thätigkeit, die Gefolgeschaft die Lehrzeit für eine höhere militärische Carriere oder wenigstens höhere kriegerische Ausbildung. Zu diesem Behufe, nicht zum Zwecke der Emancipation, musste der Vater den Sohn in die Munt seines neuen Lehrherrn tradieren. Hatte der Sohn diese Lehre durchgemacht, und erhielt er sofort ein Staatsamt, das ihn ernährte, oder schuf ihm der Vater selbst eine ökonomisch unabhängige Stellung, so wurde er aus der Munt des Lehrherrn entlassen, ohne wieder unter die väterliche Gewalt zurückzukehren; aber wenn keine dieser Voraussetzungen eintraf, so musste er sich sicherlich dazu bequemen, wieder in die väterliche Gewalt zurücktradiert zu werden. Was sich so in der vornehmen Welt abspielte, blieb der grossen Masse des Volkes fremd. Wäre ein allgemein geltendes Rechtsprincip darin ausgedrückt, so müsste es sich für die gewöhnlichen Fälle dahin äussern, dass jeder Vater seinen volljährig gewordenen Sohn einem Verwandten oder Nachbar für eine Zeitlang übergab, um durch diese Entfernung aus dem elterlichen Hause die Beendigung der väterlichen Gewalt festzustellen, und ihn dann bei der Rückkehr in sein Haus (welche doch regelmässig wieder eintrat, wenn wir die bäuerlichen Verhältnisse jener Zeit im Auge behalten) nicht als Muntuntergebenen, sondern als Gemeinder oder dgl. behandelte. Das scheint mir nicht sehr einleuchtend, um so weniger, wenn wir die Wehrhaftmachung schon in das zwölfte Altersjahr setzen. In jenen einfachen bäuerlichen Verhältnissen bestand gar kein Bedürfnis für eine Aufhebung der väterlichen Gewalt, solang der Sohn nicht im Falle war, sich einen eigenen Hausstand zu gründen, getrennt vom Vater oder auf dessen Hofe (s. nachher). Die Wehrhaftmachung konnte dennoch stattfinden, sie berührte die väterliche Gewalt nicht, so wenig als die Römer Anstoss daran nahmen, einen Haussohn in die höchsten Staatsämter eintreten zu lassen. Je früher wir die Wehrhaftmachung hinaufrücken, desto weniger konnte es sich in den gemeinbäuerlichen Zuständen für den jungen Waffenfähigen darum handeln, aus dem

väterlichen Hause zu scheiden. Es vereinigte sich vollkommen mit einander, dass der Sohn in der Volksversammlung mitstimmte, als waffenfähiger Mann sich auch an der Fehde seines Hauses betheiligte und alle sonstigen Befugnisse des Waffenrechts übte, daneben aber vermögensrechtlich durch den Vater streng gebunden war und selbst Delictsklagen für oder gegen ihn von dem Vater als dem Gewalthaber mussten erhoben oder bestritten werden. Und wenn nun, wie wohl unbedenklich anzunehmen ist, die Wehrhaftmachung mit der Volljährigkeit zusammenfiel, so ergiebt sich aus dem Vorstehenden der nothwendige Schluss, dass ebenso wenig die Volljährigkeit an sich die Aufhebung der väterlichen Gewalt herbeigeführt hat.

Im späteren Mittelalter verliert die Wehrhaftmachung nun ohnedies alle Bedeutung für unsre Frage, weil die grosse Masse des Volkes keine Waffen führt. Aber auch der Volljährigkeit kann für diese Periode die Kraft der Beendigung der väterlichen Gewalt nicht beigelegt werden. Es geht nicht an, väterliche Gewalt und gewöhnliche Vormundschaft in dieser Hinsicht zu identificieren: denn die Mündel sind überhaupt nur wegen ihrer Minderjährigkeit der Hausgewalt des Vormunds unterworfen, die Söhne dagegen wegen ihres Kindesverhältnisses, und dieses dauert fort, auch wenn sie volljährig geworden sind; sie schulden dem Vater mehr, als die Mündel dem Vormund, und bleiben Glieder des Hauses und darum der Hausherrschaft des Vaters untergeben bis zu ihrem Austritt.

Was die Volljährigkeit der Haussöhne bewirken kann, ist nur die Erlangung der vollen Handlungsfähigkeit im öffentlichen und Privatleben. Jeder, der zu seinen Tagen gekommen ist, sagt Ssp I 2 § 1, ist verpflichtet das Gericht zu besuchen, und dieselbe Bestimmung geht durch eine Reihe von Weisthümern[6], ebenso wie die Vorschrift, dass das Kind, wenn es volljährig werde, der Herrschaft den Eid des Gehorsams zu schwören habe[7]. Schon mit zwölf Jahren sodann muss der Haussohn die während seiner Minderjährigkeit in suspenso gebliebene Genehmigung zu Liegenschaftsveräusserungen des Vaters abgeben oder binnen Jahresfrist seinen Widerspruch dagegen geltend machen, wenn er seines Rechtes nicht verlustig gehen soll[8]; das zeigt, dass er fortan zu allen Rechtsgeschäften volle Handlungsfähigkeit besitzt. Und dass das mit dem Verbleiben unter väterlicher Gewalt wohl verträglich ist, wissen wir aus dem römischen Rechte; in dem

[6] Z. B. Grimm, Weisthümer I 318 Z. 2 v. o., I 369 Z. 4 v. o. und öfter.

[7] Z. B. Grimm, Weisthümer I 38 Z. 3 v. u., I 64 Z. 4 v. o., I 170 Z. 16 v. u. und oft.

[8] S. den folgenden Paragraphen. Vorläufig Gosl. Stat. 19, 21 f.

deutschen äussert sich das so, dass der Vater, der das ganze Gut des Sohnes, falls dieser überhaupt schon solches besitzt, in seiner Gewere hat, nichts davon hergiebt, um eingegangene Verpflichtungen des Sohnes zu tilgen, und alles was der Sohn aus diesem Vermögen an sich gebracht und veräussert oder zur Tilgung solcher Schulden verwendet hat, mit Klage zurückfordern kann (§ 158).

Es bleibt somit für das Mittelalter als Grund der Aufhebung der väterlichen Gewalt bei Söhnen die Absonderung derselben vom Vater und bei Töchtern deren Verheiratung (Absonderung der Töchter ohne Verheiratung kann wohl als zu unregelmässiger Fall ausser Betracht bleiben).

Die „Absonderung" definiert ein Magdeburger Schöffenspruch[9] als das „Haben eigener Hausung oder Gewer auswendig des Vaters Gewere bei seinem Leben". Weisthümer beschreiben sie als das Haben von eigenem Herd und Pott und stellen in Gegensatz dazu, dass der Sohn das keusche Brot nach Hause bringt[10] oder Mus und Brot der Eltern isst und keinen Lohn von ihnen bekommt[11]. Es klingt daher wie ein Widerspruch, wenn Ssp I 13 § 1 von Absonderung eines Kindes mit oder ohne Zweiung der Kost redet (se tvein sik mit der kost oder ne dun), da eben Absonderung und Trennung der Kost sonst immer zusammenfallen. Aber diese Sachsenspiegelstelle dürfte gerade damit uns auf die juristisch vorwiegende Bedeutung des Wortes Absonderung hinweisen, welche durch jene andern Definitionen eher verhüllt wird: der rechtliche Kern der Absonderung liegt in der Ausscheidung des Vermögens; damit wird meistens auch Begründung eigenen Haushaltes durch das Kind verbunden sein, und dieses äusserlich hervortretende und in die Augen fallende Ereignis ist dann in der sinnlichen Redeweise des Mittelalters in den Vordergrund gestellt worden, aber das juristisch Wesentliche ist die Ueberlassung des Vermögens (sei es des mütterlichen Guts, sei es einer bei Lebzeiten der Eltern schon gegebenen Erbabfindung) an das Kind. Bleibt letzteres dann auch weiter bei dem Vater wohnen, so ist es doch der väterlichen Gewalt entwachsen. Für diese Ansicht[12] scheint

[9] Bei Wasserschleben, Das Princip der Successionsordnung S 180.

[10] Grimm, Weisthümer III 104 § 14: So lange ein lediger Gesell beim Vater unter seiner Gewalt bleibt und er das keusche Brot zu Hause bringet, ist der Vater der nächste Erbe. Wenn er aber seinen eigenen Herd und Pott hat, erbet ihn der Landesherr.

[11] Grimm, Weisthümer I 408: Ob ein man oder ein frow einen sun oder ein tochter hätty, die ir müss und brot essy, und vatter und mutter nit drangkten das sy in lon geben, die erbt ein propst nit.

[12] Die von Stobbe a. a. O. S 19 nicht getheilt wird.

mir zu sprechen, dass durch die Vermögensausweisung das wichtigste Stück der väterlichen Gewalt, wie sie sich nach der Volljährigkeit des Sohnes noch äussern kann, ohnedies weggegeben ist; die väterliche Gewalt über einen erwachsenen Haussohn hat nur dadurch einen Sinn und für den Vater einen Werth, dass der Sohn sein Vermögen noch nicht zu seiner Verfügung hat; sobald aber das der Fall ist, bleibt für die väterliche Gewalt kein rechter Boden mehr übrig.

Man könnte gegen diese Auffassung, welche das juristische Gewicht bei der Absonderung auf eine Vermögenszuweisung legt, geltend machen, dass doch auch eine Absonderung mit allen Folgen der Aufhebung der väterlichen Gewalt unzweifelhaft vorliege, wenn ein Haussohn, ohne irgend eine Ausstattung zu erhalten, sich in fremden Dienst begiebt oder im Vertrauen auf seine Erwerbsfähigkeit einen eigenen Haushalt gründet.

Gewiss! aber an der rechtlichen Auffassung ändert das nichts; denn selbst wenn nicht das geringste Vermögen vorhanden ist, das dem Sohne könnte ausgewiesen werden, so liegt doch in dem Austritt des Sohnes aus dem väterlichen Hause die Lösung seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit von der bisherigen Schranke, juristisch seine vermögensrechtliche Unabhängigkeit, in diesem Sinn die Ausweisung seines Vermögens. Sobald ein Sohn in solchen Verhältnissen das väterliche Haus verlässt, ist der Vater in jeder Beziehung seiner Munt, die in derartigen Fällen mehr Verantwortlichkeit als Vortheil mit sich bringt, entledigt. Aber die Quellen rechnen kaum mit diesen Zuständen der Armuth, sie sprechen durchweg davon, dass der abgesonderte Sohn auch eine Ausstattung erhält, a patre rebus separatus, accepta portione substantie fit extra potestatem patris. Suchen wir uns von den factischen Verhältnissen, die unsrer Frage zu Grunde liegen, eine Vorstellung zu machen, so erinnern wir uns zunächst der (in § 51 besprochenen) Gemeinderschaften zwischen Vater und Kindern. Wohl hatten hier die Söhne kraft ihres bis zu Gesammthand gesteigerten Anwartschaftsrechtes bei Verfügung über die Liegenschaften mitzuwirken, aber der väterlichen Gewalt that das keinen Eintrag, die Verwaltung des gesammten Vermögens war in der Hand des Vaters und er repräsentierte kraft seiner Gewalt das ganze Haus und dessen Angehörige nach aussen. Aber die Söhne konnten verlangen, ausgewiesen zu werden, wenigstens der Schwsp (W.) 159 giebt dieses Recht dem fünfundzwanzigjährig gewordenen Sohne, und jedenfalls hatte der Vater das Recht, sich durch Theilung mit den Kindern die freie Verfügung über seinen Theil zu sichern. Das war der regelmässige Fall der

Aufhebung der väterlichen Gewalt. Und in Sachsen stellte sich die Sache noch einfacher dar, weil hier diese Gemeinderschaften nicht vorlagen, der Vater nicht zu theilen brauchte, wenn er nicht wollte, die Söhne, wenn sie nicht ein Erbe ihrer verstorbenen Mutter hatten, wenig Lust verspüren mochten, gegen den Willen ihres Vaters und somit ohne seine ökonomische Beihilfe den Hof zu verlassen und eigene Wirthschaft anzufangen.

Mit dem Gesagten ist auch die Erledigung der Frage sehr vereinfacht, ob der volljährig gewordene Haussohn berechtigt gewesen sei, aus der väterlichen Gewalt auszutreten, oder ob es vom Willen des Vaters abgehangen habe, ihn daraus zu entlassen oder bei sich zurückzuhalten. Hatte, wie es in Süddeutschland der Fall gewesen zu sein scheint, der Sohn das Recht, sogar Vermögensabtheilung zu verlangen, so lag darin von selbst das Recht der Ausscheidung aus der väterlichen Gewalt. Aber auch abgesehen davon wird dem Sohne die Befugnis zugestanden haben, mit erreichter Volljährigkeit das väterliche Haus zu verlassen, falls er sich Manns genug fühlte, seinen Erwerb zu finden. Der Ssp I 11 sagt:

> Halt ok de vader sine kindere in vormuntscap na ir muder dode, svenne se sik von ime scedet, he sal en weder laten unde wider geven al ir muder gut.

Also es ist hier vorgesehen, dass der Sohn sich von dem Vater scheidet, nicht dass der Vater den Sohn von sich entlässt. Der volljährige Sohn darf das Muttergut herausverlangen und sich damit vom Vater trennen und aus seiner Gewalt ausscheiden; aber solang er es nicht thut, solang es ihm im Hause und Brote des Vaters wohl ist, behält der Vater auch kraft der väterlichen Gewalt die Nutzung des mütterlichen Gutes.

Auch in den städtischen Verhältnissen begegnen wir den gleichen Erscheinungen; die Söhne blieben möglichst lang unabgesondert vom Vater in seinem Brote, zumal wenn sie in seinem Handlungsgeschäfte thätig waren, wie jener Sohn, von dem das Magd.-Bresl. syst. Schöffenr. IV 2, 41 (= Magd. Fr. I 7, 19) erzählt, dass er die Geschäftsreisen nach Venedig und Flandern für das Haus ausführe.

Uebersehen werden darf dabei nicht, dass den Söhnen dieses lange Verbleiben in väterlicher Gewalt keineswegs eine drückende Last war; wo es die Verhältnisse erlaubten, waren sie vom Vater mit allen Annehmlichkeiten ausgestattet, die ihnen eine freie, ungezwungene Bewegung im gesellschaftlichen Leben ermöglichten. Der Ssp I 10 spricht von Kleidern, Pferden und Waffenrüstung, welche der Vater dem Sohne zu freier Verfügung giebt, auch wenn er nicht von ihm abge-

sondert ist — man mag es dem castrense peculium vergleichen[13] —, und der oben citierte Magdeburger Schöffenspruch erwähnt acht reisige Pferde, welche der Vater seinen unabgesonderten Söhnen in ihre Gewere in des Vaters Behausung gegeben hat.

Vollends ist nun leicht begreiflich, dass zumal in bäuerlichen Zuständen der heiratende Sohn nicht ohne weiteres durch den Eheschluss aus der väterlichen Gewalt ausschied. Denn wenn er seine Frau auf den Hof des Vaters brachte und in der Wirthschaft alles beim Alten blieb, der Vater die Oberleitung derselben in der Hand behielt und keine Vermögensabsonderung vornahm, so war auch keine Veranlassung, in Bezug auf die väterliche Gewalt eine Aenderung eintreten zu lassen[14].

Anders verhält es sich bei Verheiratung der Tochter; sie scheidet regelmässig aus dem väterlichen Hause aus und tritt unter die Ehevogtei ihres Mannes; damit verträgt sich die Fortdauer der väterlichen Gewalt nicht. Allerdings kommt auch vor, dass der Mann zu ihr auf das elterliche Gut zieht und im Haushalt des Schwiegervaters lebt[15]. Nehmen wir für die alte Zeit auch an, dass dann beide Eheleute unter der Munt des Vaters der Frau standen, so war es doch keine väterliche Gewalt mehr, sondern Hausherrschaft gleich der über abhängige Leute, die mit der Zerbröckelung des alten Muntbegriffs verschwand und die Ehevogtei des Mannes in volle Wirksamkeit gelangen liess.

Diese zwei deutschrechtlichen Gründe der Aufhebung der väterlichen Gewalt, Absonderung des Sohnes und Heirat der Tochter, hat die spätere Doctrin als emancipatio Saxonica bezeichnet, nicht weil es sich dabei um particulär sächsisches Recht handelt, sondern weil man seit dem 16. Jahrhundert in Norddeutschland gewöhnt war, alles was sich von einheimischem Rechte gegenüber dem römischen erhalten hatte, als sächsisch zu bezeichnen.

---

[13] Und Fitting, Castrense peculium S 649, geht sogar soweit, diese Sachsenspiegelstelle geradezu als Reception des römischen Rechts zu erklären.

[14] Belege bei Stobbe, Handbuch IV 389 Anm 15. Die neuere, durch Code Napoléon Art. 476 vertretene Anschauung, dass Heirat auch bei Söhnen emancipiert, findet sich schon früh bisweilen, z. B. Coutumier de Grandson Art. 127: Le fils, pour âgé qu'il soit, étant indivis avec le père, et n'étant marié, ne peut obliger, vendre, aliéner ni rien transiger qui doive avoir lieu, s'il ne plaît au père.

[15] In dem Schöffenspruch bei Wasserschleben S 141 c. 8 ist ein solcher Fall erwähnt, wo die Tochter bei ihrer Heirat vom Vater damit berathen wurde, dass er ihr die Kost mit ihrem Mann und mit all ihrem Gesinde ein ganzes Jahr lang gab und sie bei sich zu Hause hielt ein Jahr oder länger.

§ 158. III. Vermögensverhältnisse.

Wir erörtern hier, im Kapitel von der väterlichen Gewalt, nur die Fragen, welche sich aus der Unterordnung der Kinder unter die Munt des Vaters ergeben, nicht diejenigen, welche in gemeinderschaftlichen Beziehungen ihren Grund haben. Unter Bezugnahme auf die schon Band I § 27 und 46 entwickelten Hauptgrundsätze bleibt uns das dort vorbehaltene Detail zu ergänzen.

Die väterliche Gewalt hat von den drei familienrechtlichen Erscheinungsformen der Munt (Ehevogtei, väterliche Gewalt und Vormundschaft) weitaus am entschiedensten das ganze Mittelalter hindurch, ja bis auf unsere Tage den ursprünglichen Charakter der Hausherrschaft bewahrt, auch in vermögensrechtlicher Beziehung. Allerdings das Hauskind ist vermögensfähig, aber doch vielleicht nicht in so unbeschränktem Maass als gewöhnlich angenommen wird. Was ihm durch Erbschaft zufällt, gehört ihm und nicht dem Vater. Aber wie verhält es sich mit dem Erwerbe eines Hauskindes durch Arbeit? Ich finde nirgends eine Auskunft darüber und erkläre mir das Schweigen der Quellen daraus, dass solcher Verdienst des Kindes wenig in Betracht kam. Denn der Sohn, von der Tochter gar nicht zu reden, war, so lang er sich vom Vater nicht durch Absonderung getrennt hatte, in dessen Wirthschaft thätig, nicht nur in bäuerlichen Verhältnissen, sondern auch in den bürgerlichen der Kaufherren und des Handwerkerstandes. Was er verdiente, fiel ohne weiteres und selbstverständlich in das Vermögen des Vaters; so möchte ich annehmen, obschon ich keinen Beleg dafür weiss, und also als geltenden Satz des Mittelalters aufstellen, dass überhaupt aller Arbeitsverdienst des Hauskindes, auch der ausserhalb der Wirthschaft oder des Geschäfts des Vaters, etwa von einem in fremdem Dienste stehenden, aber beim Vater lebenden Kinde erworbene, dem Vater gehörte. Darauf weist auch der, bei Hauskindern wie bei Ehefrauen und bei Mündeln gleichmässig auftretende Satz: Kindergut soll weder wachsen noch schwinden. Die Meinung ist doch: das Kindergut soll in dem Stande bleiben, wie es durch Erbe (und was ihm gleich steht) von aussen, ohne Zuthun der Betheiligten, gebildet ist; so wenig wie die Frau durch ihrer Hände Arbeit ihr Eingebrachtes äufnet, vielmehr die Errungenschaft vermehrt, die in dem entsprechenden System des ehelichen Güterrechtes[1] ausschliesslich dem Manne bleibt, so wenig soll das

[1] D. h. in demjenigen, welches auf dem Grundsatz beruht: Frauengut soll weder wachsen noch schwinden.

Hauskind sein besonderes Gut dadurch vergrössern, sondern es bringt seinen Erwerb in die gemeinsame Haushaltung als wohlgerechtfertigten Beitrag an die Kosten derselben.

Vermögen der Hauskinder kann also nur durch Erbschaft[2] entstanden sein, und die Erbschaft wird in der Regel herrühren von der Mutter und deren Verwandten, daher in ehelichen Gemeinderschaftsverhältnissen, wo das Eingebrachte der Frau sich mit dem Vermögen des Mannes auch rechtlich vermischte, bei Tod der Mutter sich für die Kinder kein Separatvermögen ergab, vielmehr die Verhältnisse eintraten, mit denen sich das folgende Kapitel zu beschäftigen hat. Wo aber, wie nach Sachsenspiegelrecht, die Kinder der vorabsterbenden Mutter in ihr eingebrachtes Liegenschaftsgut succedierten und dann etwa ihre mütterlichen Grosseltern beerbten, fiel dieses ihr Vermögen in die vormundschaftliche Gewere, also in die Nutzung des Vaters[3], mit der Pflicht, es bei Aufhebung der väterlichen Gewalt in gleichem Stande herauszugeben; Verminderung desselben musste also der Vater ersetzen, soweit er nicht nachweisen konnte, dass sie ohne sein Verschulden eingetreten sei. Dieser Satz, der sich in dem sprichwörtlichen „Kindergut soll weder wachsen noch schwinden" ausspricht, wird mit wünschenswerthester Genauigkeit festgestellt durch

> Ssp I 11: Halt ok de vader sine kindere in vormuntscap na ir muder dode, svenne se sik von ime scedet, he sal en weder laten unde wider geven al ir muder gut, it ne si ime von ungelücke unde ane sine scult geloset.

Die Verwaltung des Vaters entspricht genau der durch die Gewere erlangten Gewalt. Ueber die Fahrnis verfügt er frei, wie der Ehemann über das von seiner Frau eingebrachte Mobiliar, und zwar kraft eines in der Munt liegenden Rechts, nicht blos kraft einer durch die Gewere erlangten Möglichkeit der Veräusserung: d. h. es trifft ihn kein Vorwurf der Unredlichkeit wie den Pfandgläubiger, den Miether u. s. f., wenn er solche in seine Gewere gelangte Fahrnis veräussert. Aber er ist gleichermaassen für den Ersatz verantwortlich. Und was die Liegenschaften betrifft, so ist er für Veräusserung oder Belastung derselben so gut an den Consens des Hauskindes gebunden wie der Ehemann an den seiner Frau. Nur kann diesen Consens blos das volljährige Hauskind ertheilen, während seiner Minderjährigkeit bleibt

---

[2] Und wohl, wovon die Quellen nicht reden, durch Schenkungen mit dieser ausdrücklichen Bestimmung.

[3] Ssp Lehnr. 74 § 1: Hevet en man gut in geweren von vormuntscap sines kindes.

daher die Wirksamkeit der Verfügung über das Gut suspendiert, gerade wie die einer Disposition über ein eigenes Gut des Vaters, zu welcher das Hauskind den Erbenconsens zu geben hat[4].

Weil der Vater das Gut des Hauskindes in seiner Gewere hat und also (gemäss dem Begriff der Gewere) dasselbe upbort, den Zins und den Nutzen daraus für sich bezieht, kann das Hauskind nicht darüber verfügen, und sind alle Rechtsgeschäfte desselben für den Vater unverbindlich: was das Kind von seinem Vermögen hinter dem Rücken des Vaters veräussert, kann der Vater bei dem Erwerber vindicieren, Schulden, die das Kind contrahiert hat, braucht der Vater nicht zu bezahlen, gleichviel ob sich das Hauskind in Voll- oder in Minderjährigkeit befunden hat; denn hier handelt es sich um ein Princip des Mundialrechts, um die Wahrung der im Interesse des Hausvaters bestehenden Munt[5]. Weiter aber reicht die Wirkung der väterlichen Gewalt nicht; sie hindert das Hauskind nicht, sich persönlich zu binden und zu verpflichten, so viel es will und bei Dritten Credit findet; in dieser Beziehung setzt das Recht überhaupt dem Hauskinde (und dem Mündel) keine Schranke, es giebt ihm blos den Schutz der Revocation von Rechtsgeschäften als Ausfluss des Mangels seiner geistigen Reife und als Consequenz seiner Minderjährigkeit, und nur in Bezug auf die während der Minderjährigkeit eingegangenen Rechtsgeschäfte. Man beachte gleich hier, wie präcis das Rechtsbuch von Pavia die zwei Klagen aus einander hält, die behufs Wiedererlangung einer vom Hauskinde (bezw. Mündel) veräusserten Sache entweder vom Vater (Vormund) kraft seiner Gewalt oder vom Kinde nach erlangter Selbständigkeit angestellt werden:

Zu Roth. 170 giebt der lib. Pap. die Klagformel für den Fall, dass ein Hauskind in väterlicher Gewalt seine Liegenschaft veräussert hat und der Vater sie vindiciert. Auf die Antwort des beklagten Käufers: mea propria est terra, ecce cartam quam fecit mihi Marcoardus filius tuus, repliciert der Vater: non potuit tibi vendere, quia ipse erat in mea potestate.

Liutpr. 58 statuiert: wenn ein minderjähriges Kind sein Gut Jemandem verkauft oder verpfändet und nach erlangter Mehrjährigkeit den Verkauf rückgängig machen will, so muss der Käufer das Gut zurückgeben. Die Formel des lib. Pap. erläutert das so: auf die

---

[4] Belege bei Kraut, Vormundschaft II 8 Anm 4.

[5] Grimm, Weisth. III 156 § 89: Off eine persohn were, de sethe tho huss tho have mit vader und moder . . . de persone en moge dat guedt nicht vergeven buten consent der olderen.

Antwort des Käufers: mea propria est terra per cartam quam mihi fecisti, et ecce cartam, repliciert der Kläger: contra legem est ipsa carta, quia ego eram infra etatem, quando feci ipsam cartam.

Die Verschiedenheit der Motivierung des Klagbegehrens in beiden Fällen liegt in der Natur der Sache; im ersten Fall würde die Begründung: quia filius meus erat infra aetatem so wenig passen wie im zweiten die mit der väterlichen Gewalt: quia eram in potestate. Denn für das Revocationsrecht des Vaters und nur für dieses ist der einzige Grund die väterliche Gewalt, und für das Revocationsrecht des Hauskindes und nur für dieses ist einziger Grund seine Minderjährigkeit, wie ja auch dieses Recht des Haussohnes cessiert, wenn er zwar unter väterlicher Gewalt, aber im Volljährigkeitszustande verkauft hat.

Es bestätigen diese Formeln aufs neue, dass die Munt (über Hauskinder und über Mündel) kein im Interesse der Kinder aufgestelltes Schutzinstitut, sondern eine dem Interesse des Hausvaters dienende Herrschaft ist. Darum reicht die väterliche Gewalt, um bei dieser stehen zu bleiben, nicht weiter als das Interesse des Vaters es erfordert; die Interessen der Kinder schützt sie nicht. Für diese wird in folgender Weise gesorgt.

Keinem Zweifel unterliegt es, dass ein Hauskind durch Rechtsgeschäfte, die es während seiner Minderjährigkeit abschloss, nicht gebunden wurde. Unzählige Male wird uns das bezeugt für den Fall des Liegenschaftsverkaufes oder der Ertheilung des Erbenconsenses zu Liegenschaftsveräusserungen des Vaters: man vergleiche die von Kraut, Vormundschaft II 12 Anm 11 u. 12 mitgetheilten Urkunden, wo ein solcher Consens des filius in annis puerilibus constitutus als invalidus oder infirmus erklärt wird. Dasselbe muss auch von der Eingehung obligatorischer Verpflichtungen gelten. Fraglich ist nur, ob solche Rechtsgeschäfte nichtig oder blos revocabel waren. Eine ganz sichere Beantwortung lassen die Quellen nicht zu, doch scheint sich aus ihnen Folgendes abstrahieren zu lassen. Veräusserungen, die das minderjährige Hauskind mit oder ohne Willen des Vaters vorgenommen hatte, musste es binnen Jahresfrist nach erlangter Volljährigkeit widerrufen und rückgängig machen[6]. Geschah das nicht, so sollte

[6] So heisst es schon lex Burg. 87: Minorum aetati ita credidimus consulendum, ut ante XV aetatis annos eis nec libertare nec vendere liceat nec donare. Ut si circumventus per infantiam fecerit, nil valebit. Ita quod ante quintum decimum annum gestum fuerit, intra alium quintum decimum si voluerit revocandi habeat potestatem. Quod si intra expressum tempus non revocaverit, in sua firmitate permaneat. Die Meinung ist: das Kind soll es innerhalb des 15. Jahres (nicht innerhalb weiterer 15 Jahre) widerrufen können, wie es später im Augsburger Stadt-

das Rechtsgeschäft, wie die lex Burg. sagt, in sua firmitate permanere. Daraus ist zu entnehmen, wie schon oben Bd. I S 201 f. geschlossen worden, dass es sich nicht um Nullität des Rechtsgeschäfts handelte: der volljährig Gewordene mochte es revocieren, aber wenn er nicht innerhalb kurz bemessener Zeit zu dieser Hilfe griff, blieb es in Kraft. Galt nun aber dasselbe bezüglich der von minderjährigen Hauskindern eingegangenen Vertragsverpflichtungen? Als das natürlichere wird hier erscheinen, dass ein Widerruf nicht verlangt wurde, das Kind vielmehr abwarten konnte, bis es auf Erfüllung seiner Verbindlichkeit belangt wurde, um dann einredeweise seine Weigerung geltend zu machen. Zudem, wie wäre in einem Hauptfalle, dem eines vom Kinde empfangenen Darlehns, der Widerruf zu denken? Wenn die Quellen von diesem Falle sprechen, so drücken sie sich sehr allgemein aus: die Schuld müsse nicht bezahlt werden, es solle dem Kinde an seinem Gute unschädlich sein u. dgl.[7]. Man schliesst daraus gewöhnlich auf absolute Nichtigkeit der Verpflichtung und volle Handlungsunfähigkeit des Minderjährigen[8]. Es mag sein, dass diese Auffassung sich seit dem 12. oder 13. Jahrhundert, in Verbindung mit den in der Behandlung der Vormundschaft vor sich gehenden Veränderungen, geltend gemacht hat[9], doch kann sie kaum die des älteren Rechtes gewesen sein. Zahlte der mündig Gewordene ein während der Unmündigkeit empfangenes Darlehn zurück, so wurde die Sache schwerlich so angesehen, als sei nun durch nachträgliche Genehmigung ein ungiltiges Geschäft giltig geworden, sondern so, dass durch Fallenlassen des Widerspruchs die noch unter Vorbehalt gestellt gewesene Schuld davon gelöst worden sei. Ein bei Wasserschleben S 369 c. 16 mitgetheilter Schöffenspruch stellt den allgemein lautenden Satz auf: „Hat B. ge-

---

buch Zusatz zu Art. 72 (Meyer S 141) heisst: swan die choment ze drizehen jaren, daz sulen si rehtvertigen in dem vierzehendem jare. Grimm, Weisth. II 6 Z. 11 v. u.: also balle er zu sinen jaren komen ist, so mag er widder heischen sin gut, in des jares frist wan er zu sinen jaren ist kommen. Besonders deutlich das normännische Recht (bei Ludewig, Rel. manuscr. VII, Somma de legibus Normanniae I 32 § 2): Minorem aetatem habere dicuntur, qui nondum spacium XX annorum compleverunt. Unus enim ultra annus eis conceditur, quo clamorem de revocatione sesinae debent ponere. — Diese Stellen reden von Mündeln, aber es steht nichts entgegen, das von ihnen Gesagte auch auf Hauskinder anzuwenden.

[7] Freiburger Stiftungsbrief 47 (Gaupp, Stadtrechte II 26): si quis mutuum sibi (filio) dederit, de jure nunquam persolvet. Handveste von Freiburg i. U. 33 (Gaupp, das. 89): non persolvet illud. Landbuch von Glarus (bei Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratien I 507).

[8] Vgl. Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft II 2 S 44 f.

[9] Stobbe, Handbuch IV 359 Anm 5 ff.

tegedinget mit dem jungen der unmundig gewest ist, unde ist der junge mundig gewesen unde hat daz nicht wedersprochen alzo recht ist, kan denne B. beweisen, daz her den erbczins gekaufft habe, so ist her nehir bey der beweisunge czu bleiben." Darnach wäre sogar nicht unmöglich, dass in dem (für die ältere Zeit übrigens seltenen) Fall eines Darlehens an ein Kind das letztere binnen Jahresfrist nach erlangter Mündigkeit die Schuld widersprechen musste, wenn sie nicht in Kraft bleiben sollte. Das würde sich dann auch mit der Revocation von Veräusserungen unter ein einheitliches Princip fügen. Jedenfalls aber kann der in Bd. I S 201 aufgestellte Satz als feststehend angesehen werden, dass es keine absolute Handlungsunfähigkeit des Kindes gab. Dazu stimmt, dass man Minderjährige nicht ganz selten selber schon Auflassungen u. dgl. vornehmen lässt, was man doch kaum gethan hätte, wenn sie vollkommen handlungsunfähig gewesen wären; man nehme zu dem Bd. I S 202 Anm 3 citierten Beispiel noch Trad. Richersp. 42 (UB. des Landes ob der Enns I 298): Conjuges obtulerunt filium suum parvulum circiter sex annorum etatem habentem, simul offerentes predium, quod puero pridem fuerat delegatum; insuper et ipse filius predium eidem altari tradens bona voluntate quod potuit perfecit. Ferner Cod. dipl. Anhalt. II Nr 83: Der Verkäufer recognovit, quod venditioni sui heredis accessit beneplacitum et voluntas. Qui quoniam infra annos erat et ob hoc assensus ipsius minus sufficiens videbatur, miles (Verkäufer) de ratihabitione sui heredis in posterum prestitit cautionem. So würde doch bei einer von vornherein vorhandenen Ungiltigkeit weder gehandelt noch gesprochen.

Das hier Gesagte gilt allgemein für Hauskinder und Mündel. Es könnte sich aber fragen, ob das Hauskind auch schon binnen Jahresfrist nach erlangter Volljährigkeit den Widerspruch geltend machen musste, oder ob es damit warten durfte bis zur Aufhebung der väterlichen Gewalt. Für letzteres könnte man anführen den Freiburger Stadtrodel § 32: puer sub patris constitutus imperio, quamdiu sui juris non est, nihil de rebus suis potest expendere, und Berner Handveste 49: quamdiu filius est sub patris potestate, quicquid promiserit aut expenderit . . . . nec pater nec filius tenentur hoc solvere. Aber damit ist nur gesagt, was wir schon oben gesehen haben, dass während der Dauer der väterlichen Gewalt die Verpflichtung nicht musste erfüllt werden, weil der Vater nichts zu bezahlen brauchte und der Sohn nichts in Händen hatte; jedoch seine Verpflichtung konnte immerhin durch die Volljährigkeit unwiderruflich geworden sein, und dass dies in der That so war, schliesse ich aus

Folgendem: wenn der Vater eine Liegenschaft veräussert hatte, mussten die Hauskinder ihren Erbenconsens immer mit erreichtem zwölften Jahre, nicht erst mit Austritt aus der väterlichen Gewalt abgeben; daher heisst es auch durchweg, der Consens der Hauskinder sei nicht erhältlich gewesen, quia in annis adhuc puerilibus constituti erant (nicht: quia sub patris potestate erant), und es wird versprochen und verbürgt, dass sie resignieren werden infra annum postquam pervenerint ad etatem legitimam[10]. Versäumten sie in diesem Jahre die Anfechtung, so waren sie mithin präcludiert. Wir finden auch, dass Hauskinder mit erreichter Volljährigkeit ihren vollgiltigen Consens geben, obschon sie noch in väterlicher Gewalt stehen[11]. Daraus darf wohl geschlossen werden, dass sie in ebenso vollwirksamer Weise eigene Liegenschaften, wenn sie der Vater herausgab, veräussern oder sich verpflichten konnten, ohne nach Aufhebung der väterlichen Gewalt ein Revocationsrecht zu haben[12].

So ergiebt sich für alle Rechtsgeschäfte des Hauskindes ein einfaches System: das Kind mag nach Belieben handeln, Verträge abschliessen, Verpflichtungen eingehen: der Vater, der sein Vermögen in seiner Gewalt hat, braucht nichts aus demselben herauszugeben, um diese Verpflichtungen zu erfüllen, wegen seiner Munt und des daraus fliessenden Nutzungsrechtes, und wenn das Kind hinter seinem Rücken von solchem Gute etwas in die Hände bekommt und veräussert, so fordert es der Vater zurück, auch wieder kraft seiner Munt. Das Kind aber mag, nachdem es volljährig geworden, widerrufen, was ihm nachtheilig ist, und was es nicht widerruft oder was es nunmehr neu vornimmt, dafür muss es aufkommen, sobald ihm durch Aufhebung der väterlichen Gewalt sein Vermögen frei wird und die Mittel zur Befriedigung flüssig werden.

---

[10] UB. Augsburg I Nr 271: Verbürgung für Consens des Sohnes, biz daz er ze sinen tagen chumpt und daz hus uf git. Hoyer UB. I Nr 5: filius quam cito venerit ad annum legitimum, quo consentire possit, consentiet. UB. der Stadt Halberstadt I Nr 56: quod dicti heredes venditionem, cum ad annos discretionis pervenerint, ratam habeant; das. Nr 71. Kraut, Vormundschaft II 13 Anm 12.

[11] Reg. Westf. (Erhard) II Nr 249: Otto sex mansos consensu uxoris sue et filii sui qui duodecim annos impleverat, legitima largitione tradidit.

[12] Darum kann jedenfalls der von Stobbe IV 363 aufgestellte Satz: „dass nach älterem deutschen Rechte die Hauskinder ohne Rücksicht auf ihr Alter nicht handlungsfähig waren", nicht richtig sein. Wäre das der Fall gewesen, so hätte das Hauskind nach erreichter Volljährigkeit den Erbenconsens nicht geben können. Stellen wie Stadtr. von München Art. 222 und andere Citate bei Stobbe IV 359 sagen nur, dass Veräusserungen und Verpflichtungen des Hauskindes während der Dauer der väterlichen Gewalt nicht klagbar seien.

Eine Vertretung des Kindes (im Sinne von Handeln des Vaters Namens und auf Rechnung des Kindes) giebt es ebenfalls nicht, daher auch alle Rechtsgeschäfte, zu denen es irgend einer Mitwirkung des Hauskindes bedarf, bis zur Volljährigkeit desselben entweder in suspenso bleiben oder wenigstens (wie bei Erbeneinspruchsrecht des Kindes) der vollen Sicherheit noch entbehren müssen.

Dieses Recht der väterlichen Gewalt enthält durchweg im wesentlichen die Grundsätze des älteren Vormundschaftsrechts, wie wir sie nachher betrachten werden; des älteren Vormundschaftsrechtes, welches noch auf der Idee der reinen Herrschaft des Vormunds beruht. Die väterliche Gewalt ist nur ein einzelner Anwendungsfall. Wir werden finden, dass seit dem 13. Jahrhundert das Vormundschaftsrecht seinen Charakter von Grund aus ändert, aus einem Gewaltverhältnisse zu einer Fürsorge und Pflege des Mündels wird. Die väterliche Gewalt nimmt an dieser Aenderung nur sehr beschränkten Antheil, weil sie eben doch wesentlich Herrschaft bleibt. Wie bei der Vormundschaft das neue Motiv der Fürsorge dazu geführt hat, den Vormund als den gesetzlichen Vertreter des Mündels zu behandeln und ihn Namens des Mündels rechtsverbindliche Geschäfte abschliessen zu lassen, und wie in Verbindung damit der Grundsatz der Handlungsunfähigkeit des Mündels aufgekommen ist, so ist das auch im Verhältnis zwischen Vater und Hauskind durchgeführt, selbst bis zu dem Grade, dass der Vater nun bei Veräusserung von Liegenschaften, die ihm gehören, also in eigener Sache, Namens seiner minderjährigen Kinder den Erbenconsens giebt[13]. Das Nähere wird besser bei der Lehre von der Vormundschaft erörtert. Dagegen behält, abweichend von der Vormundschaft, die väterliche Gewalt ihren alten Muntcharakter darin bei, dass sie stets die Berechtigung des Vaters zur Nutzung des Kinderguts in vollem Umfange, ebenso aber auch in zahlreichen Rechten die Haftpflicht des Vaters für Delicte des Kindes in strengem Maass aufrecht erhält: eine Folge davon, dass die Angehörigkeit des Kindes in das Haus und unter die Hausherrschaft des Vaters etwas Unvertilgbares ist, während das bei dem Mündel mit veränderten Verhältnissen ganz zurücktrat. So haftet der väterlichen

[13] v. Wyss, Geschichte der Abtei Zürich, Urk. Nr 141: Nos Lutoldus et Uolricus de Regensberg curtim nostram nomine nostro et filiorum quos ego Lutoldus habeo, qui nondum legitimam habentes etatem in nostra potestate consistunt et tutela, vendimus. Später erhalten die Kinder in solchen Fällen einen Specialvogt ad hoc; s. z. B. die Züricher Urk. bei Bluntschli, RG von Zürich I 175 (Kraut, Vormundschaft II 617 Anm 33).

Gewalt bis auf den heutigen Tag noch das Wesen der alten Munt an, das die Vormundschaft nahezu gänzlich verloren hat.

Nach dem allem ist für Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind ein sehr kleiner Spielraum gelassen, denn das Kind hat kein disponibles Vermögen. Mehr den Charakter einer Ausnahme scheinen die in Ssp I 10 erwähnten Geschenke des Vaters an das Kind (oben S 440 f.) zu haben.

So viel von den Rechtsgeschäften. Was die Delicte betrifft, so entspricht es den im ersten Bande entwickelten Grundsätzen über die Munt, dass der Vater ursprünglich für Delicte des Hauskindes in vollem Maass mit seinem eigenen Vermögen verantwortlich war. Dieser alte Rechtssatz, in Stadtrechten des Mittelalters vielfach schon abgeschwächt und modificiert, hat in Weisthümern oft doch eine lange Dauer und einen sehr charakteristischen Ausdruck bewahrt. Wenn ein Kind, sagt der Jahrspruch im Hattgau (Grimm, Weisth. V 503 § 11), das noch unverändert beim Vater ist, einen Todtschlag thun hilft und dann wieder heimgeht, ehe es landflüchtig wird, so haben die Eltern all ihr fahrendes Gut verloren, als ob sie selbst die That begangen hätten; wird aber das Kind sofort nach der That landflüchtig, so sollen die Eltern nicht schuldig sein. Und das Weisthum von Liebenau in Baiern (Grimm VI 149 § 2) sagt: Wenn ein Sohn ein Verbrechen begangen hat, und man sagt es dem Vater an, und dieser behält den Sohn länger bei sich, als dass er ihm eine Suppe gäbe, so muss er selber haften[14]. Es ist kaum zu bezweifeln, dass sich in solchen Sätzen noch uraltes Recht ausspricht.

Zweites Kapitel.

Gemeinderschaftsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

§ 159. I. Beisitz der Witwe mit den Kindern.

Indem wir das Gebiet der väterlichen Gewalt, also des Mundialrechts, verlassen und uns den Vermögensverhältnissen zuwenden, wie sie in Folge von Gemeinderschaftsbildungen zwischen Eltern und

[14] Sonstige Aussprüche über Haftbarkeit des Vaters: Grimm, Weisth. II 829 Z. 6 v. o., IV 463 § 14, IV 472 § 9.

Kindern eintreten, muss zuerst die Grenze gezogen werden, innerhalb welcher diese Rechtsgebilde hier zur Erörterung gelangen können. Ausserhalb dieser Grenze fallen die Gemeinderschaften, wie sie zwischen Eltern und Kindern schon in Folge der dem Vermögen innewohnenden Zweckbestimmung als eines Familiengutes auch bei Lebzeiten beider Eltern bestehen; hievon war in § 51 die Rede. Hier bleiben uns die Anwendungsfälle, wo nach Auflösung der Ehe in Bezug auf das in der Ehe geeint gewesene Vermögen der Eheleute ein Gemeinderschaftsverhältnis zwischen dem überlebenden Elterntheil und den Kindern fortgesetzt wird. Diese Gemeinderschaftsbildungen hängen historisch so sehr mit der Ausbildung der ehelichen Güterrechte zusammen, dass sie vielfach als Theil des ehelichen Güterrechtes dargestellt werden. In systematischer Darstellung hat aber ihre Trennung von demselben keine Schwierigkeit und auch grundsätzlich sind sie nicht als Bestandtheil desselben zu betrachten, weil sie während der Ehe sich noch gar nicht wirksam zu äussern brauchen[1], so dass ich vorziehe, sie hier zu besprechen. Nur ist dann hier um so nachdrücklicher in Erinnerung zu behalten, dass sie mit der väterlichen Gewalt und dem Mundialrechte nichts zu schaffen haben, sondern familienrechtliche Bildungen auf dem Boden der Gemeinderschaft sind.

Nicht allen deutschen Rechten gehören solche Gemeinderschaftsbildungen zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern an. Doch sind sie weder die nothwendige Consequenz der gesammten Hand unter Eheleuten noch ausschliesslich in Gesammthandsrechten entstanden. Sie können im System der Gesammthand unter Eheleuten vollständig fehlen, und sie können andrerseits bei Güterverbindung vorkommen, freilich dann in wesentlich andrer Ausgestaltung des zu Grunde liegenden Gemeinschaftsprincips, als wo sie sich als die Fortsetzung der Gesammthand darstellen. Am meisten ablehnend gegen dergleichen Gemeinschaftsgebilde haben sich die in § 147 f. besprochenen Rechtsgruppen verhalten, das ostfälische Recht und das Recht der schweizerischen Urcantone. Zwischen dem überlebenden Vater und den Kindern tritt da gar kein Gemeinderschaftselement in Wirksamkeit, bei Vorabsterben der Mutter erfolgt die Theilung des während der Ehe ungezweiten Gutes zwischen Vater und Kindern in gleicher Weise wie bei unbeerbter Ehe zwischen dem Witwer und den Verwandten der Frau. Nur behält der Vater nunmehr kraft seiner

[1] Man denke an das Recht von Köln, wo die Kinder während bestehender Ehe noch gar kein Recht an dem Vermögen der Eltern haben.

väterlichen Gewalt das mütterliche Gut der Kinder, so lang sie nicht von ihm abgesondert sind, in seiner Verwaltung und Nutzung[2]. Gleichermaassen kann auch bei Vorabsterben des Vaters zwischen der Witwe und den Kindern abgetheilt werden, aber in sehr vielen Fällen, zumal bei Minderjährigkeit der Kinder, würden grosse Inconvenienzen dadurch herbeigeführt: weniger für die Witwe, zumal wenn durch eine anständige Leibzucht für ihren Witwensitz gesorgt ist, als für die Kinder, weil eine Vermögensabtheilung fast unausweichlich eine vollständige Zerreissung des Hauswesens und Trennung von Mutter und Kindern zur Folge hätte; der Vormund der Kinder würde nun, um ihr Vermögen in seine Nutzung zu bekommen, zu ihnen auf den väterlichen Hof ziehen, von dem die Mutter weichen müsste, oder er würde sie von dem mütterlichen Hofe zu sich auf den seinigen nehmen, wie dies der alte strenge Charakter der Munt mit sich bringt. Statt dessen zieht man gern ein Verhältnis vor, das die Mutter mit den Kindern in gemeinsamem Haushalt und gemeinsamer Wirthschaft beisammen lässt, und das unter dem Namen „Beisitz der Witwe mit den Kindern" bekannt ist. Hier sei vorab bemerkt, dass dieser Beisitz laut der Darstellung von Ssp I 20 § 3, allerdings einem späteren Zusatze, nicht auf das Zusammensein mit den Kindern beschränkt ist, sondern auch zwischen Witwe und Seitenverwandten des verstorbenen Mannes stattfinden kann. Dieser Fall mag hier bei Seite gelassen werden, wir handeln blos von dem in Ssp III 76 § 1 ausschliesslich erwähnten Beisitz der Witwe mit den Kindern. Zu einem Gemeinderschaftsgebilde ist es hier genau nur so weit gekommen, als der Keim zu einem solchen in dem Geraderecht der Ehefrau enthalten war.

Vor allem ist bei diesem Beisitz jeder Gedanke an ein Recht der Witwe zu Führung der Vormundschaft über die Kinder ausgeschlossen[3]. Das Vormundschaftsrecht des Ssp ist, wie wir sehen werden, so vollständig und rein das alte Mundialrecht, dass für eine Vormundschaft

---

[2] S. den vorigen Paragraphen. Ssp I 11. Im friesischen Recht ebenso: Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft II 1 S 179.

[3] Der öfter für eine solche Vormundschaft der Witwe angerufene Ssp I 11 spricht evident gar nicht von solcher, sondern nur von der Pflicht der Abtheilung mit den Kindern: dit selve (nämlich Herausgeben des väterlichen Gutes an die Kinder) sal dat wif des vader kinderen dun, of ir vader stirft. Richtig schon Kraut, Vormundschaft II 673. Falsch Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft II 1 S 182, der diese Stelle auf die Verwaltung des Guts bezieht. Aber für Verwaltung der Mutter ist gar kein Anlass, da sie ja sofort theilt, nachdem der Vater gestorben ist. Diese Stelle redet überhaupt gar nicht von Beisitz, sondern von sofortiger Theilung.

der Mutter nicht der geringste Anhaltspunkt bleibt. Aber auch eine förmliche Vormundschaft des nächsten Schwertmags über die noch minderjährigen Kinder ist in solchem Falle des Beisitzes wohl durch das Wesen der Vormundschaft jener Zeit ausgeschlossen. Denn Vormundschaft und Hausherrschaft sind damals noch identisch, und die Hausherrschaft des Schwertmags der Kinder war ja eben mit dem Beisitz der Witwe unverträglich. So blieben in solchem Falle die Kinder unbevormundet, und sie brauchten auch keinen Vormund, weil sie gegen alle während der Minderjährigkeit von ihnen selbst oder von der Mutter über ihr Vermögen getroffenen Verfügungen das Revocationsrecht hatten. Man darf nur nicht aus dem Auge lassen, dass in dieser Zeit die Vormundschaft nicht Fürsorge für den Mündel, sondern Hausgewalt ist. Der nächste Schwertmag der Kinder übte die Vormundschaft als ein Recht, in eigenem Interesse, er nahm die Waisen zu sich und wurde dadurch ihr Vormund, weil er als nächster Erbe ein Interesse daran hatte, schlechten Haushalt und Gefährdung seines Erbanwartschaftsrechtes zu verhindern. War noch die Mutter am Leben, so war sie die nächste Erbin, und blieb sie im Beisitz mit den Kindern, so war kein Anlass zu einer Hausherrschaft des Schwertmags und somit zu einer Vormundschaft. Die Mutter stand an der Spitze des Hauswesens, hatte die Verwaltung des Vermögens, handelte bei gerichtlichen Akten mit der Hand ihres Gerichtsvormundes; minderjährige Kinder wirkten nicht mit, weil ihre Minderjährigkeit es nicht zuliess, und volljährig geworden konnten sie solche Verfügungen, soweit sie ihr Vermögen betrafen, zumal Liegenschaftsveräusserungen revocieren. Man mag immerhin annehmen, dass die nächsten Schwertmagen der Kinder mit Argusaugen diese Verwaltung der Mutter beobachteten und bei schlechtem Haushalt das Gericht anrufen konnten, aber Vormünder waren sie nicht und hatten keinen Anspruch auf Verwaltung und Nutzung des Kinderguts, so lange der Beisitz der Mutter in Kraft bestand[4]. Erst später, als das Wesen der Vormund-

[4] Allerdings sagt Ssp I 23 § 2: he (der nächste Schwertmag des verstorbenen Ehemanns) is ok der wedewen vormünde bit dat se man nimt. Daraus möchte man schliessen, dass er sowohl Vormund der Kinder als der Witwe war. Ich mache dagegen nur darauf aufmerksam, dass diesem Vormund ein wesentliches Recht der Vormundschaft gefehlt hätte, nämlich der Bezug der Nutzung des Kinderguts, denn er hatte die Gewere desselben nicht und die Kinder sassen mit der Mutter auf gemeinsamen Gedeih, und ebenso fehlte eine wesentliche Pflicht des Vormunds, die Haftung für ungeschmälerte Ablieferung des Gutes, denn die Kinder sassen mit der Mutter auf gemeinsamen Verderb. Vormund der Witwe ist er immerhin in dem Sinne, in welchem damals eine Geschlechtsvormundschaft bestand,

schaft sich in eine Fürsorge für die Mündelinteressen umgewandelt hatte, erhielten die minderjährigen Kinder schon während des Beisitzes der Mutter einen Vormund, der nun in ihrem, der Kinder, nicht in seinem Interesse die mütterliche Verwaltung zu controlieren und die Kinder zu vertreten hatte. Das sagt schon die Glosse zu Ssp I 11 und eine Reihe von Quellen jener Zeit[5], aber der Rückschluss aus diesen späteren Rechten auf den Ssp ist unstatthaft, weil er die fundamentale Umwälzung des Vormundschaftsbegriffs ignoriert, die sich in der Zwischenzeit vollzogen hat.

So lange also die Kinder minderjährig waren, hatte die Mutter die Verwaltung[6] des gesammten ungezweiten Gutes, und wenn sie wieder heiratete, und der Stiefvater auf dieses Gut aufzog, wie es Ssp III 76 § 2 im Auge hat, so übernahm er auch die Verwaltung: der erste Anfang der später sog. Interimswirthschaft. Waren oder wurden aber die Kinder mehrjährig, so trat wohl ein verschiedenes Verhältnis ein, je nachdem das Gut, auf welchem der Beisitz stattfand, Eigen der Mutter oder Eigen des Vaters, also jetzt der Kinder war. Im ersteren Falle blieb die Witwe an der Spitze des Hauswesens und in Verwaltung und Gewere des Gutes, im letzteren übernahm der volljährige Sohn die Führung der Wirthschaft mit Verwaltung und Gewere: dort war der Sohn Gast in der Mutter Geweren, hier die Mutter Gast in des Sohnes Geweren.

Daraus ergiebt sich nun für das rechtliche Verhältnis, für das Eigenthumsrecht am ungezweiten Gute, dass der Beisitz in allen Fällen die Fortsetzung der ehelichen Ungezweitheit ist und in den Eigenthumsverhältnissen keine Aenderung herbeiführt. Die Kinder sind und bleiben Eigenthümer der vom Vater herrührenden und der errungenen Liegenschaften, wenn auch die Mutter die Verwaltung hat, und die Witwe bleibt Eigenthümerin der von ihr herrührenden Güter. In dieser Hinsicht besteht jetzt so wenig wie während der Ehe eine Gemeinderschaft. Aber wie wir schon in der Ehe eine Fahrnisgemeinschaft in dem Sinne gefunden haben, dass die an die Witwe

---

d. h. er musste vor Gericht für sie handeln. Und als Vormund der Kinder hätte er nicht einmal diese Function erfüllen können, weil die Kinder nach erreichter Volljährigkeit seine gerichtlichen Handlungen (Auflassungen u. dgl.) über ihr Vermögen revocieren durften. So wird es doch nur auf eine solche allgemeine Ueberwachung der Verwaltung, wie im Text angegeben, herauskommen; aber eine eigentliche Vormundschaft ist das nicht.

[5] Vgl. das jütische Low: Falck, Schleswig-Holsteinisches Privatrecht V 22 f.

[6] Und die Gewere an ihrem eigenen Hof, jedoch wohl nicht an dem des Mannes, weil ihr ein dingliches Recht daran abging.

fallende Gerade vom Gedeihen der Wirthschaft Vortheil zieht und von dem Rückgange derselben betroffen wird, also schon Mann und Frau auf Gedeih und Verderb in dem Fahrnisgute sitzen, so setzt sich auch zwischen Witwe und Kindern bis zur Aufhebung des Beisitzes diese Gemeinderschaft in der Fahrnis fort, d. h. es wird bei Tod des Vaters nicht inventiert und der Bestand der Gerade, der Morgengabe und des Mustheils nach der dannzumal vorhandenen Fahrnis ausgemittelt, so dass die Witwe, auch wenn sie mit den Kindern in Beisitz bleibt, bei dessen Auflösung genau diesen jetzt ausgemittelten Bestand, bezw. dessen Werth anzusprechen hätte; vielmehr bezieht die Witwe dann, wenn es zur Aufhebung des Beisitzes kommt, von der in diesem Augenblicke vorhandenen Fahrnis alles, was nach Gerade-, Morgengabe- und Mustheilrecht zu diesen drei Fahrniscomplexen gehört, alles was von Schafen und Gänsen, von Hausrath, von feldgängigem Vieh, von Speisevorräthen jetzt vorhanden ist. Das kann sehr viel mehr, es kann auch sehr viel weniger sein als im Augenblicke des Todes des Vaters, je nachdem die Wirthschaft seither gediehen oder zurückgegangen ist. Darum kann man sagen, die Witwe habe auf Gedeih und Verderb mit den Kindern in dem Fahrnisgute gesessen, es habe in dieser Hinsicht Gemeinderschaft bestanden[7].

Schwierigkeiten, und nicht unerhebliche, entstanden hiebei nur dann, wenn ein Sohn sich vor oder während des Beisitzes verheiratet hatte und nun der Anspruch seiner Ehefrau auf Gerade und Morgengabe mit dem der Mutter in Conflict kam. Man denke sich, dass die Sohnsfrau eine stattliche Aussteuer mitgebracht hatte, dass sie dann am Morgen nach der Hochzeit mit einer Morgengabe war beschenkt worden; sollte sie das alles verlieren, weil die Mutter, mit der sie zusammen lebten, bei Auflösung des Beisitzes das alles zu ihrer Gerade u. s. w. zog? Der Ssp I 20 § 4 und 5 bespricht diesen Conflict in Bezug auf den Hauptfall, dass der Sohn stirbt und nun Mutter und Sohnsfrau auf die gleichen Gegenstände Anspruch erheben, beide sie als zu ihrer Gerade gehörig betrachten. Sein Entscheid geht da-

[7] Die Hauptstellen, die dieses Princip enthalten, sind Ssp I 20 § 3, III 76 § 1. Die letztere sagt: wenn sich die Witwe von den Kindern scheide, nachdem sie lang oder kurz in Beisitz mit ihnen gewesen, so nehme sie Morgengabe, Gerade und Mustheil „an alle deme gude dat dar denne is, als sie nemen solde to der tiet do ire man starf". Das heisst: sie nimmt diese Complexe in dem jetzt vorhandenen Bestande, aber nach dem gleichen Princip, wie wenn sie solche schon bei Auflösung der Ehe genommen hätte, also nach den für letzteren Fall aufgestellten Rubriken von Sachen.

hin: war die Mutter Gast in des Sohnes Geweren[8], so nimmt des Sohnes Witwe mit mehr Recht ihres Mannes Morgengabe[9], ihre Gerade und den Mustheil als die Mutter, wenn sie ihres Mannes und ihrer selbst unbescholtene Gewere daran beweisen kann. Stirbt aber der Sohn als Gast in der Mutter Geweren, so ist die Mutter näher zu „behalten", als die Schwiegertochter. Ueber den Sinn dieser Entscheidung ist schon viel gestritten[10]. Das aber ist klar: im ersten Falle hat die Sohnsfrau, im zweiten die Mutter den Beweisvorzug; fraglich ist nur das Beweisthema. Als solches giebt der Ssp an „die unbescholtene Gewere", das will sagen den rechtmässigen Besitz. Und da verstehe ich die Sache so: als möglich, ja als Regel ist vorausgesetzt, dass bei Verheiratung des Sohnes die auf dessen Gut sitzende Mutter ihre Gerade und Morgengabe absondert und unter besondern Verschluss, also besondre Gewere (§ 113) nimmt, eben um spätere Collisionen zu verhindern; an allen diesen Sachen, sowie an dem, was hievon widerrechtlich weggenommen wird oder sich momentan ausserhalb des Verschlusses befindet, aber eigentlich unter diese separierten Gegenstände gehört, kann die Sohnsfrau nicht eine unbescholtene Gewere behaupten. Hat aber die Mutter diese Vorsicht versäumt, hat sie alle ihre Habe in die Haushaltung des Sohnes und dessen Hausgebrauch übergehen lassen, so kann die Sohnsfrau, welche diese Sachen in der Gewere ihres Mannes vorgefunden hat, in guten Treuen ihre unbescholtene Gewere daran beschwören, und die Mutter geht ihrer Habe verlustig kraft des Grundsatzes „Hand muss Hand wahren": sie hat die Sachen dem Sohne anvertraut, und durch den Eheschluss ist dessen Frau das Recht darauf gesichert. Umgekehrt bei Wohnen des Sohnes auf dem Gute der Mutter muss die Sohnsfrau ihre Gerade und Morgengabe in beschlossener Gewere halten, sonst ist solche ein Bestandtheil des alten ungezweiten Gutes geworden, wovon die Mutter allein die Gerade u. s. w. bezieht[11].

---

[8] Was das bedeutet, ist eben erklärt, S 454.

[9] Man braucht hiebei nicht nothwendig mit Laband, Vermögensrechtliche Klagen S 393 Anm 27 blos an die spätere landrechtliche Morgengabe, die als gesetzliches Erbrecht auf die Morgengabsgegenstände auftritt, zu denken; v. Martitz, Eheliches Güterrecht des Ssp S 173 Anm 18 hat ganz Recht, dass in dieser Stelle, obschon sie ein späterer Zusatz ist, doch das alte Morgengabsrecht kann angenommen werden. Man denke sich z. B., dass der Mann seiner Frau alles feldgängige Vieh zu Morgengabe bestellt hat, und die Mutter nachher dasselbe anspricht.

[10] Kraut, Vormundschaft II 543 Anm 30. Laband, Vermögensr. Klagen S 392 f. Heusler, Gewere S 281 f.

[11] Ein analoger Fall im system. Schöffenrecht IV 2, 15: eine Tochter erbt von der Mutter Gerade, bleibt im Haushalt des Vaters und lässt ihm die Gerade

II. Rechtsverhältnisse gemeinderschaftlichen Ursprungs zwischen dem überlebenden Elterntheil und den Kindern.

§ 160. A. Das Verfangenschaftsrecht.

Wir haben gesehen, dass das ostfälische Recht den Gedanken der Gemeinderschaft zwischen dem überlebenden Elterntheil und den Kindern nur einseitig, d. h. bei Ueberleben der Mutter, verwirklicht hat, und auch dann nur in der Begrenzung auf die Fahrnis, in Fortsetzung des schon während der Ehe bestehenden Verhältnisses. Dass auch der Vater mit den Kindern in ein gleiches Verhältnis getreten wäre, also beispielsweise der Tochter die Gerade nicht sofort ausgewiesen, sondern damit gewartet hätte etwa bis zur Verheiratung der Tochter, und ihr dann als Gerade alles jetzt vorhandene, unter den Geradebegriff Fallende überlassen hätte, wäre nicht undenkbar, könnte sogar in der auf S 456 Anm 11 citierten Stelle des Syst. Schöffenr. IV 2, 15 liegen, scheint aber doch im ganzen nicht üblich gewesen zu sein. So ist es im ostfälischen Recht bei einseitiger und dürftiger Entwicklung in dieser Hinsicht geblieben, entsprechend der im ehelichen Güterrechte eingeschlagenen Richtung.

Anderwärts finden wir nun aber gleichmässig für den Fall, dass der Vater, wie für den, dass die Mutter der überlebende Theil ist, ein Verhältnis gemeinderschaftlichen Ursprungs zwischen dem Elterntheil und den Kindern durchgeführt. Am stärksten ist ein solches ausgebildet in denjenigen Rechten, welche auch in den Beziehungen zwischen den Ehegatten die Gemeinschaftsidee am entschiedensten zur Geltung gebracht haben: im westfälischen und im fränkischen Rechte ist ein enger Zusammenhang zwischen der Gestaltung des ehelichen Güterrechts und der vermögensrechtlichen Beziehungen von überlebendem Elterntheil und Kindern klar ersichtlich. Aber man darf nicht das eine von dem andern ableiten wollen, entweder so, dass man das Gemeinschaftsverhältnis zwischen parens superstes und Kindern als Folge der ehelichen Gesammthand betrachtet, oder so, dass man die letztere als das historische Ergebnis der starken Anwartschaftsrechte der Kinder auffasst. Es giebt hier keine Priorität für das eine oder für das andere; beides ist gleichzeitig aus gemeinsamer Wurzel gewachsen, dem Gedanken der Hausgemeinderschaft. Es ist nicht zufällig, dass die Gemeinder- und Ganerbschaften ihren Sitz in Franken

---

in seiner Haushaltung. Der Vater heiratet wieder und die Tochter sorgt nicht für Separation ihrer Gerade. Bei Tod des Vaters fällt dieselbe der Stiefmutter zu.

und Süddeutschland haben, wo zugleich auch das eheliche Güterrecht am meisten von Gemeinschaftstendenzen beherrscht ist, dass sie dagegen in Ostfalen, wo die innerliche Getrenntheit der ehelichen Güter vorherrschendes Princip geworden ist, nicht entwickelt sind. Das weist auf einen bestimmten Zusammenhang.

Die Gemeinderschaften, ursprünglich entstanden in Bezug auf das dem einzelnen Hause zugewiesene Landloos, existierten zwischen Vater und Söhnen schon zu einer Zeit, da die Ehefrau noch kein Eigen in die Ehe brachte und somit auch von Gesammthand der Eheleute keine Rede sein konnte. Sobald auch seitens der Ehefrau Liegenschaften in die Ehe kamen, musste sich eine Form bilden, wonach diese Liegenschaften in einer die Interessen aller Betheiligten befriedigenden Weise an dem Hausvermögen Theil nehmen konnten, und die Form fand sich in Gleichstellung dieser Liegenschaften mit denen des Ehemannes bezüglich der Anwartschaft der Kinder aus dieser Ehe einerseits und in Mitaufnahme der Frau in das Verfügungsrecht über sämmtliche liegende Güter dieses Hausvermögens andrerseits. Solche Verschmelzung der beiderseits eingebrachten Güter zu einem dieser Ehe gewidmeten Hausvermögen führte zu durchgreifender Scheidung der Vermögen, welche verschiedenen Ehen zur ökonomischen Grundlage dienten. Freilich in mannigfachen Rechtsbildungen. Wir betrachten die Hauptformen und beginnen mit der specifisch fränkischen Verfangenschaft.

Der Ausdruck Verfangenschaft, verfangenes Gut, wird in der deutschen Rechtssprache vielfältig gebraucht, um im allgemeinen zu bezeichnen, dass der dermalige Inhaber eines Gutes nicht frei darüber verfügen kann. Leibzuchtsgut heisst in diesem Sinne verfangenes Gut des Eigenthümers, Erbgut, das nur mit Erbenconsens veräusserlich ist, heisst verfangenes Gut der Erben u. dgl.[1]. Die specifisch technische Bedeutung des fränkischen Verfangenschaftsrechtes liegt aber darin, dass der überlebende Elterntheil alle Fahrnis sammt den Schulden ausschliesslich auf seine Rechnung übernimmt, dagegen sämmtliche, von beiden Ehegatten in die Ehe gebrachten und während derselben errungenen Liegenschaften den in dieser Ehe geborenen Kindern ausschliesslich gesichert bleiben: so, dass der überlebende Elterntheil zwar Verwaltung und Genuss derselben behält, aber bei allfälliger Wiederverheiratung nichts davon dem Vermögen der zweiten Ehe incorporieren kann, und umgekehrt das liegenschaft-

[1] Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts II 3 S 147 Anm 4. Rechtsquellen von Basel Nr 48 Z. 21.

liche Gut der späteren Ehe den Kindern der früheren Ehen entfremdet ist.

Der Grundgedanke der Verfangenschaft ist also eine strenge Abschliessung der verschiedenen Ehen und der ihre ökonomische Basis bildenden Hausvermögen gegen einander. Schon daraus erkennen wir, dass sie weiter reicht und einen wesentlich andern Zweck verfolgt als das Einspruchsrecht der Erben gegen Liegenschaftsveräusserungen, auf das man sie früher wohl hat zurückführen wollen: ihr Zweck ist Scheidung der Erb- und Einspruchsberechtigten von einander in vermögensrechtlicher Hinsicht. Ebenso wenig kann man der Annahme beistimmen, dass das Verfangenschaftsrecht sich nur aus der besonderen Entwicklung des ehelichen Güterrechtes erklären lasse[2], was doch nur sagen kann, dass es die Folge einer gütergemeinschaftlichen Ausbildung des ehelichen Güterrechtes sei. Auch hier weisen wir das Verhältnis von Ursache und Wirkung ab und betrachten beides als Wirkung des in der alten Gemeinderschaft zum Ausdrucke gelangenden Hausgutsprincips. Zu Gunsten des durch die Ehe begründeten Hauses sind jene Privilegien, welche in den fränkischen Städten die Einigung des Vermögens der Eheleute herbeigeführt haben, wirksam gewesen: das Haus, als welches das Leben der Eheleute überdauert, soll in seiner Einheit für die Zukunft ökonomisch gesichert sein. Es ist ein allgemein familienrechtliches Princip, welches gleichzeitig in Ausbeutung der Gemeinderschaftsidee die Verfangenschaft zu Gunsten der Kinder und die gesammte Hand der Eheleute hervorgebracht hat. So mag man immerhin sagen, es sei ein eherechtlicher Gedanke maassgebend, nicht aber ein ehegüterrechtlicher im engern Sinne. Dieser Gedanke lässt sich so beschreiben und verstehen:

Durch die Ehe ist ein Haus gegründet worden, das in Kindern und Kindeskindern gedeihen und wachsen soll; was von ökonomischen Mitteln vorhanden ist, erscheint diesem Zwecke gewidmet und dienstbar, und was während der Ehe das Haus ökonomisch getragen hat, soll auch nach Auflösung derselben die Grundlage bleiben. Wie bei allen Gemeinderschaften, so tritt auch hier das Separatinteresse der einzelnen Betheiligten zurück: rein wirthschaftlich betrachtet sind die einzelnen Personen das Nebensächliche; das Vermögen, und zwar in der Zeit, da dieser Gedanke lebenskräftig ist, das liegende Gut, ist das Principale[3]. Auf das von den Ehegatten Eingebrachte ist der

---

[2] So Roth, Ueber Gütereinheit und Gütergemeinschaft, in J des gemeinen deutschen Rechts III 326.

[3] Im Waadtland fasste ein genauer Kenner der dortigen Gemeinderschafts-

Hausstand gegründet und die ganze Einrichtung des Lebens basiert worden, unter Mühe und Arbeit und treuem Zusammenwirken der Eheleute ist Errungenschaft dazugekommen und so das Haus gefördert und ausgebaut worden; so soll es auch denen gehören, welche das Bleibende der Ehe und für die Zukunft die Träger des Hauses sind, und nicht nach Tod eines Ehegatten auseinandergerissen und theilweise wieder zum Aufbau eines neuen Hauswesens verwendet werden. Die Kinder stossen zwar den überlebenden Elterntheil nicht ganz aus der Gemeinderschaft aus, aber das liegende Gut ist ihnen fest erworben und gesichert. Die Fahrnis, auch wenn sie reicher vorhanden ist als man oft annimmt, gehört nicht zu diesem für das Haus nothwendigen Bestande (s. oben S 8). Sie bleibt dem Ehegatten, der ohnedies auch darüber frei verfügt. Alles ist anders bei kinderloser Ehe. Das kaum begründete Haus löst sich bei Tod eines Ehegatten wieder auf, es ist keine Familie daraus erwachsen, die als Abnehmerin des Vermögens erscheinen könnte; so muss dasselbe wieder auseinanderfallen an die beiderseitigen Verwandten.

Wenn diese das Verfangenschaftsrecht erzeugende Idee in manchen Rechten, z. B. im ostfälischen, nicht zur Ausbildung gelangt ist, so kann das seinen Grund mit darin haben, dass das Recht der altangesessenen Sippe und ihre Anwartschaft auf die Erbgüter hier starrer und einseitiger entwickelt ist als im süddeutschen Rechte und, allerdings nur mittelbar, einer solchen Vermischung der Güter entgegengestanden hat, während in dem regen Aufblühen der fränkischen Städte am Rheine tagtäglich neue Familien auf den Plan getreten sind, deren ökonomische Sicherung gegenüber allen anderweitigen Interessen diese einseitige Förderung gefunden hat. Auch hierin wäre dann der Gegensatz von Sippe und Familie zum Ausdruck gekommen.

Dieses, der Verfangenschaft zu Grunde liegende Familienprincip hat im alten Rechte wohl viel stärkere gemeinderschaftliche Wirkungen erzeugt, als die Quellen des späteren Mittelalters erkennen lassen. Schon während bestehender Ehe müssen die Kinder als Gesammthänder mit den Eltern in dem Hausgute gedacht werden; die Verfangenschaft erscheint dann als das natürliche Ergebnis der schon während der Ehe bestandenen Gemeinderschaft und hat noch nicht den Charakter eines Rechtsverhältnisses mit ungleichartigen Rechten der Betheiligten (Eigenthum der Kinder und Niessbrauch des parens nach späterer Formulierung), sondern steht unter der Herrschaft des Gemeinderschafts-

---

zustände eine Schilderung, die er mir davon machte, in das Resultat zusammenle domaine est le principal, la famille en est l'accessoire.

princips, das sich in der Gleichartigkeit der Rechte der Betheiligten ausspricht. Die Kinder als die Erben des vorabsterbenden Ehegatten setzen mit dem überlebenden die Gemeinderschaft zu gleichartigem Rechte fort; das Haupt derselben ist der parens, der Vater oder die Mutter, und er hat in dieser Eigenschaft die Verwaltung und die Nutzung des Vermögens und die Vertretung nach aussen. Ist die Mutter der überlebende Theil, so gilt bezüglich der Bevormundung der Kinder dasselbe wie bei Beisitz (S 452 f.). Als Haupt und Vertreter der Gemeinderschaft hat der Elterntheil freie Disposition über sämmtliche Fahrnis, muss aber auch für alle Schulden aufkommen, für welche die Liegenschaften ursprünglich nach allgemeinem erbrechtlichen Princip überhaupt nicht oder höchstens mit der portio des die Schulden contrahierenden Vaters gehaftet haben (s. unten § 176), erst später mangels sonstiger Habe haftbar geworden sind, soweit die Schulden aus der Ehezeit herstammen[4]. Ueber das liegende Gut findet Verfügung zu gesammter Hand statt, wenigstens nach den meisten Rechten, in consequenter Durchführung des Gemeinderschaftsprincips; zur alleinigen Veräusserung ist der parens im Falle höchster Noth berechtigt. Bei Tod eines Kindes accresciert sein Antheil, ebenfalls kraft Gemeinderschaftsprincips, den andern Theilhabern, so dass, da die Liegenschaften den Kindern gesichert sind, der überlebende Elterntheil nichts davon bekommen kann, und schliesslich alles den übrig bleibenden Kindern zufällt. Nach allen Richtungen ist die Gemeinderschaft die Rechtsform, welche die praktische Bethätigung des Verfangenschaftsverhältnisses beherrscht.

Im Verlaufe der Zeit hat sich diese ursprüngliche, allseitig genügende und zutreffende Auffassung in den Particularrechten verdunkelt. Wir dürfen das, wie mir scheint, unbedenklich als die Folge davon ansehen, dass die Gesammthands- (Gemeinderschafts-) Rechte der Kinder während der Ehe mehr und mehr beseitigt worden sind und die freie Verfügung der Eheleute zur Geltung gekommen ist. Jetzt konnte die Verfangenschaft nicht mehr als Fortsetzung einer schon während der Ehe bestandenen Gemeinderschaft zwischen Eltern und Kindern erscheinen, und man suchte daher nach neuer Formulierung des juristischen Verhältnisses. Die einen Rechte sprachen den Kindern das Eigenthum, dem überlebenden Elterntheil Leibzuchtsrecht an den Liegenschaften zu, andere legten dem parens das Alleineigenthum unter starkem, unentziehbarem Anwartschaftsrechte der Kinder bei, dritte hinwiederum nahmen Eigenthum der Kinder, Leibgeding

[4] Ueber diesen Punkt Näheres bei Schröder II 2 S 168 f.

des parens an den Liegenschaften des verstorbenen Elterntheils, dagegen Eigenthum des parens an seinen Liegenschaften unter Anwartschaftsrecht der Kinder an[5]. Es waren das Ansätze zu Versuchen einer rechtlichen Construction, welche sich als mangelhaft erwiesen, weil sie die geschichtliche Entwicklung nicht berücksichtigten und einseitig ein einzelnes Moment hervorhoben, zu welchem dann andere wieder nicht passen wollten, zumal bei der scheinbar consequentesten Formulierung (Eigenthum der Kinder und Leibgeding des parens) unerklärbar blieb, kraft welchen Rechts die Kinder schon bei Lebzeiten des parens superstes Eigenthümer seiner Liegenschaften geworden seien. So blieb die seit dem 16. Jahrhundert discutierte Frage nach der Natur der Verfangenschaft ein „finster umwölktes" Gebiet, wie es Dewies in seiner 1833 erschienenen Schrift bezeichnete, und der Streit über Condominial- oder Consolidationsprincip konnte zu keiner Ruhe kommen, weil fast in jedem Particularrechte sich Factoren der verschiedenen Principien vereinigt fanden. Es war das mehr oder weniger unvermeidlich, weil dem Verfangenschaftsrecht sein ursprünglicher Boden entzogen war.

Neuerdings hat Schröder (II 2 S 190 ff.) die Verfangenschaft auf den „durchaus einheitlichen Gedanken: Eigenthum der Kinder und Leibzucht des überlebenden Elterntheils" zurückzuführen gesucht, und zwar so: die Ehegatten hätten sich durch Eheverträge die Leibzucht an den hinterfälligen Gütern ausgemacht, der Mann der Frau durch Witthumsbestellung, was regelmässig Eigenthum der Kinder in sich geschlossen habe, die Frau dem Manne durch Affatomie; so habe sich zuerst auf Seiten des Mannes das Verfangenschaftsrecht ausgebildet, und erst später, durch gewohnheitsrechtlichen Niederschlag der Affatomie zu gesetzlicher Leibzucht des Mannes mit Eigenthum der Kinder am Frauengute, auch auf Seiten der Frau. Mit Bezugnahme auf meine schon oben (S 320 f.) hiegegen geäusserten Bedenken würde ich die hier gegebene historische Herleitung um so mehr vorziehen im Hinblick auf das so häufig mit der Verfangenschaft verbunden auftretende Grundtheilrecht (§ 161): wäre die Verfangenschaft blosser Niederschlag von Leibzuchtsverträgen, so wüsste man nicht zu begreifen, wie nun auf einmal der parens binubus durch seine Wiederverheiratung zu Miteigenthum an den Liegenschaften käme und sie mit den Kindern theilen dürfte. Zur Unterstützung meiner Auffassung möge aber noch die Erläuterung an einem einzelnen Beispiel hier

[5] Vgl. die Uebersicht und die näheren Verweisungen bei Stobbe, Handbuch IV 128 f.; Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts II 2 S 183 ff.

gegeben werden. Anerkanntermaassen ist das Recht von Köln ein solches, das die von Schröder als ursprünglich einheitliche Form angenommene Fassung des Verhältnisses (Eigenthum der Kinder und Leibzucht des parens) am schärfsten zum Ausdruck gebracht hat[6]. Und gerade in diesem Kölner Rechte finden sich Abweichungen, welche unerklärlich wären, wenn sich das Verfangenschaftsrecht so entwickelt hätte, wie es Schröder combiniert. Schon das Recht des überlebenden Elterntheils zu Veräusserung von Liegenschaften im Falle dringender Noth ist auffällig; wohl findet sich diese Befugnis vielfach mit der in Eheverhältnissen begründeten Leibzucht verbunden, aber sie ist möglicherweise auch hier von gemeinderschaftlicher Tendenz her aufgenommen. Noch beachtenswerther ist, dass wenn nach Auflösung der Ehe der überlebende Elterntheil von seinen Ascendenten Liegenschaften erbt, dieselben auch unter das Verfangenschaftsrecht fallen[7]; da lässt uns die Erklärung der Verfangenschaft als gegenseitiger Witthums- und Affatomiebestellung doch ganz im Stiche, weil Vermögen, das man noch nicht hat, nicht vergabt werden kann, und es bleibt nur die Erklärung aus Gemeinderschaft übrig. Weiter fällt auf, dass nach Auflösung der Ehe keine Umschreibung der Liegenschaften auf den Namen der Kinder in den Schreinsbüchern stattfinden muss; um so auffallender, wenn man bemerkt, wie nothwendig die Eintragung der in die Ehe gebrachten Liegenschaften auf den Namen beider Ehegatten ist, wie sorgfältig es überhaupt die kölnische Schreinspraxis mit dieser Umschreibung in jeder Beziehung genommen hat. Die Statuta et Concordata der Stadt Cölln von 1437 Art. 13[8] sagen darüber: „Als das Bette zweyer Ehleut gebrochen ist und der Letztlebendig bleibt sitzen gerast und geruhet in allen Erben und Gütern ungeschricht und ungetheilt mit seinen Kinderen, wäre es dann Sach dass die Kinder oder auch ein Kind alleine käme an die Schreine, da jhrer todter Vatter und Mutter Erben ingeschrieben stunden, und begerten dass man sie schreiben soll als von Todt jhres Vatters oder Mutter, der da erst gestorben wäre, an Eygenthumb dess Erbs und der Erben, behältnuss

[6] So sehe man Quellen von Köln (Ennen und Eckertz) II Nr 126: Liueradis que fuerat uxor Anselmi W. remisit usumfructum suum, quem habebat in omni hereditate sua et mariti sui prioris, pueris suis. Nr 131: bei einer Erbtheilung erhält eine Tochter Blithildis cum pueris quos de Gerardo de Nusia genuit, quartam partem domus usumfructum, pueri proprietatem.

[7] Wie die in voriger Anm citierte Urk. Nr 131 zeigt: Blithildis, die ihren Vater beerbt, ist Witwe.

[8] Abgedr. in Cöllnische Reformation, das ist des h. röm. Reichs freyer Stadt Cölln . . . Reformation, Statuten und Ordnungen u. s. w. Nürnberg 1621. S 24.

doch den Letztlebendigen von jhren Elteren daran jhr Leibzucht, dess Gesinnen und Begeren von den Kinderen soll man nit schreiben in keinerley Weiss, es sey dann Sache, dass die Letztlebendige, es sey Vatter oder Mutter, mit käme an das Schreine und bekennete das und gebe jhren Willen darzu, dass man jhr Kind oder Kinder schribe an das Eygenthumb der Erben, behältnuss doch, es sey Vatter oder Mutter, jhr Leibzucht daran unverhindert[9]." Das erscheint doch recht lehrreich; es geht daraus hervor, dass das ausschliessliche Eigenthum der Kinder an den Liegenschaften nicht in der ursprünglichen Anschauung gelegen, vielmehr sich erst allmählich und langsam Geltung verschafft hat. Der ursprüngliche Gedanke ist der, dass der Ueberlebende „gerast und geruhet in allen Erben und Gütern ungeschricht und ungetheilt mit seinen Kindern sitzen bleibt", und von dieser Gemeinderschaft, in welcher er das Haupt bildet, stammt wohl noch die zähe festgehaltene Bestimmung, dass ohne seinen Willen die Kinder nicht als Eigenthümer können angeschrieben werden. Er bleibt einzig angeschrieben bis zu seinem Tode: das deutet auf Gemeinderschaft, die er repräsentiert und für die er als Träger des Erbes im Schreinsbuche steht.

Wieder in andern Rechten, welche der Construction von Eigenthum der Kinder und Leibzucht des parens entschieden zuneigen, besteht kein Erbrecht des letztern gegenüber den Kindern, wie es Köln wenigstens in dieser Anwendung consequent festhält[10], sondern ist es bei dem Accrescenzrechte geblieben. So in Frankfurt[11]. Und man darf doch billig fragen, woher dieses Accrescenzrecht sich in ein solches System verirrt hätte, wenn die Entwicklung die von Schröder angegebene gewesen wäre. So fehlen fast in keinem Particularrechte Elemente, welche mit Nothwendigkeit oder wenigstens am ungezwungensten auf das Princip der Gemeinderschaft zurückführen, und manche Sätze, die sich in einem später angenommenen Systeme als fremdartige Sonderbarkeiten ausnehmen, finden ihre Erklärung als

---

[9] Vgl. Matheis Clasen, Kurtzer Entwurf etc. (s. oben Bd. I S 75 Anm 7); derselbe, Erste Gründe der kölnischen Schreinspraxis S 5: Die Kinder werden zu ihrem Gesinnen (ad instantiam, Ansinnen) als Eigenthümer angeschrieben, wenn beide Eltern todt sind; wenn aber einer von den Eltern, die sammender Hand geschrieben sind, noch im Leben ist, so werden die Kinder anders nicht als zu Gesinnen des Letztlebenden (ad instantiam superstitis) mit Vorbehalte gemeiniglich der Leibzucht geschrieben.

[10] Belege für das Erbrecht des parens superstes in Köln bei Schröder II 2 S 85.

[11] Schröder II 2 S 135 ff.

Ueberbleibsel des alten Gemeinderschaftsrechtes. Geht man diesen Einzelheiten nach, so kann man sich der Wahrnehmung nicht verschliessen, dass die geschichtliche Entwicklung des Verfangenschaftsrechts gleichbedeutend ist mit fortschreitender Abschwächung des Gemeinderschaftsprincips und stückweisem Abwerfen der gemeinderschaftlichen Aeusserungen. Aus dem reichen Detail, das hier zu verfolgen nicht möglich ist, sei blos noch ein Punkt zum Belege dieser Auffassung hervorgehoben. Die Gemeinderschaft charakterisiert sich dadurch, dass die Gemeinder auf Gedeih und Verderb im gemeinsamen Gute sitzen. Demgemäss müsste in der Verfangenschaft aller Erwerb, den die Theilhaber durch Erbschaft oder Arbeit machen, von ihr ergriffen werden, namentlich also das, was der überlebende Elterntheil jetzt noch an Liegenschaften erbt, den Kindern ebenfalls verfangen werden; und andrerseits müssten Haushaltungsschulden, welche der überlebende parens jetzt erst contrahiert, weil von ihm als Haupt und Vertreter der Gemeinderschaft eingegangen, auch die verfangenen Liegenschaften der Kinder wenigstens subsidiär belasten. Nun finden wir in der That diese Sätze noch selbst in Particularrechten, welche sonst der Gemeinderschaftsidee schon stark entfremdet sind: wir haben den ersteren Satz schon oben (Anm 7) im Kölner Rechte bemerkt, den letztern hat z. B. das Bamberger Recht noch bewahrt[12]. Je weniger das in das sonstige particuläre System passt, desto mehr ist die Annahme gerechtfertigt, dass es nicht planlos hineingetragen, sondern Ueberrest einer allmählich zurückgedrängten Grundauffassung ist.

Allerdings ist nun der Typus des reinen Verfangenschaftsrechts in den Rechten des 14. und 15. Jahrhunderts der, dass die Verfangenschaft auf dasjenige Vermögen abgeschlossen ist, das im Augenblick der Auflösung der Ehe vorliegt, und dass Erwerb im Witwer- oder Witwenstande (durch Erbschaft oder sonst) davon ausgeschlossen bleibt, wie auch neue Schulden des überlebenden parens die Kinder nichts angehen. Es ist eine Verschärfung des oben dargestellten Hauptmotivs: mit Auflösung der Ehe hat auch ihre ökonomische Grundlage den Abschluss gefunden; von jetzt an — diese Ansicht gewinnt gegenüber der Gemeinderschaftsidee immer mehr Boden — ist der überlebende Elterntheil wieder frei, eine zweite Ehe tritt ihm in den Bereich der Möglichkeit, und was er jetzt erwirbt, soll nicht an das für ihn erloschene Haus zurückfallen, sondern ihm die Mittel schaffen, das neue Hauswesen gehörig zu fundieren.

[12] Bamberg Art. 246 (Zöpfl S 70). Schröder II 2 S 170.

Tritt nun die Wiederverheiratung des parens superstes ein, so bleibt derselbe bei dem reinen Typus der Verfangenschaft dennoch im Besitze und Genusse des Gesammtgutes bis an seinen Tod, es wird also das Verfangenschaftsverhältnis durch zweite Ehe nicht aufgehoben. Aber die Kinder erster Ehe haben ausser ihren verfangenen Liegenschaften nichts mehr zu erwarten, erben also von ihrem parens und aus dessen nachehelichem und zweitehelichem Erwerbe nichts, falls bei dessen Tode der Stiefparens oder Kinder aus zweiter Ehe vorhanden sind[13]. Die Kinder der verschiedenen Ehen sind somit vermögensrechtlich von einander getrennt, gehen einander nichts an, und wenn ein Kind stirbt, so fällt sein Erbe blos an seine vollbürtigen Geschwister, weil die halbbürtigen einem fremden Vermögensgebiete angehören.

Das hat viele Härten mit sich gebracht. Es ist doch ein starres und hartes Recht, dieses Verfangenschaftsrecht, schroff und schneidig die einzelnen Ehen sondernd, ohne Rücksicht auf Ungleichheiten und Ungerechtigkeiten, die uns fast unerträglich vorkommen, dem Spiele des Zufalls freien Raum gebend. Da hatte ein Vater in höchst bescheidenen Verhältnissen sein Haus gegründet, aus dem ihm die Gattin nach kurzer Zeit wegstarb; dann wurde er durch den Tod seiner Eltern ein steinreicher Mann und heiratete wieder, und die Kinder erster Ehe blieben blutarm, während die der zweiten Ehe alles erbten, was doch von den gemeinschaftlichen Grosseltern herkam. Und das umgekehrte Missverhältnis ergab sich, wenn der Vater schon während der ersten Ehe seine Eltern beerbt hatte[14]. Wir könnten eine solche Rechtsbildung kaum verstehen, wenn wir uns nicht vergegenwärtigten, dass dergleichen Fälle wie die eben angenommenen dem alten Rechte weniger anstössig waren. Denn die alte Zeit hatte mit andern Factoren zu rechnen. Mit der Verheiratung eines Kindes war auch eine theilweise Abfindung aus dem elterlichen Vermögen verbunden, die der Sohn ja gemäss Schwsp (W.) 159 verlangen konnte; so fiel nicht leicht das ganze grosselterliche Vermögen in eine zweite Ehe. Steckte das ganze Erbgut schon in der ersten Ehe, so war freilich für die Kinder der zweiten ein Nachtheil unvermeidlich, wenn nur Liegenschaften das Vermögen bildeten, aber in rein bäuerlichen Verhältnissen war man hiefür weniger empfindlich, weil die Zersplitterung der Güter, die man schon früh ungern sah, dadurch zurückgedrängt wurde, und man der Erhaltung eines soliden Bauernstandes zu Liebe die Hintansetzung der

[13] Vgl. Wächter, Würtemberg. Privatrecht I 206.

[14] Vgl. Wächter, Würtemberg. Privatrecht I 768, wo solche Klagen aus späterer Zeit mitgetheilt sind.

zweitehelichen Kinder wenig scheuen mochte, ja selbst durch Ausbildung des Anerbenrechts gerade Ungleichheit unter den Geschwistern herstellte; in den Städten aber ermöglichte die Fahrnis, welche der zweiten Ehe zufiel, eine Ausgleichung der Vermögen. Doch müssen im Laufe der Zeit viele Härten empfindlich geworden sein, und daraus erklärt sich auch, dass mannigfache Abweichungen eingeführt worden sind, namentlich theilweiser Anfall grosselterlicher Erbschaften an die Kinder erster Ehe, Theilung derselben zwischen den beiden Betten[15], und dann auch das unsern Bedürfnissen wieder recht fremdartig gewordene Institut der Einkindschaft, welches die Ungleichheit durch Zulassung der Kinder zweiter Ehe in die ersteheliche Verfangenschaft und Aufnahme der Kinder erster Ehe in das Erbrecht gegenüber dem Stiefparens zu heben gestattet hat.

§ 161. B. Das Grundtheilrecht.

Dem reinen Verfangenschaftsrechte gehört der Rechtssatz an, dass das durch die Auflösung der Ehe herbeigeführte Vermögensverhältnis zwischen dem überlebenden Elterntheile und den Kindern bis zu des ersteren Tode fortdauert, gleichviel ob er sich wieder verheiratet oder nicht. Nach vielen Rechten hört aber dieses Verhältnis mit Eingehung einer zweiten Ehe auf[1]; der in die zweite Ehe tretende parens theilt bei dieser Gelegenheit mit den Kindern erster Ehe ab, und zwar in der Regel so, dass in die Theilung nicht nur das bei Auflösung der ersten Ehe vorhanden gewesene Vermögen fällt, sondern auch der nacheheliche Erwerb des parens und die gesammte Fahrnis[2], selten auch der nacheheliche Erwerb der Kinder (Erbschaft von der Seite des verstorbenen Elterntheils). Diese Abtheilung enthält eine völlige und definitive Abfindung der Kinder erster Ehe für ihr Erbrecht gegenüber dem wiederheiratenden Elterntheil, der somit für die zweite Ehe sowohl seinen Antheil als alles künftig ihm anfallende und von ihm erworbene Vermögen frei macht. Die Theilung heisst daher Grundtheilung oder Todtheilung.

---

[15] Vgl. Schröder II 2 S 181 Anm 51, S 182 Anm 54. Nach der Handveste von Freiburg i. U. Art. 29 tritt bei Wiederverheiratung des Vaters an Stelle der Verfangenschaft des ganzen ehelichen Gutes blos noch die Verfangenschaft der mütterlichen dos, dagegen das übrige Gut wird nach Quoten unter die verschiedenen Kinder vertheilt.

[1] Ausnahmsweise auch aus andern Gründen, s. Sandhaas, Fränk. eheliches Güterrecht S 509.

[2] Sandhaas S 253.

Es ist sofort einleuchtend, dass hier derselbe Grundgedanke wie bei dem Verfangenschaftsrechte maassgebend ist: Getrennthaltung der verschiedenen Ehen und der ihre ökonomische Basis bildenden Vermögen von einander. Der Unterschied besteht aber darin, dass die Grundtheilung schon bei Lebzeiten dss parens superstes stattfindet, dass nicht nach den Kategorien von Fahrnis und Liegenschaften getheilt wird, und dass das ganze im Augenblick der Theilung vorhandene Vermögen als eine Masse nach Quotenrecht gesondert wird, so, dass der überlebende Elterntheil an den Liegenschaften erster Ehe participiert, und die Kinder an der Fahrnis und dem nachehelichen Erwerbe des parens Antheil haben.

Fraglich könnte nun sein, ob dieses Grundtheilrecht eine besondere, neben dem Verfangenschaftsrechte bestehende Gemeinderschaftsform, ein reinerer Typus des Gemeinderschaftsrechtes sei, oder aber eine Weiterbildung[3], eine Modification[4], eine Umbildung[5] des Verfangenschaftsrechtes, etwa blos ein zur Erleichterung des parens hinzugekommenes neues Moment (so Roth a. a. O.), so dass wohl auch die zeitliche Priorität der Verfangenschaft anzunehmen wäre[6]; in jenem ersteren Falle also das Grundtheilrecht eine der Verfangenschaft coordinierte, selbständig neben ihr entwickelte Gemeinschaftsform, in diesem letzteren blos eine eigenartige Form der Aufhebung der Verfangenschaft, so dass, „bis es zur Theilung kommt, durchweg die Grundsätze des Verfangenschaftsrechtes gelten“[7]. Der Unterschied mag an folgenden Beispielen deutlich werden: im ersteren Falle müsste angenommen werden, dass der überlebende parens mit den Kindern auf Gedeih und Verderb in gemeinem Gute sitze, dass also auch seine nachehelichen Schulden von den Kindern mitzutragen wären, selbst wenn er nicht wieder heiraten würde; im letzteren Falle dagegen hätten die Kinder, da die ihnen verfangenen Liegenschaften bei reiner Verfangenschaft für nacheheliche Schulden des parens superstes nicht in Anspruch genommen werden, dieses Vortheils zu geniessen, falls der parens zu keiner zweiten Ehe greift, und würden erst in die Mitbetheiligung an diesen Schulden durch die bei zweiter Ehe nothwendige Grundtheilung hereingezogen. Ferner: im ersten Falle würde der nacheheliche Liegenschaftserwerb des überlebenden Elterntheils jeweilen sofort in das Gesammtgut fallen und

---

[3] So Roth, in J des gemeinen deutschen Rechts III 349.
[4] So Stobbe, Handbuch IV 126. [5] Schröder II 2 S 205.
[6] Dies wird besonders von Sandhaas S 255 vertreten.
[7] Schröder II 2 S 145. 200.

unterläge die Veräusserung solcher Liegenschaften der gesammten Hand, der Mitwirkung der Kinder; im zweiten Falle dagegen, da die reine Verfangenschaft den nachehelichen Liegenschaftserwerb des parens superstes nicht in sich aufnimmt, wäre dieser in der Verfügung darüber nicht an die Mitwirkung der Kinder gebunden.

Leider lassen uns die Quellen über diese Hauptfrage so gut wie vollständig im Stiche. Wir erfahren wohl aus ihnen, nach welchen Principien verfahren wird, wenn es wirklich zur Theilung kommt, nicht aber, wie weit während des Witwer- bezw. Witwenstandes die Gemeinderschaft mit Zusammensitzen auf Gedeih und Verderb durchgeführt ist. Und ein einheitliches Princip ist auch schwerlich zu ermitteln. Sandhaas (S 594) und Schröder (II 2 S 205) nehmen selber schon zwei Formen an, eine ältere der Gemeinschaft, eine jüngere der Umbildung des Verfangenschaftsrechtes, beide Schriftsteller allerdings mit verschiedener Erklärung des Ursprungs der sog. älteren Form. Im ganzen beruhen doch auch diese Argumentationen auf einem unzulänglichen Material, und am wenigsten kann man den allgemeinen Satz aufstellen, dass die Verfangenschaft das ältere, das Grundtheilrecht das erst später entwickelte Recht sei. Bedenken wir, dass das letztere den ursprünglichen, auch der Verfangenschaft zu Grunde liegenden Gedanken der Gemeinderschaft viel reiner und vollkommener durchführt als jene, so möchte man im Gegentheil den Altersvorzug eher dem Grundtheilrechte einräumen. Andrerseits kann nicht entgehen, dass in einer Anzahl von Rechten (z. B. Bamberg, Köln) das Grundtheilrecht erst spät dem reinen Verfangenschaftsrechte aufgepfropft ist. Oft scheint eine Wechselbeziehung zwischen dem Anfall des nachehelichen Erwerbs in die Verfangenschaft und Grundtheilrecht zu bestehen: wo jener galt, war diesem der Weg geebnet. Je nachdem nun die Gemeinderschaftstendenzen von Anfang an stärker oder schwächer wirkten, sich auch auf den nachehelichen Erwerb erstreckten oder bei dem aus der Ehe stammenden Vermögen stehen blieben, war auch von Anfang an mehr Neigung zu Grundtheilrecht oder zu reiner Verfangenschaft vorhanden. Aber eine feste Regel lässt sich nicht abstrahieren, denn es sind immer daneben noch andere Factoren wirksam gewesen, verschiedene in den einzelnen Particularrechten. Köln hat trotz althergebrachter Zulassung des nachehelichen Erwerbs in die Verfangenschaft doch erst verhältnismässig spät dem Grundtheilrechte Einlass gewährt, und zwar möchte hier wie meist anderwärts bei späterer Einführung des Theilrechts nicht sowohl das von Roth angenommene Motiv der Erleichterung des parens superstes vorgelegen haben, als vielmehr eine Berücksichtigung der Interessen

der Kinder: die Fahrnis bildete jetzt den Hauptbestand der Vermögen, und da kamen die Kinder zu kurz, wenn sie nur die Liegenschaften erhielten; zudem mochte ihnen oft dienen, ihr Vermögen früher aus der Gebundenheit der elterlichen Nutzung frei zu machen und für eigene Wirthschaft verwenden zu können. Denn es ist nicht zu übersehen, dass im späteren Rechte von Köln die Grundtheilung nur von den Kindern begehrt werden, der überlebende Elterntheil sie seinerseits nicht erzwingen kann[8], und das ist überhaupt vorherrschender Grundsatz. Im allgemeinen findet ja auch der überlebende Elterntheil seine Rechnung besser bei Fortdauer der Verfangenschaft als bei Theilung, und es ist wesentlich im Interesse der Kinder, wenn Fahrnis und Liegenschaften gleichmässig behandelt werden und ihnen schon bei Lebzeiten des parens superstes ihr Vermögen durch Ausscheidung aus der elterlichen Nutzung für eigene Zwecke disponibel wird.

Die Grundtheilung erfolgt vorherrschend entweder nach Köpfen oder zu $^1/_3$ für den parens binubus und zu $^2/_3$ für die Kinder. Sie functioniert einfach, wenn sie zwischen dem Elterntheil und sämmtlichen Kindern zugleich vorgenommen wird. Doch gelangt sie auch zwischen einzelnen Kindern und dem parens zur Ausführung[9].

§ 162. C. Die reine Gemeinderschaft (Gütergemeinschaft).

Eine besondere Erwähnung gebührt der zwischen dem überlebenden Elterntheil und den Kindern eintretenden Gütergemeinschaft des westfälischen Rechts und der auf ihm beruhenden Stadtrechte, nicht sowohl wegen der darin hervortretenden Rechtsform, als zur Feststellung des Unterschiedes gegenüber dem Grundtheilrechte. Denn die Rechtsform an sich bietet nichts, was sich nicht als Aeusserung des reinen Gemeinderschaftsprincips ergäbe (vgl. auch § 151). Das schon während der Dauer beerbter Ehe unter Gemeinderschaftsrecht von Eltern und Kindern gestellte Vermögen bleibt auch nach Tod eines Ehegatten ungetheilt bis zu dessen Wiederverheiratung, und zwar in Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb, so, dass der ganze Ertrag des Witwenstuhls mit Einschluss von Erbschaften des überlebenden Ehegatten in das Sammtgut fällt, aber auch ein durch ungünstige Ergebnisse der Thätigkeit des verwaltenden parens oder üble

[8] Statuten von 1437 Art. 12: Wie der letzte von zweyen Eheleuten, die Kinder zusammen haben, jhre Kinder zur Theylung nicht tringen mögen.

[9] Sandhaas S 517.

Wirthschaft eintretender Rückschlag das Sammtgut trifft. Nur die den Kindern während des Witwenstuhls anfallenden Erbschaften bleiben auch hier regelmässig von dem Sammtgut ausgeschlossen[1].

Hohes Interesse bietet die Verfolgung dieses Systems in das Detail eines einzelnen Particularrechts hinein: diese Aufgabe ist aber mit dem hier verfolgten Zwecke nicht vereinbar; das System an sich ist das in § 51 f. dargestellte Gemeinderschaftsprincip in voller Reinheit, nach allen seinen Aeusserungen von Gesammthand, Accrescenz[2] u. s. w., so dass ich hier einer nochmaligen Ausführung, die doch nicht über das Allgemeine hinausgehen könnte, überhoben bin.

Dieser westfälischen Gütergemeinschaft liegen unzweifelhaft die gleichen Rechtsideen zu Grunde wie dem fränkischen Grundtheilrechte; das beweist besser als manches andere die Uebereinstimmung in scheinbar nebensächlichen Einzelheiten; so z. B. ist beiden Rechten gemein der Satz, dass der nacheheliche Erwerb der Kinder, zumal durch Erbschaft, nicht in das Sammtgut fällt, ein Satz, der auf das bei der Verfangenschaft schon hervorgehobene Motiv zurückführt, dass es sich um das Zusammenhalten der in einer Ehe vereinigten Güter handelt. Ja man kann versucht sein, eine juristische Verschiedenheit zwischen Grundtheilrecht und dieser westfälischen Gütergemeinschaft überhaupt nicht anzunehmen, wenigstens im Princip nicht, höchstens in Aeusserlichkeiten wie bezüglich des Theilungsmodus, der übrigens, wie bald ersichtlich, nicht einmal etwas so rein Aeusserliches ist. Nun ist es allerdings richtig, dass in der praktischen Verwirklichung grundsätzliche Verschiedenheiten nicht leicht auftreten. Ausgeschlossen aber sind sie nicht; so z. B. da, wo das Grundtheilrecht nur als ein Zusatz zum Verfangenschaftsrechte für den Fall der Wiederverheiratung auftritt, sonst aber nicht auf die Verhältnisse während des Witwer- bezw. Witwenstandes zurückwirkt, — da wird, wenn bei Tod des unverheiratet gebliebenen parens sich eine Ueberschuldung herausstellt, den Kindern das Recht zustehen, ihre Liegenschaften frei aus der Masse zu nehmen, weil die nachehelichen Schulden sie nicht berühren;

---

[1] Ueber alles das vgl. Schröder II 3 S 146 ff. 170 ff. 180. Vgl. auch Stobbe, Handbuch IV 235 ff.

[2] Welche sich in dem bekannten Rechtssprichworte ausspricht: „Was in der Were stirbt, erbt an die Were." Hier äussert sich das regelmässig so, dass wenn ein Kind stirbt, weder (wie nach Kölner Recht) ausschliesslicher Erbgang des parens eintritt, noch (wie z. B. nach Frankfurter Recht) blos der Antheil der Geschwister dadurch vermehrt wird, sondern das Kind aus der Gemeinschaft einfach wegfällt, und also bei der künftigen Schichtung so getheilt wird, als wäre es nie vorhanden gewesen.

dagegen im westfälischen Rechte müssen die Kinder unter allen Umständen bei Ueberschuldung auch ihren Antheil den Gläubigern überlassen. Aber auch abgesehen von solchen Differenzen, welche mehr die Verfangenschaft als das Grundtheilrecht betreffen, besteht doch ein durchgreifender Unterschied bezüglich des historischen Ursprungs beider Institute. Das fränkische Grundtheilrecht, wenigstens in seinen hauptsächlichsten particulären Aeusserungen, entstammt gleichwie das Verfangenschaftsrecht einer andern Grundidee als die westfälische Gemeinschaft. Jenes hat vorwiegend das Interesse der Kinder im Auge, will den Kindern als den Trägern und Fortpflanzern des Hauses das Ehevermögen möglichst sichern, giebt ihnen daher oft einzig das Recht, Theilung zu verlangen, so dass, wenn sie davon absehen wollen, das reine Verfangenschaftsrecht in Geltung bleibt, zur Grundtheilung also nur gegriffen wird, wenn den Kindern daraus ein Vortheil gegenüber der reinen Verfangenschaft erwächst, wie das nach späterem Kölner Recht der Fall ist; der überlebende parens dagegen kann seine Kinder nicht zur Theilung nöthigen. Demgemäss ist auch der Theilungsmodus ein für die Kinder günstigerer als für den Elterntheil, sie erhalten zusammen zwei Drittel des gesammten Vermögens, oder der parens ist auf einen Kindestheil verwiesen, wodurch er um so mehr in Nachtheil gesetzt ist, je zahlreicher die Kinder sind. Die westfälische Gütergemeinschaft dagegen führt auf ursprüngliche Gleichberechtigung des überlebenden Elterntheils und der Kinder zurück, sie ist die Fortsetzung der schon während der Ehe bestandenen Gemeinderschaft zwischen den Eheleuten, wie sie ja auch in den späteren Rechten geradezu als fortgesetzte Gütergemeinschaft, communio bonorum prorogata, ist bezeichnet worden; die Interessen beider Parteien halten sich die Wage, der überlebende Elterntheil ist daher zur Abschichtung der Kinder jederzeit berechtigt und die Schichtung selbst erfolgt nach den meisten Particularrechten (jedenfalls wenn der Vater der überlebende ist) zu gleichen Theilen, zu Hälften. So, geschichtlich betrachtet, ist diese westfälische Gemeinschaft ein anderer Typus von Rechtsbildung als das fränkische Grundtheilrecht.

Von der Aufhebung der Gemeinschaft, im westfälischen Rechte Schichtung oder Abschichtung genannt, sei blos das den Particularrechten gemeinsame Grundsätzliche hier kurz berührt, das Detail ist local höchst mannigfaltig und doch für das Princip und die Rechtsidee des Instituts nicht gerade wesentlich. Abgeschichtet werden konnte ein einzelnes Kind, oder die Schichtung erfolgte für alle Kinder zusammen bei der Wiederverheiratung des parens. Im ersten Falle, welcher etwa bei Absonderung eines grossjährigen Sohnes oder

bei Verheiratung einer Tochter eintrat, hatte das ausscheidende Kind sein „Erbe" zu fordern, d. h. den quoten Theil der Gesammtquote, welche die Kinder bei Auflösung der Gemeinderschaft anzusprechen hatten[3]. Die Abschichtung dieses Kindes war dann eine vollständige (eine Art Todtheilung) für dieses Kind, sie konnte aber auch eine nur theilweise sein und liess dann das Erbrecht unter Collationspflicht offen. Die Abschichtung mit sämmtlichen Kindern, der hauptsächlichste Fall, trat durchweg bei zweiter Ehe des überlebenden parens ein[4]. Der Vater erhielt meist die Hälfte, die Mutter nach manchen Rechten blos einen Kindestheil, ein Drittel u. s. w. Im Gebiete des durch das Rechtsbuch nach Distinctionen geschilderten Drittheilsrechtes fielen zwei Drittel an den Vater, ein Drittel an die Mutter[5]. Die Schichtung ergriff das ganze Vermögen, ausser dem seit Auflösung der ersten Ehe den Kindern speciell angefallenen. Die Kinder wurden als ein Theil abgeschichtet, befanden sich also unter sich fernerhin in Gemeinderschaft[6]. Was aber der parens als seinen Theil in die zweite Ehe brachte, fiel dieser ausschliesslich zu. Das ist zweifellos für den Fall, dass er in der zweiten Ehe vor dem Stiefparens und gar mit Hinterlassung zweitehelicher Kinder starb. Ueberlebte er auch den zweiten Gatten, so trat der Fall ein, dass bei seinem Tode die Kinder zweiter Ehe zuerst ihren Schichtantheil (also in der Regel die Hälfte) nahmen und der Rest (die andere Hälfte) unter den Kindern beider Ehen getheilt wurde[7].

§ 163. D. Die schwäbische Verfangenschaft.

Wir stellen hier noch die Frage, ob die Verfangenschaft des schwäbischen Rechtes, wie sie uns in dem Schwabenspiegel und in einer Reihe schwäbischer Statuten entgegentritt, mit der fränkischen identisch oder als ein eigenartiger Typus zu betrachten ist. Nach allgemein herrschender Ansicht (Roth, Schröder) ist sie durchweg dasselbe Institut mit der in Ostfranken herrschenden, wie auch das unter den Ehegatten selbst bestehende Vermögensverhältnis hier und dort das gleiche sein soll. Habe ich schon in Bezug auf letzteren

[3] Vgl. besonders Pauli, Die ehelichen Erbrechte (Abhandl. aus dem lüb. Rechte II) S 159 ff.

[4] Auch sonst bei schlechter Wirthschaft u. a. Vieles Einzelne ist bei Schröder II 3 S 173 ff. zusammengestellt.

[5] Nähere Angaben bei Schröder II 3 S 177 f.

[6] Schröder II 3 S 182.

[7] Schröder II 3 S 186.

Punkt im ehelichen Güterrechte eine abweichende Auffassung zu begründen versucht, so muss ich es nun auch hier wagen.

Im fränkischen Recht glaubte ich die Herleitung der Verfangenschaft von gegenseitigen Leibzuchtsverträgen der Ehegatten darum ablehnen zu müssen, weil ich zwischen blossen Leibzuchtsverträgen und der völlig gemeinderschaftlichen Vermischung der Güter zu einem nach neuen Gesichtspunkten theilbaren Ganzen, wie es zumal im Grundtheilrecht hervortritt, keinen organischen Zusammenhang, kein lebendiges Bindeglied finden kann; nimmermehr vermögen Leibzuchtsverträge, die noch dazu nur die Liegenschaften betreffen, zu bewirken, dass ein Gesammtgut hergestellt wird, welches sich schliesslich entweder nach den zwei Rubriken von Liegenschaften und Fahrnis wieder scheidet oder (bei Grundtheilung) zur Quotentrennung des sämmtlichen liegenschaftlichen und Fahrnisvermögens führt. Gerade in dieser Hinsicht steht das schwäbische Recht auf einem andern Boden, und nach dem, was schon oben S 336 mitgetheilt worden, bedarf es im Grunde nicht mehr einer langen Auseinandersetzung. Wie uns die Züricher Urkunden gezeigt haben, machten sich Mann und Frau ihre Güter zu Leibgeding und den Kindern zu Erbe. Die Folge davon war, dass bei Tod eines Ehegatten der überlebende sein eigenes Gut nunmehr leibgedingfrei, das des verstorbenen kraft der ihm bestellten Leibzucht in Besitz und Genuss behielt, beide aber den Kindern kraft der Bewidmung zu Erbe verfangen waren. Rein äusserlich betrachtet war dadurch ein gleiches Verhältnis hergestellt wie im fränkischen Rechte, obschon wir gesehen haben, dass juristisch, zumal bezüglich der Schuldenhaftung, das Verhältnis in der That anders gedacht war. Vollends aber zeigt sich der Gegensatz in der Behandlung der Fahrnis. Diese wird von dem überlebenden Elterntheil nicht der zweiten Ehe unter Ausschluss der erstehelichen Kinder zugebracht, sondern, wie der Schwsp nicht verkennen lässt, nach Tod des parens unter die Kinder aus beiden Betten gleich getheilt. Das Verfangenschaftsrecht von Schwaben und von Franken ist somit doch ein grundsätzlich verschiedenes.

Allerdings aber — und das mag zum Schlusse rückhaltlos und entschieden hervorgehoben werden — liegt beiden Formen des Verfangenschaftsrechts eine einheitliche Rechtsidee zu Grunde; nur ist dieselbe verschieden ausgebildet worden und in den schliesslich erreichten Zielpunkten ist ein grundsätzlicher Gegensatz hergestellt. Wir erinnern uns der schon früher namhaft gemachten Parallele, wie sie sich etwa in den zwei Urkunden ausspricht:

UB. St. Gallen Nr 701: ut simul ea (dote) utamur, et si Deus

nobis heredem donaverit, ille habeat; sin autem, tunc post discessum amborum ipsae res ad monasterium S. Galli revertantur perpetualiter possidendae.

Quellen von Köln (Ennen und Eckertz) II Nr 46: si prolem habuerint, ejus sint (bona); sin autem, predicta R. usumfructum inde recipiat et postea R. defuncta tota hereditas ad proximos dicti Th. revertatur heredes.

Der gemeinsame Rechtsgedanke, der echt germanische Grundton ist die Selbstentäusserung der Ehegatten zu Gunsten der gemeinschaftlichen Kinder; wie sie durch die Ehe ein Fleisch werden, so soll die ökonomische Basis der Ehe, der Grund und Boden, der ihr Leben überdauert, denen gehören, die ihrer beider Fleisch und Blut sind. Dieser Rechtsgedanke ist fähig verschiedene juristische Formen anzunehmen, und hat auch unter dem Einflusse abweichender wirthschaftlicher und socialer Factoren verschiedene Formen gefunden. Ich wiederhole hier nicht, wie ein früh schon stark entwickeltes Erbrecht der Töchter, wie das Gemisch städtischer Einwanderung u. s. w. entschiedener zu Gemeinderschaftsformen gedrängt hat als Zurückhaltung in Zulassung der Töchter zum Erbe, grössere Stabilität genossenschaftlicher Kreise u. dgl., wo gegenseitige Leibgedingsbestellung das Naturgemässere war. Die Rechtsform ist schliesslich eine andere: in fränkischen Landen vollzieht sich sofort bei Auflösung der Ehe mit der Verfangenschaft ein völliger Abschluss des vermögensrechtlichen Bestandes dieser Ehe gegenüber einer zweiten Ehe; die Fahrnis, welche einzig in eine zweite Ehe gelangt, bleibt auch dieser ausschliesslich. Im schwäbischen Gebiete bleibt das Erbrecht der Kinder erster Ehe an der Fahrnis trotz zweiter Ehe des überlebenden Elterntheils unangetastet (oben S 335), oder es wird, was namentlich auf Seite der wieder heiratenden Mutter vorkommt, vor Abschluss der Ehe die Fahrnis noch getheilt[1], was freilich mit dem fränkischen Grundtheilrecht auch wieder nichts gemein hat, indem das letztere auch die Liegenschaften in die Theilung hereinzieht, hier in Schwaben dagegen die sämmtlichen Liegenschaften ungeschmälertes Erbe der erstehelichen Kinder bleiben.

[1] Beispiel Augsburger Stadtbuch Art. 73 § 9 (Meyer S 144): Wil aber die frowe einen man nämen, dem mak si wol geben daz dritteil ir varnden gutes, unde daz dritteil gulte an eigen, an erbegute, an erbelehen, an zinslehen, daz daz ir wirt mit ir nieze die wile si läbt; unde als si enist, so vallet daz aigen unde erbegut, daz erbelehen unde daz zinslehen iriu chint (erster Ehe) wider an.

§ 164. E. Die Einkindschaft.

Aus allen Gegenden Deutschlands, in welchen solche gemeinderschaftliche Bildungen zwischen Elterntheil und Kindern entstanden waren, lassen sich Beispiele beibringen, dass trotz gesetzlicher Vorschrift über Theilung oder Schichtung bei Eingehung der zweiten Ehe dennoch oft solche Theilung nicht vorgenommen wurde, die zweite Ehe also factisch auch das ersteheliche Vermögen in sich aufnahm. Das Stadtrechtsbuch von Kleve Art. 80 z. B. verfügt für den Fall, dass die Theilung durch Schuld des wieder heiratenden parens unterbleibe, den Anfall der zweitehelichen Errungenschaft an das Verfangenschaftsgut der Kinder erster Ehe[1]. Nach westfälischen Rechten wurde in solchem Fall das ganze zweiteheliche Vermögen in die Gemeinschaft hereingezogen, so dass die Kinder erster Ehe bei Tod des parens binubus die Hälfte des in diesem Moment vorhandenen Gesammtgutes erhielten[2]. Es zeigt uns das, wie schwierig unter Umständen die Theilung sein musste, nicht nur die Realtheilung, sondern auch die oft zugelassene Abfindung der Kinder mit einer ihre Quote repräsentierenden Geldleistung[3]. Wir nehmen das ja auch immer noch tagtäglich wahr; wie schwer fällt es etwa einem Vater, der das ganze Vermögen seiner Frau in sein Geschäft gesteckt hat, bei Tod derselben den Erbtheil der Kinder auszuweisen! Das Grundtheilrecht, wesentlich die Interessen der Kinder berücksichtigend, war, wie Sandhaas S 596 richtig bemerkt, von bedeutender Härte für den wieder heiratenden Elterntheil, und wurde auch als solche sehr stark empfunden, wie die von Sandhaas mitgetheilten Rechte deutlich aussprechen. Auch wo solche für den parens binubus aus der Theilungspflicht erwachsende finanzielle Schwierigkeiten und Verlegenheiten nicht vorlagen, mochte die Bequemlichkeit, die einer mit der Theilung oft verbundenen Veränderung der häuslichen Einrichtung widerstrebt, und die Scheu vor der bei Ausscheidung des Kinderguts nothwendigen Abrechnung und Liquidation einen Weg suchen, wie die Theilung zu vermeiden sei. Es ist so gar bequem, die Sachen gehen zu lassen wie sie einmal sind. Solche Motive haben den Einkindschaftsvertrag hervorgerufen.

Der Einkindschaftsvertrag, unio oder parificatio prolium, ist der bei Eingehung einer zweiten Ehe zwischen den Brautleuten unter Mitwirkung der Kinder erster Ehe (bezw. ihrer Verwandten, Vormünder)

---

[1] Schröder II 2 S 113 f.
[2] Schröder II 3 S 148. Vgl. überhaupt Sandhaas S 568 f.
[3] Schröder II 3 S 182.

abgeschlossene Vertrag, wonach an dem Vermögen erster und zweiter Ehe ohne Unterschied seiner Herkunft die Kinder beider Ehen gleichberechtigt erklärt werden, so, dass die erstehelichen Kinder, die Vorkinder, dem Stiefparens erbberechtigt gemacht werden, wie andererseits die zweitehelichen Kinder, die Nachkinder, in der Beerbung des mit den Vorkindern gemeinsamen Elterntheils diesen letzteren gleichgestellt werden, also in dem unausgeschiedenen Vermögen des vorverstorbenen parens der Vorkinder zu gleichen Theilen auch mit zu Erbe gehen. Da dieses Institut sich in Gütergemeinschaftsrechten gebildet hat, so stellt sich das Ergebnis praktisch so dar, dass die Vermögen beider Ehen zu einem Sammtgut vereinigt werden und bei Auflösung der zweiten Ehe die sämmtlichen Kinder mit dem überlebenden Ehegatten in Verfangenschafts- oder Gütergemeinschaftsrecht treten und bei Schichtung zusammen die den Kindern zukommende Quote beziehen.

Man könnte auf den ersten Blick versucht sein, ein tiefes ethisches Motiv als Veranlassung der Einkindschaftsverträge zu betrachten und sie so anzusehen, als wären sie aus dem Bedürfnisse hervorgewachsen, Vermögensungleichheiten unter Geschwistern möglichst zu vermeiden und damit Neid und Zwiespalt unter den Geschwistern, oder Verdruss der Vorkinder über die zweite Ehe und eine daraus entspringende Störung des Einvernehmens zwischen ihnen und ihrem parens zu verhindern, geschwisterliche Eintracht und treuen Familiensinn zu erhalten. An solche Motive ist aber um so weniger zu denken, als die Einkindschaftsverträge sofort bei ihrem ersten Auftreten mit einer Cautel versehen sind, welche das gerade Gegentheil eines solchen Bestrebens ausdrückt. Statt dass man nicht rechnet und einen Zustand herbeizuführen sucht, welcher Ungleichheiten vorbeugt, rechnet man gegentheils sehr genau und ruft durch Zuweisung eines praecipuum, Voraus, an die Vorkinder oder eines Reservats an die Nachkinder, je nachdem die Vermögensverhältnisse dort oder hier günstiger sind, gerade erst recht die Ungleichheit ins Bewusstsein und ins Leben. Der Grund des Einkindschaftsinstituts liegt daher wesentlich in dem Vortheil des parens binubus, in seiner Befreiung von der Theilungspflicht, und nur mittelbar in dem Vortheil der Kinder, insofern als durch eine unter obwaltenden Umständen schwierige und intempestive Liquidation auch ihr Interesse nicht genügend realisiert würde.

Die ersten Anfänge der Bildung dieses Instituts gehen in das 13. Jahrhundert zurück: ein Vertrag aus Oesterreich von 1275[4], dann

[4] Bei Schröder II 1 S 215 Anm 36.

der vielbesprochene von 1296[5]. Man verhält sich gegenüber diesen Fällen etwas zu spröde, wenn man sie aus allem Zusammenhange mit dem Einkindschaftsrechte verweist, wie es oft geschieht. Es ist ja richtig, dass sie die Einkindschaft noch nicht in ihrer ausgebildeten Form enthalten; aber das Institut ist eben nicht mit einem Schlage fix und fertig ins Leben getreten. Der Grundgedanke ist beidemal vorhanden, wenn in der Urk. von 1275 Graf Albrecht von Görz bei seiner Wiederverheiratung vereinbart, dass sein Sohn erster Ehe und die zweitehelichen Kinder equalem habeant portionem in feudis, allodiis et juribus quibuscunque, und in der von 1296 die Eheleute auf ihren Todesfall ihr ganzes Vermögen ihren beiderseitigen Kindern aus ersten Ehen übertragen, ut bona omnia equaliter dividant tanquam veri fratres et sorores et legitimi coheredes. Im 14. Jahrhundert wird die Einkindschaft schon häufiger, besonders sind die Ingelheimer Urkunden von 1379—1389[6] bemerkenswerth, deren erste hier auszugsweise als Muster angeführt werden mag: Vor Schultheiss und Schöffen zu Ingelheim kommen Claus Romer und Hebele seine Ehefrau und „han eyne kinde gemacht mit den irsten kinden die Cl. R. hat von siner ersten frau und mit sinen andern kinden die er von siner zweiten frau hat, also daz die zweierley kint sollen glich eime kinde sin, ussgenomen wenn er (Claus) und Hebele abgiengen, so sollen die ersten kinder vorus nehmen ein zweytheyl wingartens, und was andern gutes die zwey eeleute lassen, daz sol eines kindes als viel sin als des andern".

Ueber die juristische Construction des Verhältnisses ist in früherer Zeit viel Ungehöriges geschrieben worden. Dass es eine Art Adoption sei, bedarf jetzt keiner Widerlegung mehr, weil feststeht, dass keinerlei persönliche Verwandtschaftsbeziehungen dadurch entstehen und nicht einmal vermögensrechtliche (erbrechtliche) zwischen den gemachten Kindern und den Verwandten des Stiefparens. Dass der Vertrag ein Ehevertrag sei, sagt weiter noch nichts über die Hauptsache, über seine rechtliche Natur und seinen juristischen Inhalt. Gegen die Construction: Verzicht der erstehelichen Kinder auf die verfangenen Güter als Gegenleistung für die Erbeinsetzung seitens des Stiefparens[7], lässt sich weiter nichts einwenden als das, dass es damals nicht so aufgefasst wurde.

---

[5] Bei Guden, Cod. dipl. I Nr 423; Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 190 Nr 1; Schröder II 2 S 264.

[6] Bei Mone, Anzeiger für Kunde der deutschen Vorzeit VII 468 f. Andere Fälle bei Mone, Z f. Geschichte des Oberrheins V 398 f.

[7] Schröder II 2 S 270; Stobbe, Handbuch IV 249.

Denn die vertragschliessenden Parteien sind nicht, wie es bei dieser Annahme sein müsste, Vorkinder und Stiefparens, sondern die Brautleute, und die Mitwirkung der Vorkinder ist nur eine secundäre, genehmigende, nicht selber schaffende. Der Vertrag ist Begründung einer neuen Gemeinderschaft unter den Brautleuten, wobei der überlebende parens der ersten Ehe als Repräsentant der mit den erstehelichen Kindern bestehenden Gemeinderschaft, oder wenn man die Mitwirkung der Vorkinder, bezw. ihrer Vormünder oder ad hoc zugezogenen Verwandten auf gleiche Linie mit dem Agieren des parens stellt, zu gesammter Hand mit den Vorkindern handelt. Es wird eine Gemeinderschaft auf Grundlage der beiderseitigen Vermögen abgeschlossen, und alle Consequenzen des Einkindschaftsvertrags sind Folgen dieser Gemeinderschaft, an deren Spitze das neue Ehepaar steht. Daher reicht auch die Wirkung der Einkindschaft nicht über das neugebildete Ehe-(Gemeinderschafts-)Vermögen hinaus; blos was die Eheleute selbst durch Erbschaft oder durch Arbeit in dieses Vermögen bringen, nimmt an dem Schicksale Theil, das die Einkindschaft verhängt. Was den Durchgang durch dieses Gemeindervermögen nicht vollzieht, bleibt von der Einkindschaft unberührt: vorab also alles, was die Vor- oder Nachkinder direct durch Erbschaft oder Schenkung von auswärts erlangen, namentlich die Erbschaften der Vorkinder von der Seite ihres vorverstorbenen Elterntheils; und demgemäss erzeugt auch die Einkindschaft kein Erbrecht der Vor- und der Nachkinder gegen einander in Bezug auf solches der Gemeinderschaft immer fremd gebliebene Vermögen.

Dritter Abschnitt.

Die Vormundschaft.

§ 165. I. Motiv und Princip der Vormundschaft.

An diesem Punkte angelangt, sehe ich als erste Aufgabe vor mir, das in den §§ 23—27 des ersten Bandes über das ursprüngliche Wesen und die allmähliche Abschwächung der Munt Ausgeführte in der speciellen Anwendung auf die eigentlichen Vormundschaftsfälle zu präcisieren und in einzelnen dort geäusserten Bemerkungen, welche Missverständnissen unterliegen könnten, zu verdeutlichen. Es ist dort der Satz aufgestellt (S 119), dass die Munt ihrem Begriffe nach kein Schutzverhältnis im Interesse des Untergebenen, sondern Gewalt im Interesse des Hausherrn war, darum dieser sie beanspruchen, nicht jener sie verlangen konnte, ihr Motiv nicht in Fürsorge für das Wohl der wegen Geistes- oder Geschlechtsschwäche u. s. f. Unselbständigen liege, sondern in den Rechten der Hausherrschaft; und weiter, dass alles was im Laufe der Zeit im Widerspruch damit das Princip einer Fürsorge im Interesse des Mündels in den Vordergrund stellte, nicht aus dem Wesen der Munt stammte, vielmehr ein ihr feindseliges Element war (S 107). Daran knüpfe ich hier an, habe ich mich doch damit in den allerausgesprochensten Widerspruch mit der geltenden Anschauung gestellt.

Denn die Darstellungen des Vormundschaftsrechtes in unserer Litteratur gehen alle von dem als selbstverständlich und daher eines Beweises gar nicht bedürftig betrachteten Satze aus, dass die Vormundschaft schon im ältesten deutschen Rechte ein im Interesse und zur Fürsorge des Mündels aufgestelltes Institut gewesen sei. In dieser, alles andere beherrschenden Auffassung kommen die Schriftsteller ausnahmslos überein, so dass selbst die verschiedenen Formulierungen, welche sie oft (besonders Rive) zu principiellen Gegensätzen aufgebauscht haben, vor dieser gemeinsamen Basis als höchst nebensächlich

verschwinden müssen. Ob man mit Kraut den Grund dieser Schutz- und Hilfsbedürftigkeit in der Wehrlosigkeit, der physischen und juristischen Unfähigkeit zur Waffenführung[1], oder mit Rive in der mit dem Mangel körperlicher und geistiger Entwicklung nothwendig gegebenen vollen Unreife des Willens bei Minderjährigen, und der Geschlechtsschwäche und der daraus entspringenden Unselbständigkeit bei Frauenspersonen[2], oder mit v. Amira in der Nothwendigkeit eines Ersatzes für die Handlungsunfähigkeit des Mündels[3] sehen will — ich gestehe, dass ich diese verschiedenen Fassungen gar nicht als Gegensätze erkennen kann, weil alle Schriftsteller doch immer im Grunde dasselbe meinen, und nur aus den verschiedenen Factoren, welche die Hilfsbedürftigkeit erzeugen sollen, der eine diesen, der andere jenen mehr in den Vordergrund stellt. Das juristische Motiv ist und bleibt für alle doch die Schutz- und Hilfsbedürftigkeit.

Ein Widerspruch hiegegen scheint unter der Last ungezählter Zeugnisse aus allen Rechtsquellen seit dem 13. Jahrhundert hoffnungslos begraben zu werden. Aber das ist eben der Fehler gewesen, dass man das Princip des spätmittelalterlichen Vormundschaftsrechtes schon in die älteste Zeit hinaufgetragen hat. In Wahrheit ist das Vormundschaftsrecht, wie es sich seit dem 13. Jahrhundert ausgebildet hat, ein anderes Rechtsinstitut als das der ersten Hälfte des Mittelalters. Es hat sich hier eine der merkwürdigsten privatrechtsgeschichtlichen Umwandlungen vollzogen, hervorgerufen durch eine völlige Revolution in einer Reihe von Rechtsanschauungen, und dann selber wieder in ihren Wirkungen tiefgreifend wie wenig andere: der Uebergang von der Munt (Gewalt) des Vormunds zu der Fürsorge (der modernen Vormundschaft) für den Mündel. Unsere heutige Vormundschaft ist nicht über sechs Jahrhunderte alt, ihre deutlichen Anfänge reichen nicht über die zweite Hälfte des 13. Jahrhunderts hinauf, der Sachsenspiegel steht noch in allem Wesentlichen auf dem Boden der alten Munt.

Der Nachweis im einzelnen wird sich besser in die Darstellung der Vormundschaft über Minderjährige einfügen. Hier versuche ich noch durch ein übersichtliches Bild im allgemeinen über die Bewegung und die an derselben siegend oder unterliegend theilnehmenden Factoren und Kräfte zu orientieren.

Schon öfter sind wir der Gebundenheit des Vermögens im Interesse

---

[1] Kraut, Vormundschaft I 31.

[2] Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft I 188. 219.

[3] v. Amira in KrV XVII 423.

der Familienglieder begegnet; sie ist nur eine, allerdings wichtige Seite des vermögensrechtlichen Zusammenhangs der Angehörigen eines Geschlechts unter einander, wie er sich vor allem im Erbrechte, dann in der Pflicht zu Zahlung und in dem Rechte auf Bezug des Wergeldes äussert. Unter den gleichen Gesichtspunkt fällt das Recht auf Führung der Munt oder Hausherrschaft über diejenigen Familienglieder, welche nicht die nöthigen Garantien für eine den Familieninteressen entsprechende Erhaltung des in ihre Hand gelangten Vermögens bieten. Minderjährige, Frauen, Sinnlose (d. h. Wahn- und Blödsinnige) werden von Rechtswegen von ihrem nächsten, dazu fähigen Angehörigen unter seine Munt gezogen, Sinnlose und Minderjährige, weil sie ganz ohne Verstand oder doch mit zu wenig Verstand ihr Vermögen verbrauchen könnten, Frauenspersonen, weil sie ihre Stellung auf häusliche Thätigkeit verweist und sie zu gehöriger Vertretung ihres Vermögens zumal vor Gericht unfähig sind. Also doch wieder die Hilfsbedürftigkeit wegen geistiger Unreife oder Geschlechtsschwäche, höre ich sagen. Keineswegs! die Hilfsbedürftigkeit bleibt ausser Frage; das einzig Maassgebende ist die Gefahr, welche den Familienangehörigen aus unverständiger oder unvollkommener Vermögensverwaltung droht: der Minderjährige könnte sein Hab und Gut verschleudern, die Frauensperson könnte An- und Einsprüche vor Gericht gegen Gefährdung ihres Vermögens nicht geltend machen, und den Erbberechtigten ginge die Erbschaft verloren; oder wenn die Pflicht zu Zahlung eines Wergeldes eintritt, welche auf der ganzen Verwandtschaft haftet, wäre auf dieser Seite nichts mehr vorhanden und die andern müssten die doppelte Last tragen. So, zur Sicherung des Vermögens für sich selbst, nicht zur Wahrung der Interessen des Mündels, übernimmt der nächste dazu fähige Verwandte die Munt und damit das Vermögen unter seine Verwaltung.

Es könnte sich nun freilich noch fragen, ob neben diesem Motive der Sicherung der Familie nicht auch das zweite einer Fürsorge für den Mündel selbst gleichmässig wirksam und von Anfang an vorhanden gewesen sei. Denn einen Schutz, wird man sagen, mussten doch die Minderjährigen gegen thörichte Vermögensverschleuderung, mussten die Frauenspersonen gegen die Gefahr der Präclusion von An- und Einsprüchen erhalten, und das Recht der Revocation, welches Minderjährige nach erreichter Volljährigkeit gegen solche Handlungen hatten, genügte nicht, weil es in tausend Fällen, nämlich immer wenn die Gegenpartei das Gut nicht mehr hatte und insolvent war, illusorisch wurde, und bei Frauenspersonen ohnedies gar nicht zu practicieren war. Mir scheint nun, wäre die Fürsorge wirklich ein leitendes Motiv

gewesen, so müsste auch damit Ernst gemacht sein, und zwar durch Einrichtung einer Vormundschaftsbehörde, eines Waisenamts, welches alle vorkommenden Bevormundungsfälle überwacht und für Bestellung von Vormündern gesorgt hätte, oder allermindestens durch die den Verwandten auferlegte Pflicht zu Uebernahme der Vormundschaft und persönliche Verantwortlichmachung für den aus ihrer Versäumnis erwachsenden Verlust. Von allem dem finden wir nichts. Man braucht nur ein Wort wie Waisenamt u. dgl. zu nennen, um von der Unmöglichkeit überzeugt zu sein, und wollte man den „Richter", dieses Factotum der alten Verwaltungsmaschinerie, das überall herhalten muss, wo man niemand anders hat, in die Functionen eines Waisenamts einschieben, so muss man sich vorstellen, wie unzulänglich in dieser Beziehung die Hilfsmittel des Richters waren. Wie konnte er sich auch nur alle Fälle zur Kenntnis bringen, die in seiner Grafschaft eine Vormundsbestellung nothwendig machten, und wäre dies möglich gewesen, die Ernennung und dann auch wohl die Beaufsichtigung des Vormunds üben. Nicht einmal von einer allgemeinen Rechtspflicht der Verwandten zu Führung der Vormundschaft ist die Rede.

Die Berufung auf den sog. Königsschutz oder Königsfrieden der fränkischen Zeit steht auf bedenklichen Füssen: man erfährt vorerst nie bestimmt, ob der König blos das Recht oder auch die Pflicht gehabt haben soll, den Leuten, welche keine Familie hatten, den Familienschutz zu ersetzen, ob er auch bei Vorhandensein eines Familienschutzes gegen schlechte Handhabung desselben Abhilfe schaffen durfte oder musste, u. v. a. In Wahrheit hat eine solche Königsvormundschaft nie bestanden; sie wäre unter allen Umständen eine sehr einseitige gewesen, wie Kraut (I 64) selber bemerkt hat. Die angebliche Obervormundschaft des Königs beschränkte sich darauf, dass derselbe den Leuten, die weder in sich selbst noch in einer Familie einen genügenden Stützpunkt für ihr Fortkommen fanden, die Möglichkeit eröffnete, sich in seine Munt zu begeben, d. h. in ein strenges Dienstverhältnis, wofür sie Kost und Unterhalt empfingen. Das beruhte auf keinem Befehl des Königs, sondern auf reiner Begünstigung, wenn er darum angegangen wurde; er hatte weder das Recht es zu fordern, noch die Pflicht es zu gewähren. Wer sich ihm commendierte, den wies er unter einen Vormund. Um alle, die sich ihm nicht commendierten, kümmerte er sich nicht. Später, namentlich seit Wiederherstellung des Kaiserthums, wurde allerdings die Verletzung hilfloser Leute noch unter besonderes Verbot und den Königsbann gestellt. So weit das nicht blosser Programmpunkt geblieben ist, war darin nichts andres enthalten als das staatsrechtliche Princip der öffentlichen

Bestrafung der an solchen Leuten, Waisen, Witwen u. s. f., verübten Verbrechen, nichts jedoch von Vormundschaft als volksrechtlichem Institute. Wie hätte der König plötzlich alles Vermögen solcher hilflosen Leute in seine Verwaltung ziehen, sie gerichtlich und aussergerichtlich vertreten können u. s. w. Ich glaube wirklich mich bei diesem Punkt nicht länger aufhalten zu sollen, weil die ganze Theorie von einer Obervormundschaft des Königs doch zu sehr in der Luft steht.

Der aus Roth. 204 gezogene Schluss auf die Nothwendigkeit einer Geschlechtsvormundschaft ist schon oben (I 118) beanstandet worden. Die Stelle sagt nicht, dass Frauen, die keinen Vormund haben, von Amtswegen einen erhalten, sondern nur: Frauen dürfen ohne Consens des Verwandten, den sie von Rechts wegen, oder des Königs, den sie durch Wahl als ihren Muntwalt haben, keine rechtlichen Handlungen vornehmen. Immer ist im langobardischen Edicte nur von einem Rechte der Frauenspersonen, die königliche Munt anzurufen, die Rede: habeat refugium ad palatium regis u. dgl.; davon, dass familienlose Frauenspersonen durch Zwang unter königliche Munt wären gedrängt worden, finden wir auch im langobardischen Edicte nichts.

Daher kommt es massenhaft und noch in sehr später Zeit vor, dass Unmündige und Frauenspersonen unbevormundet sind. Ueber alle diese Punkte ist schon im ersten Bande (S 119) gesprochen. Hier sei nur beigefügt, dass auch Sinnlose nicht nothwendig bevormundet sind[4]. In der That finde ich nun von einem Motive der Fürsorge und der Verwirklichung eines solchen im alten Rechte auch nicht die Spur. War denn gar kein Bedürfnis dafür vorhanden, oder war man so hart und rauh, dass man das Bedürfnis nicht einsehen wollte, oder fügte man sich den Uebelständen angesichts der Unzulänglichkeit der staatlichen Einrichtungen? Es mag von allem etwas mitgewirkt haben, doch aber dürfte in erster Linie stehen, dass in der That ein Bedürfnis nicht stark empfunden wurde. Denn bis in weite Kreise hinaus hielt die Sippe zusammen, es war nicht wie heutzutage, wo Vettern einander kaum mehr kennen; die Haftung für das Wergeld verband sehr reell weitverzweigte Geschlechter; da war es von vorneherein selten, dass einer ganz verwandten- und familienlos dastand. War ein solcher Verwandtenkreis vorhanden, so blieb der Hilfsbedürftige nicht sich selbst überlassen, denn der nächste Erbe, der als solcher schon das nächste Interesse hatte, dass der Mündel nicht ökonomisch zu Grunde gehe (abgesehen von dem sittlichen Interesse am persönlichen Wohl-

[4] Goslar. Stat. 42, 10 u. 89, 7: ne hevet aver de sinnelose nenne vormunden.

ergehen des Verwandten) säumte nicht die Munt zu ergreifen. Familienlose freilich waren in übler Lage, um so mehr weil dann auch wohl in der Regel kein grosses Vermögen vorhanden war; je entschiedener der gesellschaftliche Schwerpunkt noch auf den Verwandtschaften beruht, desto mehr mögen solche Unglückliche harten Sinnes verstossen und dem Elend preisgegeben gewesen sein, und als man die Härte empfand, fehlten noch lange Zeit die Mittel, die staatliche Organisation zur Abhilfe.

Dieser Auffassung entspricht auch der bei den Deutschen schon früh vollzogene Uebergang der Vormundschaft von der Sippe zur Familie (vgl. § 130). Besonders das salische Recht hat noch in spät holländischen Quellen die Vormundschaft der ganzen Verwandtschaft gleichwie den Anspruch derselben auf die Todtschlagsühne und die Haftung dafür aufrecht erhalten[5]: ein siegreich gebliebener Rest der alten auf die Sippe und zwar ursprünglich nur auf die mütterliche Sippe gegründeten Cognation. Ihr tritt, wie in § 130 besprochen, das auf die Ehe begründete Haus gegenüber, und in dem „Hause" entwickelt sich der Begriff der Familie als der Hausgenossenschaft und der Begriff der Agnation als des für die Hausherrschaft maassgebenden Elementes. Nunmehr hat die Munt, als Herrschaftsbegriff gedacht, ihren Sitz nur in der Familie und ist Sache der Schwertmagen; der nächste Schwertmag hat das unentziehbare Recht auf Führung der Munt über die demselben Hause entsprossenen Glieder; das hat um so leichter zu völliger Entfernung aller vormundschaftlichen Rechte aus der Sippe in denjenigen Rechten geführt, welche Recht auf Bezug und Pflicht zu Zahlung des Wergeldes schon früh von der Sippe auf das Haus übertragen haben, daher z. B. die lex Ribuaria, die keine Verwandtenhaftung mehr kennt, auch von keiner Cognationsvormundschaft mehr weiss. Im holländischen Rechte, wo die Verwandtenhaftung für Todtschlag geblieben ist, hat sich auch ein Stück Vormundschaft bei der Sippe erhalten, aber höchst bezeichnend nicht die eigentliche Munt, die auch hier an die Schwertmagen gelangt ist; diese Munt des nächsten Schwertmags ist die altdeutsche Vormundschaft, welche das Recht auf Verwaltung des Mündelguts in eigenem Interesse des Vormundes in sich fasst, daher der Inhaber der Munt selber ein „Thor" sein kann, und die Vormundschaft der Sippe ist zu einer Art Obervormundschaft, d. h. Oberaufsicht gebildet und hat

[5] Vgl. besonders Brunner, Sippe und Wergeld, in Z der Sav.-Stift., germ. Abth. III 49—51; v. Amira, Erbenfolge S 84. 149. 208; Gierke, Genossenschaftsrecht I 22 Anm 44; Erbrecht und Vicinenrecht, in Z f. RG XII 487.

in der Folge die Function der Fürsorge für den Mündel übernommen.

Indem wir uns auf das specifisch deutsche Recht beschränken, haben wir also den Ausgangspunkt zu nehmen von der Munt des nächsten Schwertmags über die Glieder der familia (Hausgenossenschaft). Denken wir uns nun die Verhältnisse, wie sie factisch vorlagen.

Ein Vater war gestorben mit Hinterlassung von Witwe und Kindern. Es ist möglich, dass in ältester Zeit, so lange die strenge Geschlechtsvormundschaft bestand, der nächste Schwertmag des Verstorbenen das Vermögen unter seine Verwaltung nahm und als wirklicher Vormund fungierte; aber lange kann das nicht gedauert haben, schon die lex Thuring. (s. oben S 298) erregt Zweifel und nach Sachsenspiegelrecht habe ich (§ 159) geglaubt davon absehen zu müssen. Nun starb aber auch die Mutter oder war schon vor dem Manne gestorben. Die öffentliche Gewalt that nichts, um den Kindern einen Vormund zu bestellen. Aber der nächste Schwertmag des Vaters griff ein; that er es nicht aus Liebe zu den Kindern und in treuem Andenken an den Vater, so geschah es aus eigenem Interesse. Denn wenn die Kinder sich selbst überlassen blieben, so ging der Hof in Verwahrlosung zu Grunde. So unterwand er sich ihrer Person und ihres Guts, nahm sie zu sich auf seinen Hof oder zog zu ihnen auf den ihrigen, und begründete damit seine Hausherrschaft (Munt) über sie. Die Formel qualiter pupilli recipiantur[6] lässt das durch ihr römisch-rechtliches Gewand deutlich durchschimmern: es ist das Verhältnis gleich einer commendatio in manus, das dadurch begründet wird: ita ut res ac omni sua substantia diligenter excolat et pupillum exinde nutrire vel ministrare faciat. Die Kinder haben nicht mehr als Nahrung und Versorgung zu beanspruchen, die Nutzung ihres Guts gehört dem Muntwalt. Das Motiv der Fürsorge für die Waisen liegt nur auf sittlichem Gebiete, die Vormundschaft als Rechtsinstitut kennt dieses Motiv nicht, der nächste Erbe nimmt das Vermögen an sich, um es vor Schädigung zu wahren und seine Erbanwartschaft zu sichern. War kein Verwandter da, der sich der Vormundschaft unterwinden wollte, sei es dass überhaupt keiner existierte oder dass kein Vermögen da war und die Liebe fehlte, welche eine Last auf sich nehmen wollte, bei der kein Nutzen herausschaute, so blieben die Kinder unbevormundet[7]

---

[6] Form. Turon. 24 (Zeumer S 148) = Rozière Nr 119.

[7] Es sei denn dass man nach Analogie von Ssp I 4 eine Pflicht der Verwandten zum Unterhalt der Waisen annehmen dürfte.

und waren nur so weit geschützt als die Unmündigkeit sie gegen Uebervortheilung im Handel und Wandel durch das Restitutionsrecht und der öffentliche Frieden und der Bannbefehl sie gegen Verletzungen und Vergehen schützte.

Aus diesem Rechtszustande erklärt sich ein Umstand, den man sonst auffallend finden müsste: die Quellen der ersten Zeit sprechen wenig von Vormundschaft, mehr dagegen von Minderjährigen und deren Behandlung. Denn die Vormundschaft an sich giebt nichts zu reden, sie ist der feste, unter keinem Zweifel stehende Muntbegriff; desto mehr Rechtssatzungen werden darüber nöthig, wie die Minderjährigkeit zu berücksichtigen sei, zumal wo eine Munt fehlt. Stellen wie lex Rib. 81 oder Cap. VII ad leg. Sal. c. 5, so oft zur Aufklärung über vormundschaftliche Fragen angerufen, können auf solche keine Antwort geben, weil sie diesen Gegenstand nicht betreffen.

Ausgeschieden werden dürften von dem rein deutsch-rechtlichen Quellenkreise die leges Burgundionum und Wisigothorum, in denen römischer Einfluss steckt, obschon die deutsche Grundlage doch selbst in ihnen (lex Wisig. IV 3, 3, lex Burg. 85) durchscheint. Dagegen steht das langobardische Edict in unsrer Frage noch völlig auf dem Boden rein germanischen Rechtes.

Das Edict scheint eine Vormundschaft über Minderjährige gar nicht als Regel, selbst nicht einmal als häufig vorkommend vorauszusetzen, eine Wahrnehmung, die sich schon Bluhme[8] aufgedrängt hat. Wenn man Ed. Liutpr. 58. 74. 75. 99. 117. 149 liest, wo von pueri infra etatem und ihren rechtsgeschäftlichen Bedürfnissen die Rede ist, so fragt man sich verwundert, wo denn der Vormund bleibe und was der für eine Rolle spiele. Wie wenig die Vormundschaft als Fürsorge für den Mündel functioniert, zeigen diese Stellen zur Evidenz. Es ergiebt sich aus ihnen das allgemeine Princip, dass der Minderjährige sich durch Rechtshandlungen nicht präjudicieren kann, dass deren Rechtsbeständigkeit bis zur Volljährigkeit suspendiert bleibt. Es kommen aber Fälle vor, wo rechtlicher Entscheid nicht mehr verschoben werden kann, wenn nicht für den Unmündigen selbst Nachtheile daraus entstehen sollen: z. B. er will eine Erbschaft theilen und aus einer ihm nicht passenden Gemeinderschaft herauskommen (Liutpr. 74), oder in echter Noth eine Liegenschaft verkaufen, findet aber keinen Käufer, weil Jedermann spätere Revocation fürchtet (Liutpr. 149). Wäre eine Vormundschaft als Fürsorge für den Mündel vorhanden, was wäre natürlicher, als dass der Vormund in solchen Fällen ermächtigt würde,

[8] Die Mundschaft nach Langobardenrecht, in Z f. RG XI 375.

etwa nach causae cognitio des Richters den mangelnden Willen des Mündels zu ergänzen? Aber davon ist keine Rede, sondern der Richter soll die Verwandten kommen lassen und mit ihnen nach Prüfung der Sache thun, was das Beste ist. Weiter war es ein alter Satz, dass Klagen gegen den Minderjährigen, wenigstens Civilklagen, ruhen mussten bis nach erreichter Mündigkeit; Liutpr. 75 hebt das auf, weil offenbar Unzuträglichkeiten daraus entstanden waren, weiss aber nichts von einem Vormund, der zu hören oder zu berathen wäre, sondern lässt den Richter mit den parentes proximi des Minderjährigen die Sache bereinigen. Darin liegt doch eine starke Widerlegung der landläufigen Ansicht von der altdeutschen Vormundschaft als einer Fürsorge.

Für die Frauenspersonen stellt sich das Verhältnis etwas anders: man vergleiche nur Roth. 204 und Liutpr. 58 mit einander, um den Unterschied zu sehen. Frauenspersonen — wir werden in § 171 näher darauf eingehen — sind geistig reif, ihre Rechtshandlungen nicht wegen Mangels des Intellectes widerruflich; sie können daher verbindliche Rechtsgeschäfte abschliessen, aber der Vormund muss einwilligen, weil seine Nutzung am Frauenvermögen dabei im Spiele ist. So ist Roth. 204 zu verstehen. Es liegt auch hierin keinerlei Princip der Fürsorge, auch dieses Edict des langobardischen Königs vertritt nur das Interesse des Vormunds.

Leider ist auch für Deutschland der ursprüngliche Bestand der Geschlechtsvormundschaft schwer allseitig zu ermitteln, denn sie ist schon sehr früh in der Zerbröckelung begriffen. Auf der Altersvormundschaft ruht der Schwerpunkt der Entwicklung und unser hauptsächliches wissenschaftliches Interesse. Im 13. Jahrhundert beginnt hier, wie oben bemerkt, die grosse Veränderung, welche aus der Munt eine Fürsorge, aus dem Recht eine Pflicht und eine oft saure Pflicht, aus der Hausgewalt eine Staatsanstalt macht. Es ist erstaunlich, welche Fülle von rechtsbildenden Factoren zusammentreffen musste, um das heutige Vormundschaftsrecht herzustellen. Zunächst die Auflösung des alten, die Familien bis in weite Kreise hinaus zusammenschliessenden Verbandes, die damit verknüpfte Verdrängung der Erbenanwartschaftsrechte aus den weiteren Kreisen, die überhand nehmende Verfügungsfreiheit des Einzelnen über sein Vermögen durch Vergabung auf den Todesfall, die daraus folgende Beseitigung des Anspruchs der Verwandten auf die Munt, Hand in Hand mit der Möglichkeit der Ernennung eines Vormunds durch letzten Willen; von anderer Seite kommend, aber ebenfalls durch die Lockerung des Familienverbandes hervorgerufen, das bei der öffentlichen Gewalt erwachte und mit der

Consolidation der Landes- und Grundherrschaften auch realisierbar gewordene Bewusstsein der Pflicht, an Stelle des lahm gewordenen Familieninteresses oder wenigstens in Ergänzung und Ueberwachung desselben die Vormundschaften zu bestellen; endlich die, zumal bei Verlängerung des Minderjährigkeitsalters sich aufdrängende Abhilfe gegen die unerträglich werdende Suspension der Rechtsbeständigkeit aller vom Mündel abgegebenen oder abzugebenden Willenserklärungen, in Verbindung mit der um dieselbe Zeit sich Bahn brechenden Möglichkeit freier Stellvertretung, welche das Mittel zu jener Abhilfe bieten musste: das mögen die wesentlichsten Factoren gewesen sein, welche ein ganz neues Institut geschaffen haben, das von dem alten untergegangenen nichts als den Namen der Vormundschaft übrig gelassen und übernommen hat.

Es genügt für die Aufgabe dieses Buches, die Umwandlung an der Altersvormundschaft nachzuweisen. Die Vormundschaft über Sinnlose folgt im wesentlichen den gleichen Grundsätzen, wie auch die im Mittelalter schon beginnende über Verschwender. Der Geschlechtsvormundschaft widmen wir zum Schlusse noch eine kurze Betrachtung.

II. Die Altersvormundschaft.

A. Das ältere Recht.

§ 166. 1. Die Mündel.

Das altdeutsche Recht kannte nicht verschiedene Abstufungen der Minderjährigkeit[1]; Unmündigkeit und Mündigkeit, gleichbedeutend mit Minderjährigkeit und Volljährigkeit, infra annos, infra aetatem legitimam esse und ad annos legitimos pervenisse sind die zwei einzigen Alter, mit denen das Recht rechnet. Die Grenze zwischen beiden war nach der Mehrzahl der Rechte das erreichte zwölfte Altersjahr[2]. In

[1] Die etwas unzuverlässigen, wohl auch vom römischen Recht beeinflussten, in der Praxis, so viel ich sehe, nicht anerkannten Angaben von Schwsp (W.) 52 Z. 18, 54 Z. 17 können hier füglich übergangen werden.

[2] Fränkisch: lex Sal. 24 § 5: puer infra XII annos. Langobardisch: Roth. 155: legitima aetas est, postquam filii duodecim annos habuerint. Sächsisch: Richtst. Landr. c. 43 § 4: de wile it binnen sinen jaren si, dat sin twelf jar; Reg. Westf. (Erhard) II Nr 249 oben § 158 Anm 11. Alamannisch: v. Wyss, Abtei Zürich, Urk. Nr 124: Konrad von Thengen „verburgete, daz sines bruder sun daz han sol stete, swanne er ze sinen tagen kumet . . . swenne mins hern Heinrichs sun von Tengen zwelfjerig wirt"; Freiburger Stadtrodel § 34. Daher sagt das Kl. Kaiserrecht II 17: der keiser hat gegeben von allererst dem sune zwelf jar zu sinen bescheiden tagen. — 15 Jahre in lex Rib. 81 und lex Burg. 87. Vgl. überhaupt

diesem Termin sind schon früh Aenderungen und particuläre Schwankungen eingetreten: bei den Langobarden hat ihn schon Liutpr. 19 (und 117) auf achtzehn Jahre erhöht, ebenso später eine Reihe von Stadtrechten, wie auch die goldene Bulle VII § 4 das achtzehnte Jahr als Mündigkeitsalter für die Kurfürsten angenommen hat, während in den bäuerlichen Grundherrschaften vielfach 14 und 16 Jahre begegnen[3].

War der Termin der Mündigkeit erreicht, so hatte der volljährig Gewordene das Recht, vom Vormund die Auslieferung seines Vermögens zu verlangen und damit überhaupt die Vormundschaft aufzuheben. Insofern kann gesagt werden, dass die Vormundschaft mit der Volljährigkeit endigte[4]. Je früher aber der Mehrjährigkeitstermin eintrat, desto häufiger muss es vorgekommen sein, dass der junge Mensch selber in eigenem Interesse noch bei dem Vormunde zu bleiben den Wunsch hatte und dass daher in seiner häuslichen Stellung äusserlich noch nichts verändert wurde. Was galt nun bezüglich seiner Rechtsstellung und seiner Vermögensverhältnisse? Unzweifelhaft genoss er jetzt der vollen Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit, so dass er Rechtshandlungen, die er fortan vornahm, später nicht mehr widerrufen konnte; das muss hier so gut wie bei dem Hauskinde angenommen werden und aus den gleichen Gründen (oben S 447 f.). Hingegen fragt sich, ob sein bisheriger Vormund, der nun sein Vermögen auch fernerhin noch bis auf weiteres unter sich hatte, in die Rolle eines blossen Verwalters eintrat, so dass er seinem früheren Mündel die Erträgnisse abliefern, seine fortan eingegangenen Schulden daraus tilgen musste u. s. w., oder ob er gleich dem Vater auch fernerhin bis zur Absonderung berechtigt war den Genuss für sich zu beziehen und demgemäss die Zahlung von Schulden zu verweigern. Juristisch ausgedrückt: behielt der Vormund die Gewere am Mündelgut zu rechter Vormundschaft mit allen daraus fliessenden Consequenzen, oder stand er von da an als „Amtmann", d. h. blosser Detentor, da? Für das letztere könnte man sich darauf berufen, dass eben doch von Rechtswegen die Vormundschaft mit der Volljährigkeit aufhörte, der Vormund also, wenn ihm auch der Mündel noch die Verwaltung seines Vermögens beliess, immerhin nicht mehr kraft Vormundschaft die Gewere daran haben konnte. Ich glaube aber, dass das nicht in alt-

---

Kraut, Vormundschaft I 112 ff.; Grimm, Rechtsalterthümer S 410 ff.; Stobbe, Handbuch I § 40.

[3] Vgl. z. B. Grimm, Weisth. I 3 Z. 17 v. o., S 64 Z. 5 v. o., S 202 Z. 26 v. o., S 38 Z. 2 v. u. u. s. w.

[4] Mon. Bo. XXXVIII Nr 21: postquam ad etatem pervenerit legitimam et nos ejus tutelam gerere cessaverimus.

deutschem Sinne gedacht wäre. Solang der junge Mann nicht aus der Hausherrschaft seines bisherigen Vormunds ausschied, blieben auch die bisherigen Rechtsbeziehungen zwischen ihnen bestehen, es fand zudem kein Akt statt, durch den die Gewere des Guts auf den bisherigen Mündel wäre übertragen worden, alles blieb beim Alten, und der Vormund blieb daher auch berechtigt, fernerhin das Gut zu geniessen und die Lösung von Verbindlichkeiten des jungen Mannes zu weigern. Es war das gleiche Verhältnis wie bei der väterlichen Gewalt. Hiegegen wird man auch nicht mit Grund einwenden können, dass Dritte, mit denen der nunmehr volljährig Gewordene contrahierte, dadurch benachtheiligt worden seien. Denn sie kannten die Verhältnisse oder hätten sie kennen sollen, sie mussten wissen, dass der junge Mensch noch kein disponibles Vermögen habe und dass sie daher aufs Warten angewiesen seien, bis er sein Gut selber beziehe und verwalte. Uebrigens spricht für die hier geltend gemachte Ansicht nicht blos in direktester Weise der Freiburger Stadtrodel § 34[5], sondern vorab der sächsische, durch den Ssp sehr bestimmt bezeugte Gebrauch.

Wenn ein Kind zu seinen Jahren kommt — das ist der Inhalt von Ssp I 42 —, so mag es eines Vormunds entbehren, so es will; es mag ihn aber behalten (oder einen andern nehmen)[6], wenn es dessen bedarf, bis es 21 Jahre alt ist; dann ist es zu seinen Tagen gekommen, und dann (so ist zu schliessen und stimmt auch zu Ssp I 2 § 1) muss es selbständig sein und also namentlich auch sein Vermögen selber vertreten. Es ist hier im Grunde nichts andres gesagt als in der eben angeführten Stelle des Freiburger Stadtrodels. Ein principieller Gegensatz gegen das süddeutsche Recht existiert nicht. Wir sehen, dass auch süddeutsche Rechte, solang sie bei dem ursprünglichen Mehrjährigkeitstermin von 12 Jahren stehen geblieben sind, die Möglichkeit eröffnet haben, dass der volljährig Gewordene sein Vermögen noch bis auf weiteres unter fremder Verwaltung lässt, sei es der des bisherigen oder eines neu gewählten Vormunds; was unsre modernen Anschauungen dabei fremdartig anmuthet, ist blos das, dass dieses Verhältnis geradezu als Vormundschaft, nicht in freierer Weise, etwa in Form eines Mandats zur Geschäftsführung und Vermögensverwaltung, behandelt

[5] Qui proximus eis (liberis) a patre fuerit, curam eorundem geret puerorum, et eos usque ad XII annos et amplius, donec bona sua non poposcerint, in cura sua retinebit.

[6] Hall. Schöffenbücher S 290 Nr 686: Katherine M. fragt Urtheils, da sie mündig sei, ob sie einen Vormund möge kiesen. Gefunden: da sie zu ihren Jahren gekommen, so möge sie wohl einen Vormund kiesen.

wird[7]. Das erklärt sich aber wohl genügend aus der Einfachheit und der Starrheit des alten Rechts: Mandat, Geschäftsbesorgung, freie Vermögensverwaltung u. dgl. mussten sich, wie oben (I § 47) besprochen, in der Bestellung einer Munt über das Vermögen realisieren, und so blieb auch hier die Munt das nächstliegende, allerdings dann mit der Consequenz, dass der Muntinhaber von dem Vermögen nichts für Zahlung von Vertragsschulden u. dgl. des Mündels herauszugeben brauchte, solang dieses Verhältnis dauerte. Dieser Gebrauch hat sich in Süddeutschland weniger allgemein und weniger lang erhalten, weil hier viel früher der Mehrjährigkeitstermin auf ein späteres Jahr hinausgeschoben wurde. In Sachsen hielt man stetsfort die 12 Jahre fest und kam dann auch, um diesen Mittelzustand nicht zu lange dauern zu lassen, auf die Festsetzung eines zweiten Termins von 21 Jahren, mit welchem derselbe nothwendig aufhören, der junge Mann selbmündig werden musste. Nach der Analogie der Zeitbestimmung von Jahr und Tag unterschied man dann diese zwei Termine als die des „zu seinen Jahren und zu seinen Tagen Kommens". In Süddeutschland ist immer und überall der eigentliche und einzige Mündigkeitstermin (früher 12 Jahre, später der hinaufgerückte) als der Termin des zu seinen Tagen Kommens bezeichnet worden[8].

§ 167. 2. Der Vormund.

Gemäss dem Charakter der alten Vormundschaft als einer reinen Munt, d. h. Hausherrschaft, die ein Recht der Familienangehörigen ist, giebt es nur „geborene" Vormünder; es kann also die Vormundschaft nur von solchen Personen beansprucht und übernommen werden, welche durch ihre Geburt als Angehörige der Familie zur Ausübung dieses Rechtes legitimiert sind, und als solche kommen vor allen andern Familiengliedern die Agnaten, die Schwertmagen in Betracht. Ob das zur Zeit der Volksrechte allgemein in Deutschland gegolten hat, ist kaum mehr zu ermitteln, ist aber wahrscheinlich, für Sachsen zumal sicher bezeugt durch lex Sax. 44, deren proximus paternae generis nach dem damaligen Sinn dieses Ausdrucks (vgl. § 186) nichts andres als der Schwertmag des Ssp sein kann. Im späteren Mittelalter weisen die ostsächsischen Quellen mit aller Bestimmtheit dem nächsten ebenbürtigen Schwertmag das Recht auf die Vormundschaft zu; statt aller Belege genügt Ssp I 23 § 1: Svar de sone binnen

[7] Wie genau Form und Wirkung der Vormundschaft gelten, zeigt für die dergestalt fortgesetzte Lehnsvormundschaft Homeyer II 2 S 495.

[8] Züricher Urk. in Anm 2; UB. Augsburg I Nr 271. 278 und sonst vielfach.

iren jaren sin, ir eldeste evenburdige svert mach . . . is der kindere vormunde[1]. In Süddeutschland wird statt dessen der nächste Vatermag genannt[2], was möglicherweise für die älteste Zeit mit Schwertmag identisch ist (vgl. § 186), später aber die durch männliche und weibliche Zeugungen vermittelten Nachkommen der männlichen Ascendenten bezeichnet; ja es ist schon früh sogar den Muttermagen das Recht auf die Vormundschaft mangels von Vatermagen eröffnet[3]. Die Reihenfolge , in der die Schwert- bezw. Vatermagen zur Vormundschaft berufen werden, hängt dem Motiv derselben entsprechend mit dem Erbrechte und der Erbfolgeordnung genau zusammen und mag daher hier übergangen werden.

Aus dem Wesen der Vormundschaft des alten Rechtes muss mit Nothwendigkeit folgen, dass eine Vormundbestellung durch den Richter nicht vorkam; die Volksrechte wissen von einer solchen nichts, selbst nicht zu dem Zwecke einer gerichtlichen Vertretung des vormundlosen Unmündigen; vielmehr erklären sie, dass in solchem Falle der Prozess bis zur Volljährigkeit ruhen müsse[4]. Eine Stellvertretung war ja überhaupt nicht möglich, selbst ein geborener Vormund konnte nicht Namens des Mündels und in einer diesen bindenden Weise für ihn handeln; wie hätte der Richter durch einen von ihm gegebenen Vormund das bewerkstelligen können? Die oben (S 487 f.) aus dem langobardischen Edict mitgetheilten Fälle einer Beiziehung von Verwandten bezwecken auch keine Vertretung des Mündels, sondern Bereinigung einer den Mündel angehenden Angelegenheit durch einen Akt der öffentlichen Gewalt anstatt des vom Mündel ausgehenden

[1] Weiteres bei Kraut, Vormundschaft I 166 f. und S 197 über den Fall der Unmündigkeit des nächsten Schwertmags. Hall. Schöffenb. S 226 Nr 188.

[2] Etwa Winterthurer Stadtr. 1297 III 24: der kinde nehster vattermag, der iro vogit solte sin. Stadtbuch von Augsburg Art. 98 § 1 (Meyer S 180): der phlaeger sol sin . . . ir nähster vatermak. Schwsp (L.) 59, (W.) 52 Z. 16. Zweifelhaft Freiburger Stadtrodel 34: proximus eis a patre.

[3] Form. Salom. Nr 14 (Dümmler S 18): patruus ejus vel avunculus. Die in Anm 2 citierten Stellen aus Schwsp und Augsburger Stadtbuch: hant si kainen vatermak, swaer danne ir nähster mutermak ist, der sol ir phläger sin. Hofrecht von Reichenburg Art. 21 (Kothing, RQ von Schwyz S 344): und ob nüt fründ vom fater werind, so soll manss von der muoter fründen ornen.

[4] Lex Rib. 81: usque XV. anno pleno nec causam prosequatur, nec in judicium interpellatus responsum reddat. Besonders bemerkenswerth Cap. VII ad leg. Sal. c. 5 (Behrend S 115): für ein Delict wird der Minderjährige persönlich vorgeladen und muss er persönlich, ohne Vormund, sich verantworten, wie er auch zur Busse (excepto fredo) verurtheilt wird. Aber für Civilsachen (hier ist speciell interpellatio de hereditate paterna vel materna genannt) wird der Prozess bis zur Volljährigkeit ausgestellt.

Privataktes. Die Unmöglichkeit einer Prozessführung für oder gegen einen Minderjährigen geht auch aus dem flagranten Missbrauche hervor, dass jemand eine Sache, die bei ihm vindiciert werden wollte, einem Unmündigen justitiae tollendae causa übergab, für welchen Fall das Cap. v. 829 c. 4 (Pertz I 353) die ausnahmsweise Bestimmung traf, dass alsdann der Vater oder sonstige Vormund des Kindes für dasselbe Rede und Antwort stehen solle, und das wird sofort auch auf andere Klagen, immerhin mit ausdrücklicher Ausnahme der im erwähnten Cap. VII vorbehaltenen de hereditate, ausgedehnt.

Ebensowenig kennt das alte Recht die Möglichkeit der Ernennung eines Vormunds durch den Vater für seine Kinder auf den Fall seines Todes. Denn der Vater kann die in der Person des nächsten Schwert- oder Vatermags begründete Anwartschaft nicht aufheben, so wenig als er das Erbrecht durch testamentarische Verfügung brechen kann. In diesem Sinne sagt das Magd.-Bresl. syst. Schöffenrecht IV 2, 62: keyn man mag vormunde kysyn synyn kindern by syme lybe, wen daz mag keyne vormundeschaft geheysyn, e dy vormundeschaft gevellit[5].

Hier mag nun auch die Frage angeschlossen werden, ob die Witwe nach dem Tode des Mannes Vormünderin ihrer Kinder habe werden können. Nach allem, was wir bisher von der altdeutschen Vormundschaft kennen gelernt haben, müssen wir sagen, dass im deutschen Rechte für eine solche Vormundschaft der Mutter kein Raum gelassen war. Jedenfalls nicht, solange die Frauenspersonen selber der Vogtei, die Witwe der Vormundschaft des Schwertmags ihres Ehemanns unterlag. Die Bestimmungen des burgundischen und des westgothischen Volksrechtes, wonach die Mutter bis zu ihrer Wiederverheiratung Vormünderin ihrer Kinder sein soll[6], führt man daher auch allgemein auf römisches Recht zurück. In Rechten des späteren Mittelalters tritt die Vormundschaft der Mutter vielfach auf[7]. Das erklärt sich aus der veränderten Bedeutung des Instituts im allgemeinen, womit in Verbindung zu bringen ist das gemeinderschaftliche Zusammensitzen der Mutter mit den Kindern in ungetheiltem Gute. Als Haupt der Gemeinderschaft hatte sie ohnedies die Verwaltung des Vermögens, und so lag es nahe, ihr geradezu eine Vormundschaft zuzusprechen, welche freilich oft und viel noch mit der Schranke einer Mitwirkung von Verwandten als Nebenvormündern umstellt blieb.

---

[5] Ebenso Glogauer RB. Art. 114. Vgl. Kraut, Vormundschaft I 204.

[6] Lex Burg. 59. 85 § 1; lex Wisig. IV 3, 3, IV 2, 13.

[7] Belege bei Stobbe, Handbuch IV 435.

Mit dem ursprünglichen Wesen der Vormundschaft wäre es nicht unvereinbar, dass ein Vormund, der das Vermögen der Mündel schlecht verwaltete und schädigte, von den weiteren Verwandten hätte abgesetzt werden können. Denn das Familieninteresse und die wenn auch entfernte Erbanwartschaft der Familienglieder stand auf dem Spiele. Aber es ist sehr charakteristisch, dass in den alten Quellen hievon nicht die Rede ist, und selbst der Ssp nur bei Vormündern von Frauenspersonen diesen Fall ins Auge fasst. Braucht doch sogar nach einem späteren Zusatze im Ssp I 23 § 2 der Vormund, wenn er der nächste Erbe des Mündels ist, selbst während der Dauer der für das mündig gewordene (zu seinen Jahren gekommene) Kind beibehaltenen Vormundschaft keine Rechenschaft darüber abzulegen (s. unten § 170). Nein, die Vormundschaft ist das starre Herrschaftsrecht des nächsten erbberechtigten Familiengliedes, das sich jeder Controle der weiteren Angehörigen entzieht.

§ 168. 3. Die Verwaltung.

Es ist von vorneherein im höchsten Grade bezeichnend für die Rechtsstellung, die der Vormund zu dem Vermögen des Mündels einnimmt, und damit überhaupt für das im Bisherigen geltend gemachte Wesen der Vormundschaft, dass der technische Ausdruck der Quellen für die Uebernahme der Verwaltung dahin lautet, der Vormund unterwinde sich des Gutes des Mündels. Sich eines Gutes unterwinden heisst: sich kraft dinglichen Rechts oder in Anmaassung eines solchen in Gewalt und Gewer setzen; ein blosser Verwalter oder Amtmann unterwindet sich nicht des Gutes, wenn er die Verwaltung antritt, weil er damit keine Gewere und kein dingliches Recht am Gute erwirbt. Der Vormund zieht kraft seines aus der Berufung zur Vormundschaft folgenden gesetzlichen Anspruchs auf die Gewere am Mündelgut das letztere in seine Gewalt. Daraus ergiebt sich, dass wenn ihm ein dritter Inhaber von Gegenständen, die zu dem Mündelvermögen gehören, deren Herausgabe verweigert, er gegen ihn in eigenem Namen, kraft seines dinglichen Anspruchs, nicht im Namen des Mündels, auf Herausgabe klagen kann. Der Mündel bleibt von diesem Prozesse unberührt, eine Abweisung des Vormunds mit seiner Klage präjudiciert der nach erreichter Volljährigkeit vom Mündel anzustellenden Vindication in keiner Weise, so wenig wie die Unterlassung der Vindication seitens des Vormunds.

Mit der Unterwindung des Gutes in die Gewere ist von selbst gegeben die Nutzung des Mündelvermögens durch den Vormund. Das

war so wenig zu verkennen, dass die ältere Litteratur durchweg die Vormundschaft als tutela usufructuaria bezeichnet hat. Es wird auch im Ssp und sonst des bestimmtesten bezeugt. Ssp I 11 und 23 § 1 verpflichten den Vormund bei Aufhebung der Vormundschaft blos zu Herausgabe des Vermögens so wie es in seine Gewere gelangt ist, wie es schon die Glosse des Joh. v. Buch zu I 23 verstanden hat, indem sie sagt: hir merke, dat unmundiger kindere gut nicht ne wint, und übereinstimmend damit die Glosse zum Weichbildr. 26 (v. Daniels S 303): ir sollet wissen, daz unmundiger kindere gut nicht gewinnet[1]. Dieser Satz, auch sonst rechtssprichwörtlich geworden (unmündig Gut kann nicht erwerben) oder in der auch für Frauen- und Kindergut gebräuchlichen Fassung „Mündelgut soll weder wachsen noch schwinden" weit verbreitet, erklärt sich nur aus dem Wesen und Begriff der alten Munt, aus diesem aber auch vollkommen und überaus genügend.

Mit dem Nutzungsrechte des Vormunds ist eng verbunden, dass er keine Caution zu leisten und keine Rechnung abzulegen braucht, solang die Vormundschaft dauert. Erst gelegentlich der Auslieferung des Vermögens hat er dem mündig Gewordenen die nöthigen Nachweise über dessen Bestand, allfällige Veränderungen und Verluste u. dgl. zu leisten, wonach dann der Mündel entscheiden mag, ob er ihn gerichtlich für Verluste haftbar machen will oder nicht. Selbst ein späterer Zusatz zu Ssp I 23 schreibt jährliche Rechnungsstellung zu Handen der Verwandten nur dann vor, wenn der Vormund nicht zugleich der nächste Erbe des Mündels ist[2].

Im einzelnen ist hier fast nur zu wiederholen, was schon bezüglich des vermögensrechtlichen Inhaltes der väterlichen Gewalt in § 158 ist ausgeführt worden. Der Vormund ist durch seine Gewere in Stand gesetzt, über sämmtliche Fahrnis des Mündels frei zu verfügen, unter Verantwortlichkeit gegenüber dem Mündel allerdings (gemäss Ssp I 11 und 23 § 1), aber der mündig Gewordene hat kein Vindicationsrecht bezüglich solcher veräusserter Mobilien gegen die dritten Erwerber, welche durch den Satz „Hand muss Hand wahren" geschützt sind. Bezüglich der Disposition über Liegenschaften des Mündels ist der Vormund durch das Revocationsrecht des mündig Gewordenen gebunden; findet er einen Liebhaber, der unter dieser Gefahr das Gut von ihm erwerben will, so steht einer Veräusserung factisch nichts im Wege.

---

[1] Siehe v. Martitz, Ehel. Güterrecht des Ssp S 169 Anm 4.

[2] v. Martitz a. a. O. S 170.

Man hat in den Quellen einige Ausnahmen finden wollen[3], die aber genau besehen nicht als solche gelten können: der Vormund ist berechtigt Mündelgut in einer für den Mündel verbindlichen Weise zu veräussern zur Fristung von dessen Leben bei schwerer Noth, oder zur Bezahlung von Erbschaftsschulden[4], oder behufs Theilung mit Miterben des Kindes. In allen diesen Fällen handelt es sich doch um reine Verwaltungsakte, zumal die beiden letztern sind Ausfluss der nothwendigen Erbschaftsliquidation, wozu der Vormund berechtigt sein muss, und den Mündeln kann kein Revocationsrecht, sondern höchstens eine Entschädigungsforderung gegen den Vormund wegen schlechter Wahrung ihrer Interessen daraus erwachsen.

Ohne Zweifel war der Vormund weiter berechtigt, ausstehende Forderungen des Mündels einzuklagen, und zwar nicht als Vertreter des Mündels in dessen Namen, sondern kraft seiner Munt in eigenem Namen. Von Erbschaftsforderungen versteht sich das wohl von selbst, aber ich möchte nicht beanstanden, dass der Vormund auch berechtigt war, kraft seiner Munt Ansprüche aus Rechtsgeschäften einzuklagen, die der Mündel während der Dauer der Vormundschaft abgeschlossen hatte und die sich als für ihn günstig erwiesen. So wird er sich auch der Bezahlung von Erbschaftsschulden nicht haben entziehen können[5], während selbstverständlich die vom Mündel selbst contrahierten Schulden sowohl gegen den Vormund als später gegen den mündig Gewordenen unklagbar waren.

Für Schaden, der aus Delicten des Mündels entstanden ist, haftet der Vormund in Folge seiner Munt und zwar nöthigenfalls mit seinem eigenen Vermögen. Darüber ist oben Bd. I § 27 einlässlich gehandelt; hier sei nur daran erinnert, dass Ssp II 65 § 1 bedingungslos den Satz aufstellt: svelken scaden it (das Kind) dut, den sal he (der Vormund) gelden na sinem werde, und erst ein späterer Zusatz beigefügt hat: mit des kindes gude.

Vertretung in Rechtsgeschäften aber giebt es nicht: der Vormund schliesst Namens des Mündels keine Verträge ab, kann Namens desselben keine Liegenschaft veräussern, kann also den Mündel in keiner

---

[3] Kraut, Vormundschaft II 19 ff.

[4] v. Wyss, Geschichte der Abtei Zürich, Urk. Nr 397: Nos H. tutor legitimus puerorum de Eschibach vendidimus castrum eorum Snabelburg pro precio CC marcarum, quas in solutionem debitorum dictorum puerorum sub gravibus usuris et obsidibus currentium convertimus ad eorum utilitatem.

[5] Darauf bezieht sich Magd.-Bresl. syst. Sch.-R. IV 2, 60: wil abir keyn man schult vordern von der selbyn kyndir wegin, der mus ouch wedir vor ere schult antwortin alz recht ist.

Weise verpflichten und binden. Wie es überhaupt keine Stellvertretung giebt, so ist es nicht denkbar, dass der Mündel, nachdem er mündig geworden, für Schulden, die der Vormund contrahiert hat, könnte belangt werden, denn alle solche Schulden hätte der Vormund nur in eigenem Namen eingehen können. Hat er sie noch während der Dauer der Vormundschaft aus dem Vermögen des Mündels bezahlt, so haftet er diesem für Ersatz; hat er Liegenschaften veräussert, so hat der mündig Gewordene das Recht der Vindication binnen Jahr und Tag bei jedem Besitzer[6]. Weil der Vormund den Mündel in keinem Rechtsgeschäft vertreten und hinwiederum der Mündel keinen bindenden Akt eingehen kann, müssen alle Rechtsgeschäfte, zu denen des letzteren Consens erforderlich ist, nach dieser Richtung suspendiert bleiben bis zur Volljährigkeit, namentlich also Liegenschaftsveräusserungen, zu welchen er als nächster Erbe einwilligen muss[7]. Hiefür wie überhaupt für die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen gilt durchweg das in § 158 über die Hauskinder Enthaltene. Nur mag hier noch darauf hingewiesen werden, dass im Lehnrechte in Bezug auf Unmündige die dort besprochenen Sätze besonders deutlich bezeugt sind[8].

B. Das neuere Recht.

§ 169. 1. Der Vormund.

Es ist schwer zu sagen, welcher von den mancherlei auf S 488 f. aufgeführten Factoren den hervorragendsten Antheil an der Umgestaltung des Vormundschaftsrechtes genommen hat. Das heutige durch Eisenbahn und Telegraph verwöhnte, ungeduldige und raschlebige Geschlecht würde vielleicht in erste Linie stellen das Bedürfnis einer sofortigen Erledigung der Geschäfte durch den Mündel bezw. seinen

---

[6] Die in Anm 4 citierte Urk. fährt fort: Infra annum . . . oblatis et persolutis predictis CC marcis pueri castrum recipiant, dicta venditione revocata ipso facto penitus et cassata. Si autem pueri infra annum pecuniam persolvere neglexerint, venditio rata perpetuo et irrevocabiliter perseveret. Der Fall ist nicht identisch mit dem im Text aufgestellten, aber die Analogie ist zutreffend und lehrreich. Es bedarf übrigens keiner besondern Belege für das im Text Stehende, sie sind schon in § 158 gegeben.

[7] Vgl. auch für einen andern Specialfall Brunner, Sippe und Wergeld (Z der Sav.-Stift., germ. Abth. III) S 74 Anm 1: „Die vom Vormund abgeschlossene Sühne bindet den Minderjährigen nicht. Wählt er nach erreichter Grossjährigkeit die Fehde, so muss . . . der Vormund das empfangene Sühngeld zurückerstatten, welches er für diese Eventualität aufzubewahren hat."

[8] Homeyer, Sachsenspiegel II 2 S 481 ff.

Vormund, so, dass beispielsweise eine Liegenschaftsveräusserung durch sofort wirksamen Consens des Mündels definitiv könne vollzogen werden, der Erwerber nicht noch Jahre lang unter der Drohung des Widerrufes bleiben müsse. Aber nach dieser Richtung wurden gar nicht einmal grosse Uebelstände empfunden: wir werden sehen, dass gerade in dieser Anwendung das alte Recht sich am längsten erhalten hat.

Die Hauptsache war doch die Umwandlung der Anschauungen über die Munt. Die väterliche Gewalt konnte ihren ursprünglichen Charakter weit leichter im wesentlichen beibehalten, weil zwischen Vater und Kindern nach wie vor ein strenges, auf Herrschaft und Unterordnung gegründetes Familienverhältnis fortbestand, für welches der Begriff der Hausgewalt ein unentbehrliches Moment blieb. Zwischen Vormund und Mündel hatten sich diese engen Beziehungen im Laufe der Zeit gelockert, die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Familienangehörigen waren aus den weiteren Kreisen der Familie zurückgewichen, es fand auch kein solches Zusammenhalten und Zusammenhaushalten ganzer Geschlechter mehr statt wie früher, welches bewirkte, dass die Hausherrschaft des nächsten Schwertmags über Unmündige sich von selbst ergab und dem Familiensinne wie der Familienorganisation alle vormundschaftlichen Aufgaben überlassen bleiben konnten. In den Städten, wo die Aenderung zuerst eintrat, gab es nicht mehr die grossen Gemeinderschaften der Bauern[1], in denen Brüder und selbst Vettern zusammen geblieben waren, so dass bei einem Todesfalle die Kinder des Verstorbenen ohne weiteres der Hausherrschaft des Nächstberechtigten unterstellt blieben. Der grossentheils eingewanderten Bevölkerung der Städte waren diese weitverzweigten Familien- und Hauswesen entfremdet, und auch die altangesessenen Geschlechter unterhielten nicht mehr den alten engen Verband, theilten die Vermögen unter ihre Mitglieder zu freier Verfügung und Vererbung, und mit dem Erbanwartschaftsrechte schwand auch das Interesse an der Muntanwartschaft. Schon früh kommt es auf, dass der Vater seinen Kindern auf den Todesfall einen Vormund kiest; so treten neben die geborenen die „gekorenen" Vormünder.

Das magdeburgische Recht hat sich am längsten gegen dieses neue Princip der Ernennung des Vormundes durch den Vater gesperrt[2], noch zu einer Zeit, da die auf westfälisches Recht gegründeten

[1] Wie z. B. die in den Ann. Altah. (Pertz, Script. XX 792) erwähnte, wo ein Vater mit sechs Söhnen und deren Familien zusammenwohnte, im ganzen 50 Menschen.

[2] Magd. Fr. I 8, 8 und oben § 167 Anm 5.

Städte es schon längst adoptiert hatten[3]. Auch in den süddeutschen Städten[4] ist es um diese Zeit (2. Hälfte des 13. Jahrhunderts) weit verbreitet und erscheint besonders auch im Schwabenspiegel anerkannt[5]. Dass aber damals diese Befugnis des Vaters zur Ernennung eines Vormundes noch keineswegs allgemein als zweifellos angesehen war, zeigt die Urkunde von 1273[6], worin Ulrich von Nordinkon, als er seinen Kindern einen Vormund bestellte, den Consens seines Bruders einholte, welcher jus quod habebat ratione propinquitatis in predicta tutela plenarie resignavit. Da es sich, wie aus diesem Beispiele ersichtlich, um ein jus tutelae und Einräumung eines als Immobile gedachten Herrschaftsrechts handelte, so war die Form der Bestellung die der Eigenthumsübertragung auf den Todesfall, wofür in Süddeutschland Ausstellung eines Briefes genügte (Schwsp 22, oben S 124), in Sachsen gerichtliche Auflassung erfordert war, daher in Magdeburg sich die Vormundsbestellung auf dem Wege der Stedigung vor Gericht in die Praxis einführte[7].

Gleichzeitig tritt nun auch die Bestellung von Vormündern durch den Richter auf. Dabei scheint aber anfangs das Motiv einer Fürsorge für den Mündel nicht vorgewaltet zu haben, sondern sie wurde auf ein dem Landes- (Stadt- oder Grund-) Herrn zustehendes Herrschafts- (obrigkeitliches) Recht zurückgeführt. Die Analogie ist der Anfall des erblosen Gutes an den Richter. Waren keine Familienangehörigen da, welche den Anspruch auf die Vormundschaft erheben konnten, so fiel das Recht an den Richter. Mangels von Magen, sagt das lüb. Recht (Hach) II 100, mag sich der Vormundschaft niemand unterwinden ohne des Raths Willen, „wante dat der stat to boret".

---

[3] Lüb. R. (Hach) I Art. 23; Hamburger Stadtr. von 1270 V 2; Bremer Stat. von 1303 (Oelrichs S 25) Art. 8.

[4] Zu den frühesten gehört der Freiburger Stadtrodel § 34.

[5] Schwsp (L.) 65, (W.) 54 S 53 Z. 3: Ein vater mac bî sînem lebenden libe sînen kinden einen phleger geben, ob er wil, swer der ist, dem er wol getriwet, dem enphelh er sîniu kinder unde ir guot. Swenn er stirbet, sô sol sich der phleger der kinder unde ires guotes underwinden.

[6] Blumer, Staats- und Rechtsgesch. der schweiz. Demokratien I 184 Anm 112. Auch in den Hallischen Schöffenbüchern findet sich noch vielfach der Verzicht der geborenen Vormünder, z. B. S 20 Nr 101: Cone v. P. is comen in geheget ding unde hevet vertegen de vormuntscap uppe sines bruder kinderen unde alle des, des in an gevallen mach an der kindere guder.

[7] Magd. Fr. I 8, 8; Hallische Schöffenbücher S 20 Nr 101, S 23 Nr 123, S 25 Nr 137, S 98 Nr 929, S 101 Nr 958 u. s. f. immer Vormundsbestellung in gehegtem Ding, und zwar in der sehr bemerkenswerthen Form, dass dem gekorenen Vormund das Gut zu Vormundschaft übergeben wird. Vgl. oben § 168 am Anfang.

Für diese Auffassung spricht, dass noch lange Zeit der Richter sich um die Vormundschaft in keiner Weise bekümmerte, wenn sie von den Verwandten ausgeübt wurde: er hatte keinen Anlass dazu, denn er war nicht anwartschaftsberechtigt. Lehrreich und bemerkenswerth sind manche Aeusserungen von Weisthümern hierüber, obschon zuzugeben ist, dass bei der knappen Fassung der bezüglichen Bestimmungen das Motiv dieser grundherrlichen Bestellung von Vormündern oft dunkel bleibt. Der einfache Satz: niemand anders als die Herrschaft soll Waisen in dem Hof bevogten[8], deutet auf das sogar die Magen ausschliessende alte strenge Munt- und Herrschaftsrecht des Grundherrn; wird dann etwa noch beigefügt: mit Leuten die dem Kind nutzlich sind[9], so könnte damit eher der neue Gedanke der Pflegschaft hinzugetreten sein. Wenn sodann öfter verlangt wird, dass der Vogt dem Grundherrn Rechnung ablegen müsse, so kann das der Ueberrest einer ursprünglichen Rechenschaft gegenüber dem Muntoberherrn sein, obschon es auch oft, wie z. B. in dem sonst alterthümlich anmuthenden Weisthum von Tannegg und Fischingen[10], das Motiv der Fürsorge durchblicken lässt.

Unter allen Umständen hat dieses letztere Motiv seit dem 14. Jahrhundert mehr und mehr den Sieg davon getragen und wesentlich das Vormundschaftsinstitut zu der unter die Leitung und Controle des Staats gestellten Anstalt gemacht, als welche es im heutigen Rechte figuriert. Wie mehr und mehr die obrigkeitliche Gewalt dazu vorgeschritten ist, auch die kraft Verwandtschaft Berufenen wenigstens zu bestätigen, und mangels Präsentation eines tauglichen Vormundes aus der Familie in allen Fällen selbst Vormünder zu ernennen, ist durch die moderne Rechtsbildung entwickelt worden und kann von unsrer Aufgabe ausgeschlossen bleiben.

§ 170. 2. Vertretung und Verwaltung.

Eine naturgemäss verlaufende, nicht gewaltsam beeinflusste Rechtsbildung bewegt sich nie, zumal nicht bei zurücktretender Gesetzgebungsthätigkeit, in Sprüngen von einem Extrem in das andere, sie sucht Uebergänge aller Art, seien es auch nur Formen, wie Fictionen u. dgl. Auch das neue Vormundschaftsrecht hat sich ganz allmählich aus dem alten Muntrecht herausgearbeitet. Wir verfolgen das nach

[8] Z. B. bei Grimm, Weisth. IV 293 § 6.
[9] Grimm, Weisth. IV 490 § 29.
[10] Grimm, Weisth. I 278 Z. 21 v. u.

den zwei Hauptseiten: Vertretung des Mündels und Verwaltung des Mündelvermögens.

Seitdem der Mündigkeitstermin immer höher hinaufgerückt wurde, wie in Süddeutschland hauptsächlich, mochte man es als einen Uebelstand empfinden, dass alle Rechtsgeschäfte, zu denen eine Mitwirkung der Mündel erforderlich war, so lange bezüglich ihrer Vollwirksamkeit in suspenso bleiben mussten. In den Urkunden verfolgen wir das besonders deutlich betreffs der Veräusserung von Liegenschaften, sei es dass Mündel den Erbenconsens zu solcher zu ertheilen hatten, sei es dass es sich geradezu um ihre eigenen Immobilien handelte. War blosser Erbenconsens seitens der Mündel zu geben, so behalf man sich noch eher mit dem alten Recht; der Verkauf konnte da doch vor sich gehen, und mit gehöriger Bürgschaft des Veräusserers für die später beizubringende Resignation der Kinder konnte sich der Erwerber befriedigen. Daher erhielt sich namentlich in dem analogen Falle, wo der Vater eine ihm gehörige Liegenschaft veräusserte, die Verbürgung des Verzichts minderjähriger Kinder noch lange[1], hier allerding sum so eher, als der Vater nicht in eigener Sache zugleich als Vertreter der Kinder handeln konnte, also Bestellung eines besondern Vogtes ad hoc für die Kinder erforderlich geworden wäre. War dagegen der Consens eines Bevormundeten zu der Liegenschaftsveräusserung eines Verwandten nothwendig, so liess man diesen Consens zunächst durch den Vormund unter Verbürgung der Genehmhaltung abgeben, und ging dann allmählich zu der leichteren Form der für den Mündel bindenden Erklärung des Vormundes über. Dasselbe geschah nun auch bei Veräusserung liegender Güter der Mündel durch den Vormund. Hiefür geben die Urkunden viele Belege, und ich will einiges hier mittheilen, woraus sich der Fortschritt der Entwicklung besonders klar darstellt.

Als i. J. 1259 Ludwig von Liebenzell für sich und Namens seiner Neffen, quorum legitimus erat tutor, zu Gunsten des Klosters Lichtenthal einen Zehnt resignierte, verlangten die Klosterfrauen von ihm Caution für spätere Genehmhaltung durch die Mündel, und er entsprach diesem Begehren, aber mit der Bemerkung: licet sufficere videretur, quod eorum negotia, quorum legitimam gessi tutelam, tamquam propria procurassem, tamen ex habundanti cautionem me obtuli prestiturum[2].

---

[1] Z. B. UB. Augsburg I Nr 271. 278; Cod. dipl. Francof. (Böhmer) S 331; NR. UB. III Nr 71 u. s. w.

[2] Mone, Z für die Geschichte des Oberrheins VII 95.

So genau wurde es von dem Stifte Salem nicht mehr genommen, als ihm i. J. 1293 Herman von Hornstein tamquam tutor Heinrici filii de Nufron das Breitenholz verkaufte. Es begnügte sich mit dieser einfachen Erklärung[3]. Meist dagegen suchte man doch noch gewisse Garantien: i. J. 1290 erging von Schultheiss und Rath von Weil der Stadt ein Weisthum des Inhalts, dass ein Vormund bei Veräusserung von Liegenschaften des Mündels schwören solle, es gereiche dem letzteren zum Nutzen[4]. Oder es mussten die Verwandten der Mündel erklären, dass sie das Geschäft für dieselben erspriesslich ansähen, wie es i. J. 1302 heisst: Heinricus de Tengen tutor puerorum quondam Berchtoldi de Eschibach nomine dictorum puerorum Waltheri et Mangoldi tradidit jure proprio domui in Honrein curiam eorum: promittentes tutor et prefati W. et M., quia amici eorum prefata recognoverunt eis esse proficua, ea rata et firma perpetuo tenere[5].

Besonders vorsichtig war man noch in Augsburg, als i. J. 1295 Heinrich der Spul eine erbsweise an seine Kinder gefallene Liegenschaft veräussern wollte; die Kinder wurden hier mit einem besondern Pfleger versehen, welcher von dem Vater den Kaufpreis in Empfang nahm und ihn dem Rathe der Stadt in Verwahrung gab mit Consens andrer Verwandten der Kinder zu deren Nutzen, worauf das Gericht auf die Anfrage, ob spätere Anfechtung der Kinder zulässig sei, das Urtheil gab: wan diu aigen mit der phleger rate und willen verchauft wären und auch diu chint mit den phenningen hindan geschaiden wären und die selben phenninge in der burger gewalt enpholhen und gelegt heten den chinden ze nutze, daz diu selben chint diu vorgen. aigen nimmer mer mit rehte angesprechen mohten, und daz sich diu chint haben solten an die phenninge[6].

Seit dem Anfang des 14. Jahrhunderts fallen diese Vorsichtsmaassregeln mehr auf die Seite und der Vormund gilt als ermächtigt, Namens des Mündels zu handeln. Wo der Vater den Vormund ernannte, räumte er ihm dieses Recht anfangs noch ausdrücklich ein,

---

[3] Mone a. a. O. III 241.

[4] Mone a. a. O. II 254: Nos G. scultetus ceterique cives in Wile: talis sententia in forma judicii nostri a judicibus nostris fuit lata, quod quicunque tutor pupillorum bona immobilia fidei sue commissa alienaverit, si corporali prestito juramento probaverit, se alienationem fecisse ad utilitatem pupillorum, venditio et alienatio rata perpetuo permanebit.

[5] v. Wyss, Geschichte der Abtei Zürich, Urk. Nr 396. Aehnlich Trouillat II Nr 145 und sonst öfter.

[6] UB. Augsburg I Nr 149.

wie i. J. 1319 Vögte, die vom Vater gekoren waren „zu thun mit dem Gute was sie wollen", an der Kinder Statt auf alle Rechte an einem Zinse verzichten[7].

Das findet sich nun fortan als Regel in verschiedener Form, sei es dass der Mündel persönlich mit Consens des Vormunds[8], sei es dass dieser Namens des Mündels handelt[9]. Besonders hübsch spricht es sich in einigen Weisthümern aus: der Vormund soll das Kind an seinen Arm nehmen und es vor das Obdach tragen sieben Schuh weit und mit des Kindes Hand und sein selbst Mund das fahrende Gut des Kindes vergeben mögen, wem er will, nur nicht sich selbst[10]. Das Princip der Vertretung des Mündels durch den Vormund gelangt nun auch in die eigentlichen Rechtsaufzeichnungen, so in die Goslarer Statuten (26 Z. 30)[11], in das Rechtsbuch nach Distinctionen (I 44 d. 4). Es ist des bestimmtesten ausgebildet in der Praxis des Magdeburger Schöffenstuhls; besonders lehrreich ist ein Schöffenspruch bei Wasserschleben S 175 c. 43: Zwei Geschwister machen ihr Erbenwartrecht geltend auf den Antheil eines aus der elterlichen Erbschaft stammenden Gutes, den ihre Schwester ohne ihren Willen während ihrer Unmündigkeit veräussert hat. Die Schwester antwortet, der Verkauf sei rechtsbeständig, weil der Vormund der Geschwister (der Kläger) binnen Jahr und Tag nicht widersprochen habe, und das Gericht erkennt: Hat der Vetter die Kinder in Vormundschaft vorgestanden, so können die Kinder dem Manne, dem die Schwester ihren Antheil verkauft hat, denselben nicht streitig machen, sondern sie mögen ihren Vormund darum ansprechen, dass er sie nicht getreulich vorgestanden hat. Das Glogauer Rechtsbuch c. 14 stellt ebenfalls die Haftpflicht des Vormunds auf: der Vormund allein ist den Mündeln für den Verkauf ihres Gutes verantwortlich, und wenn er todt ist, sein Vermögen. Die Magdeburger Fragen und das Systematische Schöffenrecht stellen öfter den Satz auf, dass der

---

[7] Mone, Z f. d. Gesch. des Oberrheins V 466.

[8] Z. B. Trouillat II Nr 228 (v. J. 1278), Nr 462 (1298) u. sonst.

[9] Das ist das Häufigere. Aus den Beispielen der Urkundenbücher hier blos noch zwei, ein bairisches und ein sächsisches: Mon. Bo. IX 600 Nr 46 (1304): Nos Rodolfus dux Bawarie pro nobis et fratre nostro L., cujus vices nomine tutorio in omnibus peragendis gerimus, confirmamus etc. UB. Ilseburg I Nr 150 (1295): Nos Albertus Saxonie dux nomine nostro et Johannis, Alberti et Heinrici patruorum (Neffen) nostrorum, quorum tutelam gerimus etc. Es kommt auch vor, dass der Vormund consensu liberorum handelt: Trouillat II Nr 254 (v. J. 1280).

[10] Grimm, Weisth. I 13 § 26, IV 273 § 11 a. E.

[11] Merkwürdigerweise findet es sich schon im Privileg Friedrichs II. für Goslar von 1219 (Göschen S 112 Z. 22 f.).

Vormund gewonnenes Gut der Kinder frei verkauft, Erbgut dagegen mit Consens ihrer Erben, und wenn er selber nächster Erbe der Kinder ist, so bedarf er auch bei Erbgut keines weiteren Consenses[12]; Revocation der Veräusserung steht also den mündig gewordenen Kindern nicht mehr zu. Dass unter solchen Umständen auch das Recht des Vormunds, die Erbschaft des Mündels behufs Zahlung von Erbschaftsschulden zu veräussern und zu liquidieren, keinen Anstand mehr findet, ist natürlich[13].

Im Blick auf diese Rechtsentwicklung bleibt es eine überraschende Erscheinung, dass oft bis in späte Zeit sich doch noch particularrechtlich die Verbürgung des Vormunds gegenüber dem Erwerber einer Mündelliegenschaft für spätere Ratihabition des mündig Gewordenen erhalten hat. Die Basler Gerichtsprotokolle weisen das noch im 15. Jahrhundert auf[14]. Es ist das ein Beleg für das oben (S 499) Bemerkte, dass die Unbequemlichkeit der Suspension des Geschäfts bis zur Volljährigkeit des Mündels nicht zu stark empfunden wurde.

Was wir urkundlich für die Veräusserung von Mündelliegenschaften bisher verfolgt haben, darf nun wohl ohne Bedenken auch für Eingehung von Verpflichtungen angenommen werden. Konnte der Vormund Mündelgut veräussern, wenn es in dem Interesse seiner Pflegbefohlenen lag, so musste er auch in ihrem Namen Schulden machen können, wenn es ihr Bedürfnis erforderte. Das alte Recht wusste hievon nichts, weil der Vormund die Kinder, so lang es ihm überhaupt diente sie in seiner Munt zu haben, auch auf eigene Kosten unterhalten musste; wurde es ihm zu lästig, so gab er die Munt auf. Jetzt ist das anders: er muss die Kinder bevormunden, er hat auch, wie wir sehen werden, die Nutzung ihres Vermögens nicht mehr, es kann ihm also auch nicht die Gegenleistung des Unterhalts der Kinder zugemuthet werden. Was er Namens der Kinder an Schulden contrahiert, ist daher giltig, vorbehalten Ersatzpflicht an die mündig Gewordenen,

---

[12] Magd. Fr. I 8, 4 erläutert durch Syst. Schöffenr. IV 1, 16.

[13] Magd. Fr. I 8, 1 u. 2; Glog. RB. Art. 101 und bes. 102. Merkwürdig ist, dass zu solchen Veräusserungen von Mündelgut behufs Zahlung von Erbschaftsschulden der Erbenconsens doch noch als nothwendig beibehalten war, Magd. Fr. I 8, 2. Offenbar nicht in dem Sinn, dass die Erben durch Verweigerung des Consenses die Bereinigung der Schuld hintertreiben konnten, sondern nur so, dass sie das Gut durch Bezahlung der Schuld auslösen konnten. Denn gemäss Magd. Fr. II 2, 6 können die Gläubiger auf das Gut die Execution richten, wenn die Erben den Verkauf nicht gestatten wollen.

[14] Z. B. Gerichtsprot. von 1416 27. Jan. Andreas Ospernell gab zu kaufen im Namen seiner Vogtkinder, für die er auch troste als ein Vogt und in Vogtes Weise diesen Kauf stete zu halten, auch so sie zu ihren Tagen kommen.

falls er sie hierin nicht getreulich vorgestanden hat, nach Analogie des oben mitgetheilten Falles aus Wasserschleben S 175.

Dieser neue Grundsatz der Vertretung des Mündels durch den Vormund in allen Rechtshandlungen musste nothwendig auch die Principien der vormundschaftlichen Verwaltung in eine neue Bahn treiben. Das Vermögen des Mündels war jetzt viel entschiedener dem Vormunde preisgegeben und durch unredliche oder unbedachte Handlungen desselben viel mehr gefährdet als früher, zumal die Liegenschaften. Das Recht musste daher gleichzeitig zu Sicherungsmitteln greifen, und solche wurden in einer stets wachsenden Controlierung der vormundschaftlichen Verwaltung gefunden. Auch in dieser Beziehung aber ist nur schrittweise das alte Recht zerbröckelt und die uns geläufige Anschauung zum Durchbruche gekommen.

Oft erhielt sich noch längere Zeit das Recht des Vormundes auf Nutzung des Mündelgutes, also der Satz, dass Mündelgut weder wachsen noch schwinden solle. Aus diesem Grunde spricht wohl das Urtheil der Magd. Fr. I 8, 5 dem Vormunde noch immer das Recht gegenüber der Mutter zu, die Kinder zu sich zu nehmen. Bei gekorenen und gar vom Richter gesetzten Vormündern dagegen fiel jeder Grund weg, ihnen die Nutzung des Gutes zu gewähren, und dieser Grundsatz verschwand auch bei den geborenen unter dem Einfluss der modernen Anschauungen und der mit mehr und mehr Strenge gehandhabten Beaufsichtigung der Verwaltung. Der Vormund wird verpflichtet, bei Veräusserung von Liegenschaften des Mündels die Wiederanlegung des Erlöses in andern Liegenschaften zu verbürgen[15], und weiterhin wird jährliche Rechnungsstellung dem Vormund vorgeschrieben. Der schon früher erwähnte Zusatz zu Ssp I 23 § 2 giebt über die allmähliche Ausdehnung dieser Pflicht erwünschte Auskunft. „Sve aver des kindes erve is, dem sal des kindes vormunde bereden (d. h. berechnen) von jare to jare des kindes gudes unde ine des gewis maken, dat he is in unplicht nicht ne verdu, sint dat kint to sinen jaren komen is. Svar aver die vormünde is ok erve, die ne darf nemanne berekenen des kindes gut noch bürgen setten." Zweifellos ist darnach, dass der Vormund, welcher zugleich nächster Erbe des Mündels ist, nicht zur Rechnungsstellung verpflichtet wird, womit übereinstimmt Magd. Fr. I 8, 8. Ebenso ist aus dieser Stelle zu entnehmen, dass der Vormund, der nicht nächster Erbe ist, dem Erben

[15] Wasserschleben S 137 c. 4, S 428 c. 85 verbis: unde saczte eynen hoff vor dem unmundigen kinde czu verburgen. UB. Augsburg I Nr 149 oben Anm 6.

jährliche Rechnung ablegen muss; fraglich bleibt nur, für welche Periode der Vormundschaft das gemeint ist. Rive (II 1, 28) und v. Martitz (S 170 Anm 7), so verschiedene Ansichten sie sonst über die Pflicht zur Rechnungsablegung haben, stimmen doch darin überein, dass nach obiger Zusatzstelle diese Pflicht für den Vormund von Anfang seiner vormundschaftlichen Verwaltung an, auch während der Unmündigkeit des Mündels, bestehe. Diese Ansicht steht aber im Widerspruche mit dem Worte „sint", das nun einmal „seit" bedeutet; schon Kraut II 49 f. hat das bemerkt. Wir haben keinen Grund, es mit diesem Worte nicht genau zu nehmen. Es entspricht trefflich der allmählichen Ausbildung der vormundschaftlichen Controle, dass die Rechnungsstellung zuerst nur gefordert wird von dem Momente an, da der Mündel nur noch freiwillig unter Vormundschaft steht. Das war die erste, in diesem Zusatze zum Ssp erreichte Stufe: das Magdeburg-Breslauer Recht von 1261 § 49[16] steht noch auf diesem Boden. Dagegen das Magdeburg-Görlitzer Recht von 1304 Art. 37[17] dehnt die Pflicht zur Rechnungsstellung auf die ganze Vormundschaftszeit aus und Art. 134 und das Systematische Schöffenrecht IV 2, 61 verlangen sie sogar zweimal im Jahre. Auch Caution wird der Vormund vielfach den Erben zu leisten angehalten[18].

Ich darf mich nach Feststellung der grundlegenden Factoren enthalten, die immer schärfer werdende Ausbildung der daraus gezogenen Consequenzen weiter zu verfolgen. Es hätte das für die hier vorliegende Aufgabe keinen Zweck. Und es ist nun auch ohne weiteres verständlich, wie diese einmal eingeschlagene Richtung mit Nothwendigkeit auf die in den Reichspolizeiordnungen des 16. Jahrhunderts sanctionierte Gestaltung der Vormundschaft als eines im Interesse der Mündel aufgestellten Instituts mit stark angespannter Verantwortlichkeit der Vormünder auslaufen musste. Wie die Reichspolizeiordnungen das naturgemässe Ergebnis der nationalen Entwicklung sind, so kann auch von Reception des römischen Rechts nicht wohl die Rede sein,

---

[16] Bei Laband, Magdeburger Rechtsquellen S 20: Swanne ein kint zwelif jare alt ist, zo mach iz zo vormunden wol kiesen swen so iz wil, unde swer vormunde ist, der muz rechenen zu rechte der muter unde den kinden, waz mit deme gute getan si.

[17] Bei Gaupp, Das alte magdeburgische und hallische Recht S 284.

[18] Hall. Schöffenb. S 281 Nr 612: Bethe, Matthias Korfs Witwe, fragt Urtheil, da Klaus Korf des Kindes Vormund sein will und des Kindes Gülte und Fahrnis aufnimmt, ob er der Frau nicht soll verbürgen die Vormundschaft, dass sie wisse, was aus ihres Kindes Gülten und Fahrnis werde, weil sie der nächste Erbnehmer sei. Gefunden, dass die Frau das Urtheil gewonnen habe.

und ist auch unser heutiges Vormundschaftsrecht das nationale, seit dem 13. Jahrhundert entwickelte. Die Parallelisierung der Vormundschaften des deutschen Rechts mit der römischen tutela dativa, legitima und testamentaria ist eine Spielerei so gut wie die Frage, ob unsere Vormundschaft römische tutela oder cura oder beides sei (hodie jura tutelae et curae confusa esse), denn sie ist keines von beiden und auch keine Vermischung beider.

III. Die Geschlechtsvormundschaft.

§ 171. A. Ursprüngliche Gestaltung.

Die herrschende Ansicht lässt sich dahin zusammenfassen: die aus der Geschlechtsschwäche sich ergebende Unselbständigkeit des Weibes war das Motiv der in Bestellung einer Vormundschaft sich äussernden Fürsorge für die Frauenspersonen; im Laufe der Zeit änderten sich die Anschauungen, traten Abschwächungen der Vormundschaft ein, und verschwand schliesslich die Geschlechtsvormundschaft ganz, oft schon im Mittelalter noch. Dazu wäre vorerst das zu bemerken: ist wirklich die Unselbständigkeit wegen Geschlechtsschwäche in alter Zeit das Motiv der Vormundschaft gewesen, so bleibt für die spätere Zeit nur die Wahl zwischen den zwei Alternativen: entweder die Frauen sind der Geschlechtsschwäche und der daraus entspringenden Unselbständigkeit entwachsen und dadurch ist die Vormundschaft hinfällig geworden, oder man hat im Laufe der Zeit die Entdeckung gemacht, dass man sich früher gröblich geirrt hat, die aus der Geschlechtsschwäche resultierende Unselbständigkeit der Weiber eine Fabel sei, und daher dem Weibe nicht mehr dürfe vorenthalten werden, was ihm von Gottes und Rechts wegen gebühre. Da diese beiden Alternativen gleich undenkbar sind, so müssen wir uns schon für das ältere Recht nach einem andern Motive der Geschlechtsvormundschaft umsehen.

Der Grund liegt nicht in einer Schutzbedürftigkeit der Frauenspersonen, sondern in ihrem Ausschluss vom öffentlichen Leben und zumal vom gerichtlichen Verkehre. Die Fähigkeit, ihr Vermögen selber zu verwalten, Fahrnis zu veräussern, Schulden zu contrahieren, war ihnen an sich und um ihrer selbst willen nicht abgesprochen; wir müssen für das älteste Recht entschieden die Möglichkeit annehmen, dass eine familienlos dastehende Frauensperson selbständige Haushaltung führte, rechtsverbindlich kaufte und verkaufte, was ihr dazu von nöthen war, und an dem Rechtsverkehre des gewöhnlichen Lebens sich selbständig betheiligen konnte. Ihre Stellung war erst dann eine unsichere, wenn sie in diesem Verkehre Unrecht litt oder sonst Gewaltthätigkeit

gegen sie geübt wurde. Wollte sie das ihrer Selbständigkeit zu Liebe ertragen, so hinderte sie Niemand daran und wies sie die Staatsgewalt unter keine Vormundschaft. Wollte sie aber der Rechtshilfe gegen solches Unrecht geniessen, so musste sie sich, weil sie selber nicht vor Gericht ihre Sache verfechten konnte, in die Munt eines Mannes begeben, der nun ihre Sache zu der seinigen machte und sie vor Gericht durchfocht. Dann war sie aber auch mit Person und Vermögen der Hausherrschaft dieses Mannes unterworfen und hatte damit auch ihre selbständige Stellung im aussergerichtlichen Verkehre des gewöhnlichen Lebens eingebüsst. Das und nicht mehr sagt im Grunde Roth. 204; liest man diese Stelle ohne vorgefasste Meinung, so findet man nichts andres darin als den Satz: Frauenspersonen können nicht die Rechte der Selbmündigkeit beanspruchen (und also etwa selber vor Gericht ihre Sachen führen); sie müssen, falls sie keinen Familienvormund haben, die Munt des Königs suchen; durch Eintritt in Munt verlieren sie aber allerdings jegliche Disposition über ihr Vermögen. Das Gesetz Rothars tritt einem Bestreben der Frauenspersonen entgegen, selbst in öffentlichen Verkehr zu treten, einem Bestreben, das sich aus der Stellung, welche die Frau sonst nach Langobardenrecht einnimmt, erklären kann.

So bei familienlosen Weibern. Anders aber, wenn die Frauen einem Familienverbande angehörten. Lebten sie gar in Gemeinderschaft mit ihren Brüdern und Vettern, so verstand sich die Vormundschaft des Hauptes des Hauses über sie von selbst; aber auch ohne solche ergriff der nächste Schwertmag ohne weiteres die Vormundschaft als das ihm zustehende Recht zur Sicherung der Familien- und Erbinteressen, weil das Vermögen der Frauenspersonen bei deren Unfähigkeit zu gerichtlichem Handeln leichter gefährdet war und wegen des Ausschlusses der Frauen vom öffentlichen Verkehre die nöthigen Garantien für die Familie nicht vorhanden waren. Man wartete nicht, bis die Frauensperson selbst gegen Angriffe und Gewaltthätigkeit Dritter die Vermittlung eines Vormunds suchte, das Familieninteresse berechtigte zu sofortiger Besitznahme des Weibervermögens und Verwaltung desselben. Und bei dem alten strengen Charakter der Munt konnte das allerdings nur in der Weise realisiert werden, dass nun auch jegliche Disposition der Frauensperson über ihr Vermögen für den Vormund unverbindlich war, ihn nichts anging, er kraft der Munt den unbedingten Anspruch auf Nutzung des Vermögens hatte und nichts davon für Erfüllung von Rechtsgeschäften der Frau herauszugeben brauchte.

Von dieser Auffassung aus erklärt sich genügend der Rechtsbestand

der classischen Zeit des Mittelalters, den man nicht recht verstehen kann, wenn man von der Geschlechtsschwäche und der daherigen Unselbständigkeit ausgeht. Denn was wir in den Rechtsbüchern von Geschlechtsvormundschaft finden, steht so sehr im Widerspruch mit diesem angeblich alten Princip, dass eine rapide Umgestaltung der Anschauungen in der Zeit zwischen den Volksrechten und dem Sachsenspiegel hätte müssen stattgefunden haben; das bliebe uns ein Räthsel, denn die Rechtsbildung ist in jener Zeit nicht raschlebig und der privatrechtliche Inhalt des Ssp zeigt keine grosse Veränderung der Rechtszustände gegenüber der alten Zeit. Im Gegentheil steht die Geschlechtsvormundschaft des 13. Jahrhunderts der alten zur Zeit der Volksrechte näher als ihrer späteren Entwicklung in manchen Particularrechten.

Wie es nämlich Roth. 204 schon zeigt und sonst die Quellen, namentlich unzählige Urkunden[1] bezeugen, ist von Anfang an die Stellung der Frauensperson eine andere als die eines Unmündigen. Der letztere kann sich durch Rechtsgeschäfte nicht binden, weil er minderjährig ist, und sein Vormund kann nicht für ihn handeln, weil es keine Stellvertretung giebt; disponiert der Vormund über sein Vermögen, so thut er es in eigenem Namen unter der Gefahr der Revocation seitens des Mündels. Die Frauenspersonen dagegen leiden nicht wie die Unmündigen an geistiger Unreife, die ihre Rechtshandlungen widerruflich macht; sie sind als verständig genug erachtet, Rechtsgeschäfte einzugehen, und es wird ihnen auch hierin kein Hindernis in den Weg gelegt, wenn der Muntwalt einverstanden ist. Dieser muss seinen Consens geben, weil er alle Mittel der Frauensperson in seiner Hand und Gewalt hat und daher die Ausführung aller Rechtsgeschäfte der Frau vereiteln kann; durch seine Mitwirkung und seinen Consens wird das einzige Hindernis, das der freien Thätigkeit der Frau entgegensteht, gehoben. Nun möchte ich nicht bezweifeln, dass ursprünglich für alle Rechtsgeschäfte der Frau ohne Ausnahme die Einwilligung des Vormunds nothwendig war, zum Ueberfluss sagt es Roth. 204. Und hierin zeigt sich nun die Neuerung des mittelalterlichen Rechts gegenüber dem älteren, dass die Mitwirkung des Vormunds nur noch zu gerichtlichen Geschäften erfordert wird, nicht mehr zu denen des gewöhnlichen Rechtsverkehres. Der Grund hievon ist aber ersichtlichermaassen nicht der, dass man die Geschlechtsschwäche

[1] In welchen schon seit 7. und 8. Jahrhundert die Frauenspersonen cum advocato suo, manu advocati sui u. dgl. Rechtsgeschäfte abschliessen. UB. St. Gallen Nr 194. 257. 273. 277. 299. 300 u. s. f.; C. d. Fuld. Nr 115. 172; NR. UB. I Nr 182. 184 u. s. w.; Würdtwein, Subs. dipl. VI Nr 104—106. 108. 109 u. s. w.

und die Hilfsbedürftigkeit der Frauen jetzt als geringer taxiert hätte, sondern dass die Hausherrschaft der Verwandten, das Mundialprincip im Familienverband, mit der Auflösung der Familiengeschlossenheit an Intensität und Wirksamkeit abgenommen hat, und das Recht der Familienglieder auf Bevormundung der Frauen behufs Sicherung der Vermögensanwartschaft damit ebenfalls in die Brüche gegangen ist.

Im System der Volksrechte kann keine Frauensperson ohne ihren Vogt etwas thun, was rechtsbeständig wäre; nicht weil sie handlungsunfähig wäre wegen geistiger oder sonstiger Schwäche, sondern weil der Vormund von ihrem Gute nichts hergiebt; für ihre Person könnte sie frei handeln, aber das Hausinteresse hat ihr Vermögen mit Beschlag belegt. Im späteren mittelalterlichen Rechte ist diese Beschlagnahme aufgehoben in Folge des Zurücktretens der Bedeutung des Familienverbandes; die Frauen verwalten ihr Vermögen selbst, der nächste Schwertmag ist nicht mehr befugt, sich desselben zu unterwinden; so ist das einzige Hindernis aufgehoben, welches dem Rechtsverkehre der Frauenspersonen ausserhalb Gerichts entgegengestanden hat. Für gerichtliche Handlungen allein bedürfen sie noch eines Vormunds. Das ist ausgesprochen in den bekannten Sätzen des Ssp I 45 § 2 u. 46: Megede unde ungemannede wif verkopen ir egen ane irs vormünden gelof, he ne si dar erve to. Megede unde wif muten aver vormunden hebben an jewelker klage[2].

Fraglich bleibt hier zunächst, ob die Mitwirkung des Vormunds zu gerichtlichen Liegenschaftsauflassungen nothwendig war. Die Frage ist doppelsinnig und kann bedeuten: 1. war das Zustandekommen der Veräusserung durch das Zustimmen des Vormunds bedingt, und 2. war die Mitwirkung des Vogts formell erforderlich? Das erstere scheint zu verneinen auf Grund von Ssp I 45 § 2. Das zweite ist zu bejahen. Denn die Auflassung fällt doch auch unter den Begriff der Klage, soweit als sie die Provocation zur Erhebung von Einspruch in sich schliesst; bei jeder Auflassung war Einspruch zu gewärtigen und hiefür musste doch wohl der Vormund zur Hand sein[3].

---

[2] Fast wörtlich gleich im Schwsp (W.) 59, (L.) 74 f.: Meide unde vrowen die niht man hânt, die werdent ân ir vormunt ir guot wol âne, ob si ze iren tagen komen sint; meide unde witwen müezen ze rehte vor jeglîchem gerihte unde in jeglîcher klage ir vormunt bî en hân, oder si ensol der rihter niht hören.

[3] In diesem Sinn wird auch System. Schöffenrecht IV 1, 28 der Vormund der Frau bei gerichtlicher Vergabung nur als „Vorspreche“ behandelt. Ebenso mag es sich mit dem Vormund verhalten, den das Hamburger Stadtr. von 1270 V 3 für Auflassungen verlangt, denn er soll auch bei Auflassungen von Pfaffen gegeben und zwar ad hoc vom Gericht gewählt werden.

Wichtiger ist die Frage, ob die Frauenspersonen bei diesem Stande des Rechtes noch ständige Vormünder hatten oder sich jeweilen nur für jede Prozess- oder sonstige Gerichtshandlung mit einem besonders dazu ausgewählten versahen. Im Ssp scheinen Stellen wie I 47 § 2, auch etwa II 63 § 1 für das letztere zu sprechen, indem da geradezu von dem Vormund von Gerichts halben gesagt wird, seine Vormundschaft währe nicht länger als das Gericht. Indessen geben mehrere Stellen den entscheidenden Ausschlag für die erstere Alternative, namentlich I 41, wo von der Klage der Frau gegen ihren Vormund und Absetzung (Balemundung) desselben die Rede ist. Eine Schwierigkeit in Vereinbarung dieser Stellen besteht kaum, wenn man (wozu wir nach unsrer Auffassung der Vormundschaft genöthigt sind) annimmt, dass der nächste Schwertmag immer noch sich der Vormundschaft unterwand zu dem Zwecke und mit der Tragweite einer Wahrung seiner Erbinteressen bei gerichtlichen Akten, wo die Frau nicht selber auftreten konnte, und dass nur in den Fällen, wo kein Verwandter sich der Vormundschaft annahm und die Frau also für gewöhnlich eines Vormundes entbehrte, oder wo sie gegen ihren Vormund selbst zu klagen hatte, ein Vormund von Gerichts halben bestellt wurde.

Dass nach Sachsenspiegelrecht der nächste Schwertmag der ständige Vormund der Frauenspersonen war, kann nach I 23 § 2 a. E. u. I 41 nicht wohl bezweifelt werden. Hatte er auch, wie aus letzterer Stelle hervorgeht, die Verwaltung ihres Vermögens nicht mehr zu beanspruchen, indem das gerade als Grund seiner Absetzung angegeben wird, dass er die Frau ihres Guts „untweldige", so war er doch ihr beständiger Beirath, den sie hören musste, wenn sie ihm auch nicht zu folgen brauchte. Darum sagte ich oben, die Geschlechtsvormundschaft des Sachsenspiegels stehe der alten in den Volksrechten noch näher als der späteren Entwicklung. Denn die Grundlage und die Grundidee ist immer noch die ursprüngliche der Wahrung des Familieninteresses und nicht ein Schutz der Frauensperson. Das letztere ist aber im späteren Mittelalter vielfach hervorgetreten.

§ 172. B. Spätere Modificationen.

Im wesentlichen hat das im Sachsen- und im Schwabenspiegel niedergelegte Princip unverändert den Rechtsbestand des Mittelalters beherrscht: Frauenspersonen vollziehen alle gerichtlichen Handlungen mit ihres Vormundes Hand. Dieser Vormund ist ständig und es wird genau darauf gesehen, dass es der nächste Mannsmag ist. In den Basler Rathsprotokollen des 15. Jahrhunderts finden sich hierüber die

reichhaltigsten Einzelheiten: Frauen kommen vor Gericht und zeigen an, ihr Mann sei gestorben und sie wüssten nicht, wer ihr Vogt sein werde. Darauf giebt ihnen das Gericht auf, zu jagen und zu forschen nach dem nächsten Mannsmag und Mannsfreund, nach des verstorbenen Mannes nächstem gesipptem Mag Mannesnamens u. dgl. Nach einiger Zeit kommen sie wieder und erklären, sie haben vergebens nach einem solchen gejagt, oder sie haben einen erfragt. Im erstern Falle giebt ihnen das Gericht einen Vogt, der dann gewöhnlich die Vormundschaft „ihm und seinen Erben unschädlich untz an sin widerrufen" übernimmt. Eine Verwaltung des Frauenguts durch den Vormund findet nicht statt, ebensowenig eine Vertretung der Frau durch ihn, sondern die Frau schliesst in eigenem Namen Rechtsgeschäfte ab, und wo sie des Vormundes bedarf, bei Auftreten vor Gericht, handelt sie als Hauptperson mit ihres Vogtes Hand. Das Neue ist nun aber, dass die Einwilligung des Vormundes nothwendig ist zu Veräusserung und Belastung von Liegenschaften, zu Verkauf von Renten, zu Erbleihen und zu Schenkungen.

So viel ersichtlich, hatte im Rechte der classischen Periode der Rechtsbücher der Vormund gegen Verfügungen der Frauensperson über ihre Liegenschaften kein anderes Einspruchsrecht als das ihm seine Qualität als nächster Erbe gab; war er nicht nächster Erbe, so mochte er abrathen, aber er konnte die Verfügung nicht hindern. Jetzt, im 15. Jahrhundert, geben ihm manche Particularrechte ein Einspruchsrecht in seiner Eigenschaft als Vormund. Das kann nicht mehr Ausfluss des alten Mundialrechts sein, d. h. Ausfluss der in der Vormundschaft liegenden Hausgewalt, sondern muss auf einem neuen Motiv beruhen, welches kaum in etwas anderem zu finden ist als in dem Bestreben, die Frauen vor Uebervortheilung zu wahren. Wenn es schon im ältesten lübischen Recht (Hach S 191) Art. 21 heisst: nulla mulier potest bona sua impignorare, vendere vel dare sine procuratore, nec aliqua mulier potest carius fidejubere quam pro duobus nummis et dimidio sine mundiburdio suo id est vormunde, exceptis illis que habent kopschat et solent emere et vendere, so ist es ziemlich klar, dass der Gedanke zu Grunde liegt: Handelsfrauen gelten als dem Verkehre gewachsen und sollen sich bei ihren Verpflichtungen behaften lassen, aber andere Frauen bedürfen eines Schutzes im Verkehre. Würde es sich noch um das Recht des Vormunds kraft seiner Munt handeln, so müsste es auch der Kauffrau gegenüber bestehen. So aber kann ich hiefür keinen andern Grund denken als den, dass der reicher entwickelte städtische Verkehr in der That Uebelstände in der zu grossen

Freiheit der Frauenspersonen hatte hervortreten und fühlbar werden lassen.

Denn es ist auffallend, wie nun seit dieser Zeit die Vormundschaft über Minderjährige und die über Frauenspersonen einander immer mehr wieder genähert werden. Blosse Gedankenlosigkeit, welche der Aeusserlichkeit zu Liebe die zwei bisher innerlich so verschiedenen Institute zusammengeworfen und unter ein Princip gestellt hätte, kann nicht einzig gewirkt haben, obschon ich nicht gerade bestreiten möchte, dass die Gesetzgebung des ausgehenden 15. und des 16. Jahrhunderts sich bisweilen mehr als billig von solchen Tendenzen mechanischer Gleichmacherei hat beherrschen lassen. Wenn man aber den Abschluss dieser neuen Entwicklung ins Auge fasst, wie er etwa in den kursächsischen Constitutionen P. II Art. 15 oder dem würtembergischen Landrechte Thl. 2 Tit. 26 vorliegt, so ist es ganz klar, dass jetzt die Frauenspersonen als eines Schutzes gegen Uebervortheilung bedürftig galten und dass die über sie wieder in stärkerem Maass verhängte Vormundschaft den gleichen Charakter wie die Altersvormundschaft, den Charakter einer Fürsorge hatte, auf dass alles, was Frauen ohne Willen ihrer Vormünder „inn- und ausserhalb Gerichts schliessen und handeln, damit sie sich gegen jemand verpflichten, ihnen unschädlich und unnachtheilig sei".

§ 173. IV. Die Lehnsvormundschaft[1].

Irre ich nicht, so erklären sich nun auch die Singularitäten, welche bei der Lehnsvormundschaft vorkommen, am natürlichsten aus dem hier entwickelten Wesen der alten Vormundschaft.

Wenn ein Lehnsmann mit Hinterlassung unmündiger Lehnserben starb, so stand der Belehnung der letztern kein Hindernis entgegen, so dass ihr (landrechtlicher) Vormund sie dem Herrn sofort zur Investitur präsentieren konnte. Ein Versäumnis vermochte den Kindern nicht zu präjudicieren, denn die für das Sinnen des Lehns geforderte Jahresfrist lief ihnen erst von erreichter Mündigkeit an, daher das sächs. Lehnr. 26 § 1 geradezu sagt: kindere jartale is drittein jar unde ses weken von ihr bort, d. h. die zwölf Jahre mit der Sinnfrist. Auch die Aftervasallen mussten dann sofort ihre Lehn bei dem Kinde muthen. Da aber das Kind zur persönlichen Leistung des Lehnsdienstes unfähig war, musste es einen Vormund haben, und da trat nun das Auffallende ein, dass der Lehnsherr selber dieser Vormund war und

[1] Homeyer, Des Sachsenspiegels zweiter Theil II 2 S 480 ff. 351 ff. Kraut, Vormundschaft III.

also kraft seiner Vormundschaft und vormundschaftlichen Gewere die Einkünfte des Lehns bezog. Der technische Ausdruck hiefür ist anevelle[2]. Der Lehnsherr konnte das Anevelle für sich „unverlegen" behalten oder einem Andern, z. B. dem gewöhnlichen Vormunde der Kinder, wenn derselbe lehnsfähig war, ja dem Kinde selbst leihen.

Auffallend ist dieses Verhältnis darum, weil man erwarten sollte, dass der nächste Schwertmag des Kindes auch in diesem Falle den ersten und nächsten Anspruch auf die Uebernahme der Vormundschaft hätte. Dass aber dieser nächste Mag durch den Lehnsherrn ausgeschlossen wird, erklärt sich vollkommen, sobald man festhält, dass die Vormundschaft des alten Rechts nichts andres als die Munt im Sinne der Gewalt und Herrschaft ist. Diese Munt hatte der Lehnsherr schon ohnedies vermöge der commendatio des Vasallen, der Mann hatte sich in manus senioris commendiert, und so existierte die Vormundschaft schon in der Person des Herrn, und auch der Ausdruck anevelle wird nun verständlich: die Nutzung des Lehnsgutes ist dem Muntherrn freigeworden, der Anfall derselben ist realisiert[3]. So erledigt sich auch die Frage, die Homeyer II 2 S 489 stellt: Ist der Genuss die Folge der Vormundschaft oder ist diese aus dem Genuss erwachsen? Nur das erstere kann der Fall sein: der Herr ist zur Führung der Vormundschaft und zum Bezug der Einkünfte des Lehnsgutes berechtigt, weil durch die commendatio in manus das Gewaltverhältnis begründet ist, und es ist eine der alten Anschauung sicherlich fremde, aus dem modernen Charakter der Vormundschaft als einer Fürsorge für den Mündel entnommene Auffassung, welche von Homeyer dahin formuliert wird, dass „die Vormundschaft des Herrn unmittelbar aus seinem Berufe zur treuen Sorge für Gut und Mann entspross".

Anders verhält es sich mit der Lehnsvormundschaft über Frauenspersonen, wie eben auch die Geschlechtsvormundschaft sich anders geäussert hat als die Altersvormundschaft. Streng genommen darbten Weiber des Heerschildes und waren daher lehnsunfähig, aber man hat schon früh die Härten abgewendet, welche für Frauen daraus hätten

[2] Ssp Lehnr. 26 § 2 (A. V. I 67): Die herre is immer des kindes vormünde an deme gude dat it kint von ime hevet, die wile he it anevelle unverlegen hevet, unde sal dat gelt des gudes nemen, wente it kint to sinen jaren kome. — Cod. d. Anhalt. II Nr 55: Cum post mortem principis domini Alberti, adhuc nobis Johanne et Ottone filiis ejus existentibus infra annos, dominus noster imperator tutelam omnium feodorum, que pater noster ab imperio tenuit, quam ex morte ipsius sibi dominus imperator vacare dicebat, que anevelle vulgariter appellatur, Alberto Magdeburgensi episcopo commisisset.

[3] Vgl. über das Wort Anfall oben S 25 und später § 178.

entstehen müssen, dass sie bei Tod ihres Ehemanns oder Vaters aus allen ihren bisherigen Verhältnissen hinausgewiesen wurden. Man errichtete zu diesem Behufe eine den lehnrechtlichen Erfordernissen genügende Vormundschaft, welche namentlich die Erfüllung der Lehnspflichten ermöglichte. Es musste Jemand eintreten, der nicht nur fähig war, sondern auch ausdrücklich dazu verpflichtet wurde, die Lehnspflichten aus dem Gute gegenüber dem Lehnsherrn zu tragen. Es genügte z. B. nicht, dass der Ehemann einer im Besitz von Lehn befindlichen Frauensperson das Lehn schlechtweg in seine (landrechtliche) Vormundschaft nahm[4]; das war ein lehnrechtlich unvollkommenes Verhältnis: es verschaffte allerdings dem Ehemann die Nutzung des Gutes nach Landrecht, gab ihm aber keinerlei lehnrechtliche Qualitäten, und für den Lehnsherrn war es vollends ungenügend, weil es ihm keinen durch den Treueid gebundenen Lehnsträger lieferte[5].

Auch in solchem Falle hätte nun ohne Zweifel die Vormundschaft in erster Linie dem Lehnsherrn selbst zugestanden, wegen der Commendation in seine Munt; und in der That finden wir hier nichts von Ansprüchen der nächsten Schwertmagen der Frauensperson[6], sondern der Lehnsherr ist frei sie zu ertheilen wem er will. Dagegen findet hier kein Anevelle statt, und das ist wohl auch mit ein Grund dafür, warum nie davon die Rede ist, dass der Herr die Vormundschaft selbst behält; er hatte eben keinen Nutzen davon und gab sie darum sofort weiter. Das erklärt sich aus der verschiedenen Natur der Vormundschaft über Kinder und über Frauenspersonen. Wir haben gesehen, dass der Altersvormund das Mündelgut in seine Gewere und damit in seine Nutzung nahm, dass er sich des Mündelguts zu seinem eigenen Genusse unterwand, der Geschlechtsvormund dagegen das Gut der Frau nicht verwalten und nutzen durfte, und der Klage auf Balemundung unterlag, wenn er sich desselben zu unterwinden wagte. So hätte auch der Lehnsherr die Gewere und damit die Einkünfte des Guts nicht beanspruchen dürfen, und damit fiel für ihn jeder Anlass zu eigener Anhandnahme der Vormundschaft weg. Für ihn handelte es sich nur noch darum, dass Jemand da war, der für die Frau die Lehnspflichten erfüllte; er musste einen Lehnsträger haben, der lehns-

[4] Von diesem Fall spricht Ssp Lehnr. 74 § 1; es ist das aber nicht Lehnsvormundschaft.

[5] Der Herr kann allerdings aus Gnaden auf Lehnsdienste verzichten und keinen Lehnsvormund verlangen, aber das ist Irregularität: Kraut III 65.

[6] Wäre das der Fall gewesen, so hätte gewiss Ssp Lehnr. 75 § 1 den nächsten Schwertmag und nicht unbestimmt „en der vrowen vrünt“ als Lehnsvormund genannt.

fähig sei, den Heerschild habe und zur persönlichen Leistung des Lehnsdienstes könne aufgeboten werden[7]. Zu diesem Behuf belehnt der Lehnsherr den Lehnsvormund und die Frauensperson gemeinsam mit dem Gute (es wird sogar von Belehnung zu gesammter Hand gesprochen, Ssp Lehnr. 56 § 5), damit der Vormund die Frau an dem Gute vorstehe (das. 56 § 1). Aber dem Wesen der Geschlechtsvormundschaft völlig entsprechend hat die Frauensperson die Gewere (Nutzung) des Gutes: der Mann, sagt Ssp Lehnr. 56 § 5, hat die Lehnung und den Heerschild, die Frau hat die Lehnung und die Gewere. Der Vormund kann daher über das Gut nicht verfügen, einseitige Dispositionen desselben schaden der Frau nicht (das. 56 § 4), wie andrerseits der Frau die Verfügung über das Gut im Landrechte, soweit Lehn in landrechtlichem Verkehre sich bewegen kann, also soweit es die Lehnsqualität zulässt (d. h. mit Consens des Lehnsherrn), offen bleibt (56 § 4). Es gilt also die Lehnsvormundschaft nur für das Lehnrecht und äussert ihre Wirkungen nur in lehnrechtlichen Verhältnissen, für Vertretung im Lehnsdienst, im Lehnsgericht, Muthung der Lehnserneuerung u. s. w. Und hier im Lehnsverhältnis ist Wesen und Function der Lehnsvormundschaft durchaus dieselbe wie die der gewöhnlichen Geschlechtsvormundschaft im Landrechte.

[7] Und für die Frau ist die Lehnsvormundschaft wünschenswerth, damit sie nicht der Folge darbe: Kraut III 66.

Siebentes Buch.

Das Erbrecht.

§ 174. Historische Grundlagen und Ausgangspunkte.

Auf keinem Gebiete des deutschen Rechts ist die Versuchung, sich in Hypothesen über vorgeschichtliche Zustände einzulassen und aus ihnen Folgerungen für die geschichtliche Zeit zu ziehen, grösser als bei dem Erbrechte. Nicht blos wegen des Anreizes, den bedeutende und gerade nach dieser Richtung besonders erhebliche Leistungen auf dem Felde der vergleichenden Rechtswissenschaft und der Völkerkunde gegeben haben, sondern speciell wegen der Mittheilungen unsrer ältesten Rechtsquellen, die sich über das Erbrecht in einer Weise äussern, dass man die Grundlage der darin niedergelegten Sätze in einem weit zurückliegenden Zustande zu suchen fast mit Gewalt genöthigt wird. Ich setze gleich an einem dieser Punkte ein, um von ihm aus zu einer übersichtlichen Charakteristik des deutschen Erbrechts zu gelangen.

Unvergleichlich werthvoll, ja einzigartig unschätzbar in angedeuteter Hinsicht ist das an der Schwelle der rechtsgeschichtlichen Zeit stehende Rechtsdenkmal der salischen Franken: der tit. 59 des pactus legis Salicae lüftet noch einmal den Vorhang zu einem eng begrenzten Blicke in uralte vorhistorische Zustände. Nur muss man aus diesem Titel auch lesen können oder wollen, was wirklich darin steht, und darf man nicht so viel hinein interpretieren, dass man das Gegentheil des Ueberlieferten wieder herausinterpretiert. Unglaublich hartnäckig hält man die, mit der Fassung des Titels doch keineswegs leicht vereinbare Ansicht fest, dass keine vollständige Aufstellung der salischen Erbfolgeordnung beabsichtigt gewesen sei, der Titel vielmehr die Succession der Männer als allbekannt voraussetze und nur die weibliche Erbfolge in die schon bestehende ursprünglich ausschliessliche Erbfolge der Schwertmagen hineinschiebe[1]. Was aber wirklich in den ältesten

[1] v. Amira, Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung nach den alt-niederdeutschen Rechten S 1 f. Gierke, Erbrecht und Vicinenrecht, in Z f. RG XII 439 f.

Texten dieses tit. 59 steht, ist das, dass die Fahrnis eines Verstorbenen, der keine Kinder hinterlässt, an seine Mutter und eventuell an deren (vorzugsweise weibliche) Verwandte fällt, dass dagegen der Grund und Boden an den Mannsstamm gelangt. Allerdings ist also der Grundgedanke des Titels (wie v. Amira S 2 angiebt) der, dass bei den Weibern kein Erbrecht in die terra besteht, dagegen ihnen die Nachfolge in die Fahrnis zugänglich ist; aber nicht so, dass die Fahrnis dem Weiberstamm nur neben den Männern zugänglich gemacht wird, sondern viel einseitiger so, dass die Fahrnis der Mutterseite ausschliesslich anfällt; und das einzige, was an diesem tit. 59 auffallend erscheint, ist die Nichterwähnung des avunculus, des Mutterbruders, in der Reihe der Erbberechtigten.

Wir haben hier noch ein Stück jenes uralten Rechtszustandes vor uns, den man als das Mutterrecht bezeichnet, und den die germanistische Rechtswissenschaft bisher zu ihrem eigenen Schaden ignoriert hat. Möge der neuesten, speciell auf den tit. 59 der lex Salica ausmündenden Arbeit von Dargun (oben § 131 Anm 1) ein besseres Loos zu Theil werden.

Es ist gleich vorauszuschicken, dass der tit. 58 der lex Salica de chrenecruda kein Argument gegen das ursprünglich ausschliessliche Erbrecht der Mutterverwandtschaft in Fahrnis zu bieten vermag. Er sowie der tit. 62 de compositione homicidii nämlich theilen sowohl Empfang als Zahlung des Wergeldes unter die proximiores tam de patre quam de matre, de generatione patris et matris, und man hat daraus geschlossen, dass für den Anfall der Verlassenschaft dasselbe gelte. Wäre dieser Schluss auch zulässig, so bliebe doch die für uns wichtigste Frage davon unberührt, ob diese Theilung des Wergeldes unter väterliche und mütterliche Verwandtschaft altes Recht, ob gar die Theilnahme der mütterlichen Sippe erst später hinzugekommen sei. Das ist mehr als zweifelhaft, und dagegen sprechen die zwei Umstände, dass in tit. 58 die tres de generatione matris vor den tres de generatione patris aufgeführt sind, und dass einige Handschriften (allerdings nicht die besseren) die mater und die soror matris speciell erwähnen[2], — Umstände, die auf ursprüngliche Geltung des Mutterrechts auch bezüglich der Wergeldhaftung weisen.

[2] v. Amira S 25 hält unter Billigung Brunners (Sippe und Wergeld, in Z der Sav.-Stift., germ. Abth. III 41) die Erwähnung von mater und soror matris für eine zur vermeintlich nothwendigen Ergänzung der Listen unpassender Weise aus tit. 59 herübergenommene Erweiterung. Dagegen Dargun S 71, wo auch sonst S 69 f. Gutes über den tit. 58 bemerkt ist. Auch in dem Cap. II ad leg. Sal. c. 3 (Behrend S 94) ist die Mutter allein als Bezügerin der Hälfte der

Es ist aber der Schluss von dem einen Titel auf den andern überhaupt bedenklich, weil Wergeld und Erbschaft, mag auch ursprünglich ein Zusammenhang bestanden haben (vgl. § 176), schon in den ältesten Quellen grundsätzlich anders behandelt sind und, wie das Wergeld des Erschlagenen nicht zur Erbschaft gehört, sondern Verwandte daran participieren, welche nicht Erben sind, so auch Verwandte, die nicht in das Erbe succedieren, für das Wergeld haften[3]. Für beides gemeinsam ist erweislich nur die Verwandtschaftsberechnung und die Verwandtschaftsgliederung, nicht der Kreis der Berechtigten, jedenfalls schon nach der lex Salica. Möglich, dass ursprünglich wergeldbetheiligte und erbberechtigte Sippe identisch war; es müsste dann in beiden Fällen die Sippe der Mutter gewesen sein. Und weiter kann sich eine Herbeiziehung der väterlichen Verwandten zur Wergeldzahlung und zum Wergeldempfang leicht viel früher vollzogen haben als eine solche zum Erbrecht, weil stärkere Interessen dort zur Erweiterung des Kreises der Betheiligten hindrängten als hier bei dem Erbgange. Und schliesslich vergessen wir nicht, dass auch das ausschliessliche Erbrecht der Mutter und ihrer Verwandten in der lex Salica nur noch residuäres Recht mitten in einem gegensätzlichen neuen Rechtszustande ist.

Ist also auch jener Cultur- oder Unculturzustand, welcher das alleinige Erbrecht der Mutter und ihrer Verwandten begründet hat, schon längst und so auch in der lex Salica durch das den Kindern am Vater gewährte Erbrecht überwunden, so werden wir uns doch wenigstens im allgemeinen eine Vorstellung von diesem Zustande zu verschaffen suchen, um die Grundlage des historisch gewordenen Erbrechts zu verstehen und zu würdigen.

Die Herrschaft des Mutterrechts entspringt Zuständen, welche noch keine wahre Ehe kennen, jedenfalls keine Ehe als Bindeglied der Verwandtschaft, also keine durch Ehen vermittelte und hergestellte Geschlechtergliederung. Sie kann sich aber noch lange erhalten, auch

---

halben Magsühne genannt, die andre fällt an drei Vater- und drei Mutterverwandte. Brunner S 34 will „die befremdende Thatsache, dass nur die Mutter und nicht der Vater des Getödteten genannt wird", dadurch entfernen, dass er auf die Mutter des vorher genannten filius, also die Witwe des Erschlagenen räth. Aber das scheint doch für so alte Zeit verfrüht, passt nicht zu den Verhältnissen des ehelichen Güterrechts. Und müsste man es dann nicht auch im tit. 59 annehmen, zu dem es sicherlich nicht stimmt? Es ist doch viel ansprechender, die Mutter noch als Ueberrest alten Rechts hier genannt zu finden, und ein Hinzukommen der väterlichen Verwandten anzunehmen.

[3] Brunner, Sippe und Wergeld S 3 f.

wenn schon die Existenz von Ehen unzweifelhaft ist; denn der Begriff der Ehe als einer unauflöslichen Verbindung von Mann und Weib ist vorhanden, auch wenn auf das Blutsband zwischen Vater und Kind noch kein Gewicht gelegt wird, die Kinder noch nicht zur Sippe des Vaters gehören[4], die Sippe nur aus denen gebildet ist, welche dem gleichen Schooss entsprungen sind, eines Leibes Kinder. Und so bleibt auch das Erbrecht noch in dem Kreise der durch denselben Mutterschooss vermittelten Verwandten, nach bestimmt vorhandener Ordnung, schon früh auf Grund der Gliederung nach heutzutage sogenannten Parentelen.

Die Alleinherrschaft des Mutterrechts ist bei den Germanen schon lange vor der Völkerwanderung gebrochen, sicher schon mit dem Zustande, da das Volk sich dem Ackerbau befreundet und ansässig wird, wenn auch das Ackerland noch periodischem Wechsel unterliegt. Die Haushäblichkeit hilft die Blutsverwandtschaft zwischen Vater und Kindern zum Durchbruche bringen. Tacitus berichtet uns über diese Zwischenstufe zwischen reinem Mutterrechte und unbedingter Anerkennung, selbst Bevorzugung der väterlichen Verwandtschaft gerade genug, um uns den Rechtszustand der Germanen in Hinsicht des Erbgangs einigermaassen erkennen zu lassen. An der Spitze steht die Anerkennung des Erbrechts der Kinder; der Vater wird nicht mehr zunächst von seiner Mutter beerbt, sondern von den in seinem Hause geborenen und von ihm als sein Blut anerkannten Kindern: heredes sui cuique liberi. Dass weitere Descendenten auch schon erben mit Ausschluss der Eltern und der Geschwister des Erblassers oder jure repraesentationis neben Kindern, darf für diese Zeit entschieden bezweifelt werden; abgesehen von allem andern, was für die spätere Zeit auch noch wird in Betracht zu ziehen sein, schon darum, weil ihre Abstammung vom Grossvater noch zu zweifelhaft sein mochte, zumal bei den ausserhalb des grossväterlichen Hauses Geborenen die Garantie für solche Abstammung zu sehr fehlte. Wenn dann aber Tacitus hinter den fratres, den Geschwistern, noch selbst die Vaterbrüder, patrui, als erbberechtigt nennt, so halte ich es für gar nicht unmöglich, dass hiebei irrthümlich der Römer ein Glied eingeschoben hat, das nach seiner römischen Auffassung nicht fehlen durfte, in Wirklichkeit aber nicht vorhanden war. Denn auf unbedingten Vorzug der mütterlichen Verwandtschaft vor der väterlichen weist doch andrerseits das unmittelbar vorangehende merkwürdige Wort: sororum filiis idem apud avunculum qui ad patrem honor (Germ. 20). Es darf doch

[4] Dargun S 43 f.

wohl angenommen werden, dass diese enge Beziehung zwischen Kind und Mutterbruder auch im Erbrechte wirksam war, dass also, wenn ein „Kind" beerbt wurde, d. h. ein Mensch, der für das Erbrecht nicht als Vater oder Mutter in Betracht kam, das Erbe nur durch die Mutter hindurch an deren Verwandte, namentlich an deren Bruder[5] gelangte, das Erbrecht mithin nur als Erbrecht am filius sororis zur Erscheinung kam, die väterlichen Verwandten kein Erbrecht hatten und daher der filius fratris erbrechtlich ausser Betracht fiel.

Auf diesem Boden steht noch die lex Salica, soweit es sich um Erbgang in die Fahrnis handelt: dieselbe vererbt sich mangels von Kindern noch rein durch die Mutter hindurch. Und man entgeht dem auch nicht durch die Auskunft von Waitz[6], die Mutter sei allein genannt, weil der Vater immer schon todt gewesen sei, wenn der Sohn beerbt wurde; solang der Vater am Leben gewesen, habe der Sohn noch nichts gehabt, sei also für die Beerbung nicht in Anschlag gekommen. Neben der richtigen Einwendung Darguns S 63 bleibt die weitere Frage bestehen, warum auch bei Vorabsterben der Mutter doch nur die mütterlichen Verwandten erbten.

Aber die lex Salica hat weiter mit dem Factor des Grundeigenthums zu rechnen, und dieses fügt sich nicht in das bestehende Erbrecht der Sippe ein. Die Hufe ist dem auf die Ehe gegründeten Hause unter dem Muntherrn der Familie zugetheilt, und in der Hufe findet das agnatische, durch die Munt der Schwertmagen repräsentierte Princip der familia gegenüber der Sippe (oben § 130) seine reelle Basis, ein räumliches Gebiet seiner Herrschaft, eine vestitura. Diese Gewere, wie sie eines Mannes zum Herrscher und Vertreter bedarf, muss auch durch Männer sich vererben, und darum sind die Frauen von der Nachfolge in das Grundeigenthum ausgeschlossen, und ist vorab die Mutter nicht mehr fähig, den Erbgang hier zu vermitteln: de terra nulla in muliere hereditas, sed ad virilem sexum qui fratres sunt pertineat. Darin finde ich zugleich etwas weiteres ausgedrückt: die Hufe (so möchte ich übersetzen) gehört den in Gemeinderschaft verbrüderten Söhnen[7]. Ist durch Aussterben der Gemeinder

---

[5] Ueber die Bedeutung des Avunculats bei den Germanen s. Bachofen, Antiquarische Briefe vornämlich zur Kenntniss der ältesten Verwandtschaftsbegriffe Nr 21 u. 22, wo die innere Kraft des Geschwisterverhältnisses (eines Mutterleibes Kinder) in der Grundrichtung des Nibelungenliedes und der Kriemhildsage der Edda nachgewiesen wird.

[6] Das alte Recht der salischen Franken S 108. Ebenso v. Inama-Sternegg, Deutsche Wirthschaftsgeschichte I 103.

[7] Daher in lex Sal. tit. 58 Vater und Brüder in die Haftung für das Wergeld

dieses Haus erloschen, so tritt überhaupt keine Succession in die Hufe ein, sondern, wie uns Cap. V ad leg. Sal. c. 3 (Behrend S 106) belehrt, Heimfall an die Dorfgenossenschaft.

Man möchte sagen, es sei ursprünglich in Bezug auf Liegenschaften gar kein erbrechtliches Element in das Recht eingeführt, sondern eine Gemeinderschaft der Familie in Bezug auf Grund und Boden begründet worden, die sich durch successive Aufnahme der nachwachsenden Geschlechter fortsetzt, eventuell durch Accrescenz verändert, aber zu keinem eigentlichen Erbgange führt[8]. Und es passt das auch völlig für die Zeit, da der Grundbesitz den Charakter eines, ich möchte sagen einer Haushaltung von der Dorfgemeinde geliehenen und anvertrauten Gutes trug, sowie noch heute in der innern Schweiz Almendgärten auf oft lange Zeit an die Familien des Dorfes ausgegeben werden. Aber die beiden Gebiete der Gemeinderschaft und des Erbrechts berührten sich doch so eng, dass zunächst Conflicte unvermeidlich waren und bald auch das Princip, das die Gemeinderschaft hervorgerufen hatte, auf erbrechtlichem Gebiete die Herrschaft zu erlangen strebte. Ein Conflict ergab sich vorerst bezüglich der Fahrnis: der beste Theil derselben, der Viehstand und das Gutsinventar, konnte nicht von dem Schicksale des Hofes getrennt werden, das Erbrecht der Frauenseite war hier unerträglich, wenigstens das ausschliessliche; die Existenz des Hauses forderte wenn nicht alleiniges Erbrecht der Männer, so doch starke Betheiligung derselben, die Söhne mussten auf diesen werthvollsten Bestand der Fahrnis als Pertinenz des Hofes grössere Anrechte erhalten, und der Frauenseite, auch den Töchtern innerhalb des Hauses, blieb nur die ausschliessliche Succession in die Gerade, d. h. die unter der wirthschaftlichen Verwaltung der Frauen stehende Fahrnis. Viel weiter griff aber die gleichzeitig sich vollziehende Neuerung, welche in dem Rechte am Grund und Boden vor sich ging. Der Heimfall der Hufe an die Genossenschaft bei Aussterben der Hausgemeinder verschwand, die Hufe wurde rechtes und wahres Sondereigen und ging nun auch nicht blos nach unten an die successive in die Gemeinderschaft hineingeborenen Nachkommen über, sondern vererbte sich geradezu auch nach oben und nach der Seitenverwandtschaft. Diese Succession in die

hereingezogen werden vor dem Staubwurf, also ohne Abtretung des Hauses, denn sie sitzen schon selber darin. Vgl. Brunner a. a. O. S 41: „Der Missethäter muss zuerst den Versuch machen, ob nicht innerhalb der Hausgenossenschaft die Schuld getilgt werden könne."

[8] Vgl. Bd. I § 51 f. Auch v. Amira a. a. O. S 57 f. 211 f., wo ähnliche Gedanken geäussert sind.

Hufe an sich zu reissen war aber die mütterliche Sippe unfähig und ohnmächtig, sie musste sie dem Mannsstamme auch in der Seitenverwandtschaft entweder ganz überlassen oder im günstigsten Falle mit ihm die Herrschaft theilen, und die Fahrnis folgte dieser Bewegung in entsprechendem und ihrem Wesen angemessenem Umfange nach. So consolidierte sich die Sippe, unter der Herrschaft des Mutterrechtes nur als mütterliche Verwandtschaft existierend, nun auch auf der Vaterseite als väterliche Verwandtschaft zu einem Erbenkreise, und wie beide Sippen, die paterna und die materna generatio, schon nach den ältesten Texten der lex Salica an Wergeldempfang und Wergeldzahlung betheiligt sind, so treten sie auch im Erbrechte neben einander, was schon in frühen Redactionen der lex Salica durch Einfügung der väterlichen Sippe in das Erbrechtssystem zur Erscheinung kommt.

Diese Betheiligung der väterlichen Sippe am Erbrechte erfolgt in verschiedenem Grade. Im süddeutschen, vorab alamannischen Rechte fällt die Succession in das Grundeigenthum, sobald sie ausserhalb des Hauses geht, der väterlichen Sippe anheim, und selbst in dieser jeweilen nur der Sippe des Grossvaters, des Urgrossvaters, es entsteht der Vorzug der Vatermagen vor den Muttermagen. Leicht erklärlich, weil sich hier der Vorzug der Männer vor den Weibern bezüglich des Grundeigenthums, der Ausschluss der Töchter von der Succession in Liegenschaften durch die Söhne sehr lange streng erhalten hat, und daher das Eigen, sobald es in die Seitenlinie gehen sollte, durch Vermittlung desjenigen, von welchem es der Erblasser erhalten hatte, zurückgehen musste. Das war aber jeweilen der Vater gewesen, nicht die Mutter, welche ja in der Regel keine Liegenschaften geerbt und in die Ehe gebracht hatte. Das Erbrecht der Seitenlinie in Grundstücke ist daher nur Erweiterung des Anfalls derselben an die Männer innerhalb des Hauses, Erweiterung des Erbrechts des Hauses auf die Sippe; daher ursprünglich vielleicht auch auf der Vaterseite strenge Beschränkung des Erbrechtes auf die Schwertmagen, allmählich mit aufkommendem Rechte der Frauen auf Liegenschaftserwerb Zulassung aller väterlichen Verwandten auch weiblichen Geschlechts, wo dann überhaupt der Vorzug dieses erweiterten Begriffs der Vatermagen nur noch residuäres Recht ohne innere Begründung ist, weil das ihm ursprünglich zu Grunde liegende Motiv, der Ausschluss der Frauen vom Liegenschaftserwerbe, nicht mehr in Geltung steht.

In dieser Beziehung hat das meist erst später in Franken, Burgund und Schwaben vereinzelt zur Blüte gelangte Fall- oder Revo-

lutionsrecht die auf halbem Wege stehen gebliebene Entwicklung, wie sie im Vorzug der Vatermagen vorliegt, fortgesetzt und consequent vollendet. Das Princip des Rückfalls der Güter wird nun rein durchgeführt: die Vater- und die Mutterseite gewinnen durch Erbgang wieder jede das von ihr an den Erblasser gelangte Gut zurück: paterna paternis, materna maternis.

Einfacher hat sich besonders in Sachsen die Sache gestaltet: sobald das Erbe in die Seitenlinie hinausgeht, wird zwischen väterlicher und mütterlicher Sippe nicht mehr unterschieden und auch der Vorzug der Männer bezüglich der Liegenschaften nicht mehr festgehalten.

Immer aber ist es das Grundeigenthum gewesen, an welchem die erbrechtliche Entwicklung sich vollzogen hat. Hier wie auf andern Gebieten hat es die Führung übernommen und die maassgebenden Impulse hervorgebracht, aus dem natürlichen Grunde, weil es als das volkswirthschaftliche Centrum des Vermögens und der socialen Ordnung erschien. Die Fahrnis schloss sich entweder dieser Entwicklung ohne weiteres an und folgte dem erbrechtlichen Schicksale der Liegenschaften, wie in Süddeutschland, oder sie behauptete in beschränktem Umfange ihr althergebrachtes Successionsrecht durch die weibliche (mütterliche) Verwandtschaft hindurch: das war der Fall bei der Gerade, einem merkwürdigen Ueberreste des Mutterrechts, der sich durch Jahrhunderte hindurch mitten unter den grössten Umwälzungen der sittlichen und rechtlichen Anschauungen eine Existenz bewahrt hat.

Die bisher betrachtete Entwicklung erscheint von grösster Bedeutung für das Verständnis und die richtige Würdigung der Erbfolgeordnung. Wir haben zwei einander entgegengesetzte Elemente sich begegnen und auf demselben Gebiete in Action treten sehen, das Haus (familia) und die Sippe. Innerhalb des Hauses handelt es sich im ersten Anfang um gar kein Erbrecht, sondern um gemeinderschaftliches Nachrücken im Gesammtgute, eventuell Accrescenz, und auf diesem Boden bleibt ursprünglich aller Anfall des Vermögens. Erst ausserhalb der Hausgemeinderschaft beginnt das wirkliche Erbrecht der Sippe, und zwar nach einem festen erbrechtlichen Princip, nach der Nähe der Verwandtschaft. Diese letztere aber beruht, wie nun zumal nach den Nachweisungen Brunners (Sippe und Wergeld) nicht mehr zu bezweifeln ist, auf der Gliederung in heutzutage sogenannte Parentelen, d. h. sie baut sich auf nach den jeweilen durch ein Stammelternpaar gebildeten und abgeschlossenen engeren und weiteren Kreisen, und weil das Erbrecht sich nach der Nähe und dem Grade der Verwandtschaft bestimmt, so ist auch die Erb-

folgeordnung, sobald das Erbe in die Seitenlinie oder vielmehr aus dem Hause herausgeht, die jetzt sog. Parentelenordnung nach Lineal-Gradualfolge. So stehen sich Hausgemeinschaft, gebildet aus Eltern und Kindern und diesen unter sich als Geschwistern, einerseits und erbberechtigte Sippe andrerseits gegenüber, und die Verwandtschaft der Sippe wird erst wenn das Haus aufhört, im Erbrechte wirksam. Beide aber erzeugen verschiedenartige Grundsätze über den Vermögensanfall. Mit der Lockerung der Hausgemeinderschaftsidee dringt dann, und zwar schon ziemlich früh, das Verwandtschaftsprincip mit seiner erbrechtlichen Bedeutung und Wirkung auch in den Kreis des Hauses ein. Aus diesem Kampfe, in welchem das Element der Sippe siegreich geblieben ist, sind dann mannigfach verschiedene, bisweilen willkürliche Erbfolgeordnungssysteme hervorgegangen.

Man hat schon längst den Unterschied der zwei Erbenkreise erkannt, besonders bestimmt hat v. Amira seine Ergebnisse daraus entwickelt und auch den principiellen Gegensatz von Vermögensgemeinschaft und Verwandtschaftserbrecht hervorgehoben. Aber in seinen Motiven recht verständlich und in seiner Verwerthung für die Erbfolgeordnung fruchtbar ist der Unterschied doch nie geworden, weil man immer diese zwei Kreise als Glieder eines und desselben Erbrechtssystems hingenommen hat, ja v. Amira (z. B. S 213) alles Erbrecht selbst erst aus der gesammten Hand der Hausgemeinschaft hat entstehen lassen. Es scheint mir die Sache erst dann zu einem lebendigen und auch den Quellen besser entsprechenden Bilde sich zu gestalten, wenn man diese zwei Kreise als aus heterogenen Ideen erwachsen, als das Product des Gegensatzes von Familie und Sippe auffasst, und zwar nicht so, als ob das Erbrecht bei der Familie seinen Anfang genommen hätte, sondern so, dass man das Erbrecht der Sippe als das primäre annimmt, die Familie aber ursprünglich einen dem Erbrechte entgegengesetzten Gedanken verwirklichen und ihm nur allmählich die Aufnahme in ihren Kreis gewähren lässt. Auf diese Weise wird sich dann am ehesten auch Licht in die noch immer unaufgeklärte Behandlung der weiteren Descendenz in der Erbfolge bringen lassen, und werden sich überhaupt manche Schwierigkeiten heben, welche bezüglich des Erbfolgesystems unausgetragenem Streite unterliegen und unerledigt bleiben müssen, solang man die Erbfolgeordnung aus einheitlichem Princip heraus zu construieren sucht. Weiter findet dann auch der Kampf um die Parentelenordnung darin seinen Abschluss, dass das Erbrecht der Sippe, das ursprünglich einzige Erbrecht, auf der Parentelenordnung ruht, während das Erbrecht des Hauses, soweit es sich als solches mit Zerbröckelung der

Hausgemeinderschaft im Kreise der Hausangehörigen festgesetzt hat, der Parentelenordnung fremd geblieben ist.

Der Gegensatz von Familie und Sippe hat seine ökonomische Basis in dem Gegensatze von liegendem und fahrendem Gute und ist darum auch für das Erbrecht in diesem wirksam geworden. Indem diese beiden Arten von Sachen verschiedenem Anfalle unterliegen, kann von einheitlicher Succession in den ganzen Nachlass nicht gesprochen werden. Die divergente Nachfolge in Land und Habe, wie sie die lex Salica in ihrer ältesten Fassung für Männer und Frauen aufstellt, findet in neuer Gestalt und unter mannigfachen Modificationen ihren Ausdruck einerseits in dem Vorzugsrechte der Männer (oder des Mannsstammes) in Liegenschaften und andererseits in dem Gegensatze von Erbe und Gerade. Weiter hat das Agnationsprincip schon in ältester Zeit den Complex des Heergewätes und in späterer Ausbildung das Lehn einer singulären Erbfolge unterstellt. So kann sich ein Nachlass in vier Successionen spalten, nach Erbe, Lehn, Heergewäte und Gerade, und innerhalb des Erbes wieder der Unterschied von Liegenschaften und Fahrnis geltend werden. Verlangt man für den Begriff der Universalsuccession Einheit des Nachlasses, so ist das deutsche Recht nicht zu demselben gelangt.

Eine andere Frage aber ist, ob das Erbrecht in Bezug auf jeden einzelnen dieser vier Complexe, besonders in Bezug auf das „Erbe" nicht in einer Universalsuccession bestanden habe, in dem Sinne, dass der Erbberechtigte in alle den betreffenden Complex bildenden Rechtsverhältnisse auf Grund eines einheitlichen Rechtstitels eingetreten sei, nicht wie bei der Singularsuccession auf Grund eben so vieler Sondertitel als Rechtsverhältnisse sind. Wir können in dieser Hinsicht nicht so leichthin, wie es oft geschieht, dem deutschen Rechte den Begriff der Universalsuccession absprechen. Dass es einmal eine Zeit gegeben hat, in welcher das Recht der Sippe sich schlechtweg durch Ansichnehmen der vorhandenen Fahrnissachen, ein Ergreifen derselben als herrenlos gewordener Habe geäussert hat, ist sehr wahrscheinlich: die Nächsten griffen zu, nicht weil sie in das Recht des Erblassers eintraten, sondern weil kein Recht mehr an den Sachen bestand; es war Occupation der einzelnen Sachen, und um allfällige Schulden des Verstorbenen brauchte sich keiner zu kümmern, wie wahrscheinlich auch Forderungsrechte desselben untergegangen waren. Aber die historische Zeit kennt einen solchen Zustand nicht mehr, und die ältesten Rechtsdenkmäler sprechen vom Erbgange und vom Gegenstande des Erbrechtes in einer Weise, welche zu der Annahme nöthigt, dass der Begriff der Universalsuccession bereits das bewegende Ele-

ment der Rechtsentwicklung geworden war. Schon in der bildlichen Redeweise und später in den bildlichen Darstellungen der Handschriften kommt diese Anschauung zum Ausdruck: der im Tode erstarrten und kraftlos gewordenen Hand des Erblassers entfällt die Aehre, das Bild seines Gutes; aber sie fällt nicht zu Boden, sondern in die Hand des Erben, sie hat nicht Zeit herrenlos zu werden, Recht und Besitz werden vom Erben sogleich fortgesetzt, „der Todte erbt den Lebendigen, le mort saisit le vif". Wir werden sehen, wie sehr die Idee der Universalsuccession dem deutschen Rechtsbewusstsein innewohnt.

Damit hängt etwas Weiteres zusammen. Was der Sterbende fallen lässt, muss in die Hand des von der Natur gesetzten Erben fallen; bei Lebzeiten ist er schon stark durch Anwartschaftsrechte gebunden, was er im Tode hinterlässt, kann Niemand anders als dieser Erbe erwerben; letztwillige Verfügungen selbst über die Fahrnis, mit der er doch im Leben ungehindert schaltet, sind ausgeschlossen, weil Veräusserung und Erwerb zusammenfallen müssen, und der Todte nicht mehr veräussern kann, sondern Gott walten lassen muss, solus Deus heredem facere potest. So giebt es blos Intestaterbfolge, keine testamentarische Erbberufung, und die Möglichkeit, sein Vermögen auf einen andern als den gesetzlichen Erben zu übertragen, eröffnet sich zuerst in der schon bei Lebzeiten vollzogenen Aufnahme des zu Bedenkenden in das Haus und das Eigenthum des Gutes (adoptio in hereditatem).

Das soll nun alles in der nachfolgenden Darstellung im einzelnen geprüft und nachgewiesen werden. Von den hier aufgestellten Ausgangspunkten gliedere ich das deutsche Erbrechtssystem so: der Kern desselben ist die Intestaterbfolge, die einzige, die das Mittelalter gekannt hat, daher ich im ersten Abschnitt schlechtweg von Erbfolge rede, welcher als zweiter Abschnitt die Verfügungen auf den Todesfall anzureihen sind. Für die Betrachtung der Erbfolge ziehe ich vor, mit der Untersuchung des Rechtsinhaltes des Erbrechts zu beginnen und die Darstellung der zur Erbfolge berufenen Personen mit Unterscheidung der vier Bestandtheile des Vermögens (Erbe, Lehn, dem das Hofgut mag angeschlossen werden, Heergewäte und Gerade) nachfolgen zu lassen.

Erster Abschnitt.

Die Erbfolge.

Erstes Kapitel.

Wesen und Inhalt des Erbrechtes.

I. Der Successionsmodus.

§ 175. A. Universalsuccession.

Jeder Mensch, sofern er überhaupt Rechtssubject ist, erscheint als der Träger einer grösseren oder kleineren Zahl von Vermögensrechtsverhältnissen, an denen er activ oder passiv, als Inhaber des Rechts oder als Diener der Pflicht betheiligt ist. Alle diese Rechtsverhältnisse haben ein von einander unabhängiges Dasein, jedes ist für sich allein der Veränderung und der Aufhebung nach dem Willen seines Trägers innerhalb der Grenzen der Rechtsgesetze unterworfen, ihre Vereinigung finden sie nur in der rechtlich zufälligen Einheit ihres Trägers. Erlischt durch des letzteren Tod diese sie zusammenhaltende Einheit, so existiert keine durch die Natur der Sache gebotene und selbstverständliche Nothwendigkeit ihres Beisammenbleibens, und rein aprioristisch gedacht ist es möglich, dass sie durch den Tod aus einander fallen, und dass jedes in seiner Vereinzelung als herrenlos der Occupation des zuerst Zugreifenden unterliegt, wobei dann diejenigen, deren Ergreifung keinen Vortheil bringt, bei Seite liegen gelassen werden. Ein solcher Zustand willkürlicher Occupation der einzelnen Gegenstände einer Verlassenschaft durch den zuerst Zugreifenden ist schon in den frühesten Anfängen eines Cultur- und Rechtslebens überwunden, es bestehen Rechtssätze über die Berechtigung zum Ergreifen des Nachlasses und die Reihenfolge der Berechtigten, und daran schliesst sich nothwendig das Eintreten

dieser Berechtigten kraft einheitlichen Rechtstitels in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen, d. h. das Princip der Universalsuccession.

Was haben wir uns unter Universalsuccession zu denken? Stände dieser Begriff so fest als es den Anschein hat, so hätte nicht so viel unfruchtbarer Streit darüber können geführt werden, ob das deutsche Erbrecht auf ihm beruhe oder nicht. Wir müssen also vor allem wissen, was er bedeutet.

Wo von der Universalsuccession ex professo und von allgemeinem Gesichtspunkte aus gehandelt wird, etwa bei der Lehre von Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte im allgemeinen Theile eines Pandektenlehrbuches, da wird sie der Singularsuccession gegenübergestellt; dies ist auch der richtige logische Gegensatz. Kommt man aber dann im Erbrechte darauf zu sprechen, so ist oft der Begriff der Specialsuccession an die Stelle der Singularsuccession gesetzt[1]. Nun ist es klar, dass je nachdem diese oder jene in Gegensatz zu der Universalsuccession gestellt wird, der Begriff der letzteren auch ein verschiedener sein wird, und dass man streng genommen Universal- und Singularsuccession, General- und Specialerbfolge unterscheiden sollte. Denn auch die Specialerbfolge (als Gegensatz zu der Generalerbfolge gedacht) kann eine Universalsuccession im Gegensatze zu Singularsuccession sein. Wir haben es daher mit den zwei verschiedenen Fragen zu thun, ob die deutsche Erbfolge Universal- oder Singularsuccession gewesen sei, und ob das deutsche Erbrecht nur eine generelle Erbfolge oder specielle Erbfolgen gekannt habe. Diese letztere Frage bleibt dem § 177 zur Beantwortung vorbehalten.

In den Gegensatz zur Singularsuccession gestellt besteht die Universalsuccession darin, dass eine Mehrheit von Vermögensrechtsverhältnissen kraft eines einheitlichen Rechtstitels übergeht, welcher die singulären Titel für den Uebergang der einzelnen Rechtsverhältnisse ersetzt und unnöthig macht. Der Hauptfall[2] ist die Erbfolge:

---

[1] Vgl. etwa Dernburg, Preuss. Privatrecht III § 97; Stobbe, Handb. V 5, aber nicht gerade sehr übereinstimmend damit S 8 f.

[2] Nicht der einzige. Universalsuccession ist etwa auch gesetzlich anerkannt bei Uebertragung des Vermögens an eine Pfrundanstalt gegen Verpfründung; der Verpfründungsvertrag ist der einheitliche Rechtstitel der Anstalt für Eintritt in alle Rechtsverhältnisse des Verpfründeten. Oder: der Solothurner Cantonsrath beschliesst im J. 1885, dass die Solothurnische Bank und die Solothurner Hypothekarcasse auf 1. Januar 1886 aufgehoben seien und die Cantonalbank an ihre Stelle und in ihre Activen und Passiven eintrete. Der Gläubiger der Solothurnischen Bank kann einen von dieser ausgestellten Wechsel ohne weiteres kraft des aus diesem Beschluss ihm erwachsenen Rechtstitels gegen die Cantonalbank einklagen u. s. f. Dass er es sich nicht braucht gefallen zu lassen, dass er vielmehr Liquidation der Solothurnischen

kraft erbrechtlichen Titels klagt der Erbe den auf seinen Erblasser als Remittenten ausgestellten Wechsel ein, obschon er ihm nicht indossiert ist, kraft desselben Titels lässt er die Liegenschaft des Erblassers im Grundbuch auf seinen Namen umschreiben und ist er ohne Tradition Eigenthümer der Fahrnis, kraft desselben Titels muss er den vom Erblasser acceptierten Wechsel bezahlen u. s. w. Die Singularsuccession im Gegensatz dazu charakterisiert sich dadurch, dass auch wenn mehrere unter sich gleichartige oder ungleichartige Rechtsverhältnisse in äusserlicher Zusammenfassung unter ein Rechtsgeschäft übertragen werden, doch der Rechtserwerbstitel in Bezug auf jedes einzelne Rechtsverhältnis juristisch selbständig hergestellt werden muss, und z. B. derjenige, der einem Andern ein Haus, ein Pferd, Hausratsutensilien, Wechsel und sonstige Forderungsrechte um eine Gesammtsumme abtritt, doch jedes einzelne dieser Objecte und Rechte durch den dafür passenden Rechtsakt (Grundbuchfertigung, Tradition, Indossament, Cession) übertragen muss.

Nicht nach Belieben und Willkür der Parteien können Universalsuccessionen geschaffen werden, sie treten nur ein in den Fällen, für die sie das Recht von vorneherein zur Erreichung eines sonst gar nicht oder nur schwer zu erlangenden rechtlich relevanten Zweckes vorgesehen hat. Dieser Zweck ist theils schon in dem inneren Zusammenhange der mehreren Rechtsverhältnisse, um die es sich handelt, theils in der Unmöglichkeit oder in der für den Verkehr hinderlichen Umständlichkeit der Herstellung von Separattiteln begründet. Einerseits also wird das Recht die Universalsuccession nur zur Verfügung stellen, wo die Vermögensverhältnisse eine ökonomische Einheit bilden[3] und als solche auch in der Hand des neuen Erwerbers fort-

---

Bank behufs Befriedigung ihrer Gläubiger vor dem Uebergange verlangen kann, ist eine davon unabhängige Frage, gleichwie die Gläubiger eines Erblassers Güterabsonderung ansprechen dürfen, ohne dass das Wesen der Erbfolge als einer Universalsuccession dadurch alteriert wird. — Universalsuccession ist ferner Uebernahme eines Handlungsgeschäftes mit Activen und Passiven; sollte das jetzt je noch nicht anerkannt werden wollen, so wird sich sicherlich der Handelsverkehr in nächster Zeit diese Anerkennung erzwingen. Alle diese Fälle können freilich als Analogien der Erbfolge angesehen werden, so dass diese das Muster für sie bleibt.

[3] Man nennt diese ökonomische Einheit der Rechtsverhältnisse bekanntlich Vermögen und bezeichnet dann die Universalsuccession als Nachfolge in das Vermögen, daher man auch die Erbfolge dahin definiert, der Erbe trete in die Einheit der Rechtsverhältnisse ein, das Vermögen gehe über als Einheit. Man muss sich dabei nur bewusst bleiben, dass man keinen juristischen, blos einen wirthschaftlichen Satz damit ausspricht. Denn der Begriff Vermögen selbst ist eigentlich nur ein wirthschaftlicher, kein juristischer, Vermögen nur eine ökonomische, keine

bestehen sollen, wie das bei der Erbfolge, bei der Succession in Handlungsgeschäfte der Fall ist; andrerseits fordert die Sicherheit des Verkehrs eine bescheidene Verwendung dieses, ich möchte fast sagen, abnormen Institutes. Bei dem Hauptfalle, der Erbfolge, ist seine Nothwendigkeit einleuchtend: die Separattitel für Erwerb der einzelnen Rechtsverhältnisse wären nicht zu beschaffen, weil die Partei, welche tradieren, cedieren u. s. w. müsste, nicht mehr lebt. Unter Lebenden Universalsuccession zu gewähren, hat das Recht weniger Interesse und Anlass; es lässt sich etwa dazu herbei bei Verpfründungsverträgen mit öffentlichen Pfrundanstalten, zu deren Gunsten es, um ihnen den mit Separatübertragung jedes einzelnen Rechtsverhältnisses verbundenen Aufwand von Zeit, Kosten und Mühe aller Art zu ersparen, in der Verpfründungsurkunde gesetzlich den einheitlichen Rechtstitel schafft; oder es kann durch das Drängen des nicht gerade anspruchslosen Handelsverkehres dazu getrieben werden, für die Uebertragung von Handlungsgeschäften mit Activen und Passiven die Universalsuccession einzuräumen.

Daraus ergiebt sich nun auch, dass die Universalsuccession durchaus nicht alle Rechtsverhältnisse, in denen ein Mensch steht oder gestanden hat, sein ganzes Vermögen, zu umfassen braucht; das Recht gewährt den einheitlichen Rechtstitel, kraft dessen man succediert, einer beliebigen Summe von Rechtsverhältnissen, nach Maassgabe des Bedürfnisses, das dafür besteht. Ob das ganze Vermögen oder nur gewisse Bestandtheile desselben übergehen, ist rechtlich gleichgiltig; genug, dass das was übergeht, unter einheitlichem Rechtstitel übergeht. So stellt etwa die eine Rechtsordnung für die Erbfolge die Forderung

---

juristische Einheit. Juristisch kann ich mit meinem „Vermögen" nichts anfangen, rechtlichen Belang für mich haben nur die einzelnen Rechte und Verpflichtungen, also das Eigenthum an den mir gehörigen einzelnen Sachen, die mir zustehenden Forderungsrechte, die auf mir lastenden Schulden; bilden sie auch eine wirthschaftliche Einheit, so haben sie doch, wie schon im Eingang dieses Paragraphen bemerkt, rechtlich ihre besondere Existenz, und durch meinen Tod wird es nicht anders: mein Erbe findet keine Einheit in juristischem Sinne vor und das Erbrecht schafft ihm auch keine solche, die Rechtsverhältnisse, welche das Vermögen bilden, bleiben in ihrer Vereinzelung bestehen und werden in ihrem rechtlichen Bestande nicht verändert. Daher muss der Erbe auch in der Erbschaftsklage gegen einen Fremden, der alles Gut des Erblassers in Händen hat, Stück für Stück specificieren, er klagt nicht die hereditas als juristische Einheit (eine Art universitas bonorum), sondern die res hereditariae ein. Das „Vermögen" ist nur wirthschaftliches Gedankenbild zum Ausdrucke des einheitlichen ökonomischen Zwecks, das juristisch Maassgebende und Wirksame aber ist der einheitliche Rechtstitel; er macht den Erben zum Universalsuccessor.

des Uebergangs aller Rechtsverhältnisse des Erblassers auf, wie das die römische gethan hat; eine andere wird sich begnügen, nur bestimmte Gattungen von Rechtsverhältnissen unter den einheitlichen Rechtstitel zu stellen, kraft dessen sie übergehen, etwa die persönlichen Schuldverpflichtungen weglassen und nur die Activen als Gegenstand der Universalsuccession behandeln. Das entscheidet sich jeweilen nach dem Stande der wirthschaftlichen Cultur des Volkes: je weniger der Personalcredit als nothwendiges Element des Verkehrslebens entwickelt ist, desto weniger bilden solche persönliche Verpflichtungen einen Bestandtheil des Vermögens als der Grundlage der ökonomischen Stellung eines Menschen, desto weniger also sind Activen und Passiven zu einheitlichem wirthschaftlichen Zwecke zusammengefasst. So bleibt dann die Universalsuccession, der einheitliche Titel für den Rechtsübergang, auf die einzig das „Vermögen" bildenden Activen beschränkt. Das ältere römische Recht hat das noch durchgeführt bei der Arrogation; die Contractsschulden des Arrogierten gehen nicht auf den arrogator über, und doch ist der Vermögensübergang als Universalsuccession behandelt. Darum wird nicht sowohl vom Standpunkte der formalen juristischen Logik aus, als von dem der wirthschaftlichen Betrachtungsweise die in der römischen hereditas hergestellte Erbfolge in das gesammte Gut des Erblassers als die vollendetste Form der Universalsuccession erscheinen; denn der formalen juristischen Logik, welche in der Einheit des Rechtstitels für den Uebergang einer Mehrheit von Vermögensrechtsverhältnissen das maassgebende Kriterium der Universalsuccession erblickt, ist auch bei jenen Formen primitiverer Wirthschaftsperioden schon völliges Genüge geleistet.

Und nun dürfen wir wohl sagen: der rechtliche Werth, die juristische Bedeutung des Erbrechts und der Erbfolge besteht geradezu in der Herstellung und der Darstellung einer Universalsuccession. Denn der ganze Inhalt des Erbrechtes wächst aus der Aufgabe heraus, für welche dasselbe geschaffen ist: in der Erbqualität den einheitlichen Rechtstitel für den Uebergang einer Mehrheit von Rechtsverhältnissen herzustellen, und wo diese Aufgabe aufhört, giebt es keine Erbfolge mehr. So ist der Begriff der Universalsuccession von dem der Erbfolge so untrennbar wie das Licht von dem Sonnenstrahle.

Mit dem Bisherigen ist jetzt auch die Frage, ob die deutsche Erbfolge Universalsuccession gewesen sei, schon halb, wenn nicht ganz beantwortet. Ganz, und zwar in bejahendem Sinne, wenn wir annehmen, dass die Worte Erbe, erben u. s. w. im Mittelalter den gleichen Sinn haben wie heutzutage, weil dann in dem Begriffe Erbfolge

schon von selbst die Universalsuccession liegt. Ist aber der Sinn des Wortes selbst erst zu ermitteln, so kommt es darauf an, ob in jedes einzelne Rechtsverhältnis des Verstorbenen kraft ebenso vieler Separattitel, welche nur im Rechte der Occupation herrenlosen Gutes liegen könnten, succediert wird, oder ob der Erbe kraft eines einheitlichen Titels, und zwar seiner Erbqualität, in alles, was zum Nachlass gehört, eintritt. Das letztere kann nicht zweifelhaft sein, denn es sind alle vom Rechte hiefür verlangten Bedingungen vorhanden.

Vorerst mangelt nicht der innere Zusammenhang der Rechtsverhältnisse, welcher den Nachlass als ökonomische Einheit erscheinen lässt. Es finden sich schon in den ältesten Quellen Ausdrücke, welche die Existenz des Vermögensbegriffs für die früheste Zeit sicher stellen[4]. Die lex Salica spricht von facultas und fortuna, das langobardische Edict von substantia in solchem Sinne[5]. Hereditas und Erbe (neutr.) ist nichts andres als diese zum Gegenstand des Erbanfalls gewordene facultas[6]. Es ist nicht richtig, dass, wie Pernice a. a. O. S 86 behauptet, das Wort „erbe" stets den Inbegriff der ererbten körperlichen Sachen bezeichne, also Forderungen und Schulden ausschliesse. Denn der Ssp I 6 § 2 entwickelt aus dem Nehmen des Erbes die Pflicht der Schuldenzahlung, also müssen die Schulden (soweit sie vom Erben zahlbar sind) zum Erbe (Nachlass) gehören. Und wären auch nur die körperlichen Sachen damit bezeichnet, so bliebe die Möglichkeit der Universalsuccession bestehen, indem der Erbe für die Liegenschaften keiner gerichtlichen Fertigung, für die Fahrnis keiner Uebergabe, ja nicht einmal mehr einer Occupation bedurfte, um Eigenthümer zu werden, sondern durch die Erbfolge das Eigenthum an allen Sachen erlangte. So könnte schon die Berufung auf Ssp I 6 § 1 u. 2 genügen, um den Charakter der deutschrechtlichen Erbfolge als einer Universalsuccession zu erhärten. Es spricht aber noch anderes dafür.

Das deutsche Recht, in seiner Neigung zu möglichst realistisch-

---

[4] Das beachtet doch Pernice, KrV IX 85 zu wenig.

[5] Lex Sal. 58: tota facultate data non habuerit unde tota lege conpleat; 46: dicat verbum quantum voluerit aut totam furtunam suam cui voluerit dare; 50 § 4: quantum valuerit debitus quod debet hoc de furtuna sua illi tollant. Liutpr. 20. 30. 138: omnem substantiam suam amittat. Vgl. Greg. Tur. V 17: facultates eorum fisco suo redegit, V 25; Roth, BW S 217 Anm 70. 72.

[6] Sowohl in lex Sal. 59: in hereditatem succedant; lex Alam. 57, 1: hereditas paterna contingat ad sorores; 35, 3: fratres dividant hereditatem patrum, u. v. a. als in Ssp I 6 § 1: mit svelkeme gude de man bestirft, dat het allet erve. I 28, I 24 § 3; Gosl. Stat. 10, 15 f.

concreter Darstellung abstracter Verhältnisse, hat von Anfang an das Bedürfnis gefühlt, den gesammten Nachlass sich in einer räumlichen Vereinigung zu denken. Als solche räumliche Umfassung der Verlassenschaft bot sich der Hof dar, auf dem der Erblasser gelebt hatte und gestorben war, die Were. In der Gewere des Hofes dachte man sich den Nachlass eingeschlossen. In Verhältnissen, wo der Hof mit dem darauf befindlichen Viehstand, Inventar u. dgl. das ganze Vermögen bildete, war das eben so einfach als natürlich. Aber auch in Zuständen entwickelteren Verkehrs hielt man daran fest und dehnte dann auch diese Function der Were als des Repräsentanten des Nachlasses auf alles aus, was nicht in der Were lag oder, weil unkörperlicher Natur, wie Forderungsrechte, überhaupt keine räumliche Begrenzung fand. In dem niederländischen Erb- oder Sterbehausrechte hat dieser Gedanke seine höchste Durchführung erhalten. Das Sterbehaus, mortuaria domus, das Haus, in welchem der Erblasser gestorben ist, gilt nun als der Sitz der Erbschaft. Es braucht nicht das eigene Haus des Erblassers zu sein, er kann blos zur Miethe darin gewohnt haben, immer repräsentiert es den Nachlass; indem der Todte zur Thür hinausgetragen wird und die Were räumt, fällt diese letztere, d. h. die durch sie dargestellte Erbschaft, an den Erben. Und indem der Erbe da, wo ihm eine ausdrückliche Besitzergreifung des Nachlasses zur Constatierung seiner Erbengewere wünschenswerth erscheint, durch solenne Handlung sich gerichtlich in das Sterbehaus einweisen lässt (vgl. § 179), vollzieht er überhaupt einen solennen Eintritt in die ganze Erbschaft mit allen Activen und Passiven. Daher heisst es: mortuaria domus est universa defuncti hereditas civili quodam modo repraesentata per domum ubi defunctus postremum habuit domicilium[7]. Ich denke, dass in dieser von fremdem Rechte doch offenbar nicht beeinflussten Entwicklung sich das Bedürfnis nach plastischem Ausdrucke der Universalsuccession des deutlichsten ausspricht. Aehnliches, nur weniger energisch real ausgebildet, finden wir anderwärts in verschiedenen Gestalten. Hier hebe ich hervor den zu Basel im 14. und 15. Jahrhundert üblichen Brauch, dass ein Erbansprecher, der sich neben oder vor andern den Erbbesitz sichern will, sich von dem Gericht in Gewalt und Gewere alles Erbes und Gutes, das der Verstorbene zu Basel und in dem römischen Königreich verlassen hat, setzen lässt[8]. So gilt auch in den Nie-

[7] Krom, Oud-nederlandsch erfhuisrecht S 36. Behrend, Anevang und Erbengewere S 35.

[8] In den Schultheissengerichtsprotokollen finden sich massenhafte Belege,

derlanden die Einweisung in das Sterbehaus als der Eintritt in alle, auch auswärtigen Rechtsverhältnisse des Erblassers, und die einzelnen Herrschaften und Rechtsgebiete haben zahlreiche Concordate über Gewährung der Reciprocität in solchen Fällen abgeschlossen, um der Sache praktische Durchführung zu sichern. Wie wäre man zu allem dem gekommen, wenn nicht die Erbfolge als Universalsuccession gegolten hätte? Es wäre doch jeder Anlass dazu ausgeschlossen gewesen.

Endlich sei noch auf die Erbschaftsklage hingewiesen.

Das Wesen der Erbfolge als einer Universalsuccession kommt im römischen Rechte (viel deutlicher und praktischer als durch theoretische Definitionen wie l 24, 208 D de V. S. 50, 16; l 3 pr. D de B. P. 37, 1) in der Erbschaftsklage, der hereditatis petitio, zur Erscheinung. Auf Grund seines Erbrechtes, welches den Erwerbstitel für alle Bestandtheile des Nachlasses bildet, erhebt der Kläger seinen Anspruch auf Erbschaft, hereditas, gegen den Besitzer von Erbschaftscomplexen oder einzelnen Erbschaftssachen wie auch gegen den Erbschaftsschuldner; das Klagfundament ist einzig und allein der einheitliche Erbtitel, die Erbqualität des Klägers, und darum ist die Klage auch nur möglich gegen solche, welche pro herede oder pro possessore besitzen, d. h. den Erbtitel des Klägers wegen ihres eigenen Erbrechtes bestreiten, oder ihn nur bezweifeln, ohne selber ein Recht zu beanspruchen. Immer entscheidet sich so in und mit der Frage, ob der Kläger Erbe sei, von selbst sein Recht an den geforderten Sachen oder auf die eingeklagte Schuld, die Verpflichtung des Beklagten auf Herausgabe jener und auf Zahlung dieser. Nicht anders verhält es sich im deutschen Rechte. Dasselbe stellt die Klage „von erves wegene" dem Erben gegen jeden, der selbst ein Erbrecht bezüglich des Streitgegenstandes zu haben behauptet oder schlechthin die Erbberechtigung des Klägers beanstandet (also pro herede oder pro possessore besitzt), zur Verfügung, und der Beklagte muss die Erbschaftssachen herausgeben oder die Erbschaftsforderung befriedigen auf Beweis der Erbqualität des Klägers[9]. Wie die hereditatis petitio so ist auch diese deutsche Erbschaftsklage nur aus der Universalsuccession erklärbar.

---

immer nach der Formel wie beispielsweise: do liessent sich Hans Brombach und frow Elsy Mendlin setzen in gewalt und gewer des erbs und gutz, so wylent frow Ennelin Hesingerin zu Basel und in dem remschen kungkrich verlassen hett. Vgl. auch RQ von Basel I Nr 64 § 39 (S 71), Nr 74; unten § 179.

[9] Das Nähere bei Laband, Die vermögensrechtl. Klagen S 359—382.

B. Gegenstand der Succession.

§ 176. 1. Umfang des Nachlasses.

Indem wir zu der Frage fortschreiten, in was durch Universalsuccession succediert werde, bemerken wir sofort, dass dieser Punkt, also der Gegenstand der Erbfolge und dessen Umfang, von der Frage der Universalsuccession, wie sie hier ist gefasst worden, unabhängig ist. Er ist das nicht, wenn man Universalsuccession als successio in universum jus defuncti definiert, eine willkürliche Definition, für die man sich nicht auf das römische Recht berufen darf, weil dieses nicht die Universalsuccession im allgemeinen, sondern nur die römische Erbfolge so definiert hat, auf die es auch passt. Eine Erbfolge kann Universalsuccession sein und braucht doch nicht Succession in alle Rechtsverhältnisse, in universum jus des Erblassers zu sein, es können gewisse Arten von Rechten und Pflichten des Erblassers davon ausgeschlossen werden. Freilich ist diese Ausschliessung nicht anders möglich als dadurch, dass diese Rechte und Pflichten untergehen, und somit das, worein der Erbe succediert, doch das ganze vom Erblasser übrig gebliebene Vermögen, den ganzen Nachlass umfasst, so dass von dieser Seite betrachtet die successio in universum jus trotz allfälligem, bei Tod des Erblassers eintretenden Erlöschen seiner Schulden gerettet ist. Es soll diese Bemerkung nur zeigen, wie wenig es gestattet ist, für das deutsche Recht die Frage, ob die Erbfolge Universalsuccession gewesen sei, mit der Frage, ob die Schulden des Erblassers auf den Erben übergegangen seien, zu identificieren. Denn gehen die Schulden nicht auf den Erben über, so müssen sie nothwendig erlöschen, so dass doch alles was der Erblasser hinterlässt, auf den Erben übergeht. So ist der Erbe Universalsuccessor, wenn er in den Nachlass als die Summe der sämmtlichen vom Erblasser zurückgelassenen Rechtsverhältnisse kraft des einen und einzigen (erbrechtlichen) Titels eintritt. Was für Rechtsverhältnisse nachgelassen werden, welche dagegen mit dem Tode erlöschen, ist hier zu untersuchen.

Dass gewisse Rechtsverhältnisse vererblich sind, andere nicht, hat noch jedes Recht erkannt. Wir unterscheiden im wesentlichen die persönlichen, besonders die Familienrechte, und die Vermögensrechte, und lassen nur die letzteren den Bestand des Nachlasses bilden. Es können aber auch Vermögensrechte so persönlich gedacht sein, dass sie den Tod ihres Trägers nicht überdauern. Derartiges finden wir im deutschen Rechte. Selbstverständlich gehören zum Nachlass und bilden einen Bestandtheil der Erbschaft die vom Erblasser zurückge-

lassenen Sachen, in der Ausdehnung des Sachenbegriffs, wie wir ihn Bd. I § 67 u. 68 aufgestellt haben. Beinahe zweifelhaft könnte sein, ob schon mit dem ersten Auftreten des Erbrechts- und Erbschaftsbegriffes in dem Rechte auch die Forderungen im Nachlass eingeschlossen waren, wenn wir wahrnehmen, wie sorgfältig die alten Schuldverschreibungen noch die Zahlung an heredes und proheredes ausdrücklich glauben zusichern zu müssen (oben Bd. I S 60). Doch ist jedenfalls schon früh die Zugehörigkeit der Forderungsrechte zum Nachlass unbeanstandetes Rechtsprincip geworden. Wie weit dasselbe mit den Schulden des Erblassers der Fall gewesen ist, bildet eine für die älteste Zeit kaum mit voller Sicherheit aus den Quellen zu beantwortende Frage.

Wenn wir die leges Wisig. und Burg. und das langobardische Edict, bei denen römische Einflüsse denkbar sind, bei Seite lassen, so finden wir in den Volksrechten nur von einer Schuld, der Wergeldschuld, in verhältnismässig reichhaltiger Weise gehandelt. Allerdings fragt sich sofort, ob ein so enger Zusammenhang zwischen hereditas und compositio bestanden habe, dass die Grundsätze über Haftung für Wergeldschuld auch ohne weiteres als für die andern Schulden geltend dürfen angesehen werden. Denn „Wergeld und Erbschaft werden streng unterschieden" und „an dem Wergelde participieren nach zahlreichen Rechten auch Verwandte, welche nicht Erben sind"[1]. Doch ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass ursprünglich ein gewisser Zusammenhang zwischen Wergeld und Erbrecht bestanden hat und dass in den für activen und passiven Uebergang der Wergeldzahlung geltenden Grundsätzen noch die Ueberreste eines uralten Erbrechtsprincips liegen, das hier fortgedauert hat, während es im eigentlichen Erbrechte schon früh ist überwunden worden. Werfen wir einen Blick auf diese complicierte Frage.

Schon die Volksrechte stellen uns über Empfang und Zahlung des Wergeldes zwei Systeme dar, deren Repräsentanten merkwürdiger Weise die sonst zusammenhängenden Rechte der Salier und der Ribuarier sind.

Nach dem einen, das wohl das ursprünglichere ist — und es gehören dazu das salische, das friesische, das sächsische und das angelsächsische Recht —, fällt das Wergeld eines Erschlagenen zu einem Theil an die Erben (d. h. in der Regel die Söhne) als Erbsühne, zu dem anderen Theil an die weiteren Verwandten, die Magschaft, als Magsühne. So schon nach lex Sal. 62 je zur Hälfte. Daraus ergiebt

[1] Brunner, Sippe und Wergeld S 3 f., vgl. das. S 19 Anm 1.

sich auch für die Salfranken der freilich nicht gerade zwingende, aber durch die Analogie des sächsischen, des angelsächsischen und des friesischen Rechtes empfohlene und mit dem Wortlaute des tit. 58 leg. Sal. vereinbare Schluss[2], dass ebenso auch die Wergeldschuld zur Hälfte von dem Todtschläger selbst, zur Hälfte von dessen Magschaft zu entrichten gewesen sei. Und da wird für uns die Frage wichtig, was das Schicksal dieser auf dem Todtschläger selbst lastenden Hälfte gewesen sei, wenn er vor deren Bezahlung starb. Ich möchte annehmen, dass die Erben, auch wenn sie das Erbe nicht an sich zogen, dafür aufkommen mussten. Der tit. 58 nämlich zeigt uns, dass wenn der Todtschläger selber insolvent war, zunächst der engste Kreis der Hausgenossen zur Zahlung herbeigezogen wurde, dieser sich das Gut des Schuldigen durch die Zahlung retten musste, und wenn er dazu nicht im Stande war, er mit dem Todtschläger das Gut zu räumen hatte, um die weitere Magschaft eintreten zu lassen, welche nun auch diese andere Hälfte auf sich nehmen musste, um ihrem Verwandten das Leben zu retten. War der Todtschläger gestorben, so mochte diese subsidiäre Pflicht der weiteren Verwandten cessieren, weil dann der Zweck, die Rettung des Lebens, nicht mehr bestand. Aber für die zur Erbfolge Berufenen konnte diese Pflicht bestehen bleiben, selbst unbedingt, so dass sie sich nicht durch Preisgeben des Gutes des Erblassers davon befreien konnten. Darnach wäre die compositio activ und passiv je zur Hälfte Sache der Familie und der Sippe gewesen, so dass beide kraft directer Betheiligung gehaftet hätten.

Ein späteres Stadium scheint das System der leges Rib., Angl. et Wer. und Bai. darzustellen, welche die Pflicht der Wergeldzahlung (und demgemäss wohl auch das Recht auf Wergeldbezug) dem Erben ausschliesslich zuweisen[3]. Das ist, wie besonders die lex Rib. ausweist, dahin zu verstehen, dass die Kinder die Wergeldschuld unter allen Umständen zahlen müssen, sie mögen den Nachlass des Vaters antreten oder nicht. Weiter entfernte Erben konnten sich vielleicht (darauf deutet eher die lex Angl.) durch Ausschlagung des Erbes auch der Wergeldhaftung entziehen. So ist für die Kinder die Wergeldschuld eine persönliche Schuld, für die weiteren Verwandten blos Erbschaftsschuld, freilich hier in dem Sinne, dass sie nicht nur bis auf

---

[2] Brunner a. a. O. S 44; v. Amira S 26 f.

[3] Lex Rib. 12, 2: per tres decessiones filiorum solvat; lex Angl. et Wer. 31: ad quemcunque hereditas terrae pervenerit, ad illum vestis bellica et ultio proximi et solutio leudis debet pertinere; lex Bai. VIII 20: usque in septimam propinquitatem de patre in filios.

den Betrag der Erbschaft, sondern mit ihrem eigenen Vermögen haften, sobald sie einmal sich als Erben geriert haben. Die viel besprochene und schwierige Stelle der lex Rib. tit. 67 scheint mir so am richtigsten erklärt zu werden[4]. Das omne debitum bezieht sich nur auf die Wergeldschuld und heisst nicht: alle Schulden, sondern: die ganze (Wergeld-)Schuld, wie integrum debitum in lex Sal. 58 § 2. Es handelt sich also nicht um ein allgemeines Erbrechtsprincip der Schuldenhaftung. Ich paraphrasiere diesen Titel nun so: Hinterlässt der Todtschläger Kinder, so müssen diese jedenfalls (gemäss tit. 12) die Wergeldschuld zahlen, sie mögen die Erbschaft antreten oder nicht. Stirbt er kinderlos, so zahlt die Schuld derjenige, welcher die Liegenschaft übernimmt (analog dem tit. 31 der lex Angl.). Hat der Todtschläger schon bei Lebzeiten die Liegenschaft per testamentum venditionis s. tradicionis veräussert, um die Schuld wenigstens theilweise zu decken, so tritt der in die Schuld ein, der den auch noch so geringen Nachlass an sich nimmt, und im Nothfalle derjenige, an den das Wergeld gefallen wäre bei Todtschlag des Erblassers[5].

Ist diese Erklärung annehmbar, so wäre unser Resultat das: alle diese Volksrechte stehen unter dem gemeinsamen Princip, dass die Zahlung der Wergeldschuld Familien- und Sippepflicht ist, welche ursprünglich (salisch, friesisch u. s. w.) auf die Mitglieder der Sippe vertheilt wird, unter subsidiärer Haftbarkeit der Einzelnen für die Antheile der nicht zahlungsfähigen Verwandten, später (ribuarisch) dagegen blos den Erben belastet, freilich nöthigenfalls mit Behaftung seines eigenen Vermögens, eben weil es nicht blos eine Schuld des Todtschlägers selbst, sondern eine solche seiner Verwandten, bezw. Erben ist.

Ein Zusammenhang mit dem Erbrecht könnte nun möglicherweise nach der Richtung bestanden haben, dass ursprünglich auch die Erbschaft unter die Sippe vertheilt, und erst später eine bestimmte Erbfolgeordnung eingeführt worden ist (vgl. unten § 187 zu Anm 4). Kaum aber darf aus der primären Haftpflicht der Verwandten bezw. der Erben für die ganze Wergeldschuld (omne debitum) ohne weiteres auf eben solche Haftpflicht der Erben für alle andern Schulden ge-

---

[4] Si quis moriens debitosus aut testamenta vel venditionis seu tradicionis aliquid fecerit, si filios aut filias non relinquerit, quicunque de parentibus suis, quantum unus solidus valet, in hereditatem reciperit, vel cui weregildum ejus, si interfectus fuisset, legitime obvenibat, omnem debitum culpabilis judicetur, et omnem factum ejus idoniare studeat, aut culpam incurreret.

[5] Das braucht nicht nothwendig der nächste Erbe zu sein, vielleicht ist es der nächste Schwertmag, während der nächste Erbe eine Frau ist.

schlossen werden. Die Wergeldschuld lastete auf der Sippe, bezw. auf den nächsten Erben, weil sie die Sühne war für die Blutrache, welche ebenfalls die ganze Sippe, nicht blos den Todtschläger, bedrohte. Wie die ganze Sippe die Fehde führen und leiden musste, so sollte sie auch die Composition ganz aufbringen. Als in der Folge die Fehde überhaupt in den Hintergrund trat und die Zahlung der Busse die Regel wurde, konnte sich die Zahlungspflicht von der ganzen Sippe auf die nächsten Erben zurückziehen, aber ihren alten Charakter einer Sippepflicht brauchte sie deswegen nicht einzubüssen, eine gewöhnliche Erbschaftsschuld brauchte sie deshalb nicht zu werden, und sie ist es auch noch lange nicht geworden, wie auch umgekehrt der Wergeldbezug noch lange Zeit nicht schlechthin dem Erben zukam und z. B. der Verm. Ssp I 40 d. 1 sagt: Wert eyn man czu tode geslayn, dy forderunge erbet her uf sine kinth. Had he nicht kinth, so erbet her dy forderunge uf sinen nesten swertmag. Unde ist lantrecht unde wichbilde. So ist diese unbedingte Haftpflicht des Erben für die Wergeldschuld der Ausfluss eines Rechtsgedankens, der bei den andern Schulden des Erblassers nicht zutrifft: sie ersetzt die Fehde, welche die Sippe, bezw. der Erbe persönlich hätte tragen müssen. Bei den andern Schulden, selbst Delictsschulden, lag diese Gefahr für die Verwandten, bezw. den Erben nicht vor, er hatte sich von keiner Fehde zu lösen, solche Schulden gingen ihn direct nichts an. So scheint mir in dieser Beziehung eine getrennte Behandlung von Wergeldschuld und andern (Delicts- und Contracts-)Schulden des Erblassers grundsätzlich nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern eher wahrscheinlich. Wie umgekehrt doch wohl der Erbe eines Erschlagenen dessen Wergeld annehmen und auf seine Erbschaft verzichten konnte[6], so mochte der Erbe eines Todtschlägers zwar sich zur Zahlung der Wergeldschuld bequemen müssen, aber deshalb nicht genöthigt sein, sich der überschuldeten Erbschaft zu unterziehen.

Aus dem hier Besprochenen ziehe ich nun den Schluss, dass von der Haftpflicht der Erben für die Wergeldschuld die Frage, ob und

---

[6] Anders freilich Brunner, Sippe und Wergeld S 46: „Der Empfang des Wergeldes verpflichtet ebenso zur Zahlung der Schulden des Verstorbenen wie der Erbgang in Gegenstände des Nachlasses." Diese Ansicht beruht auf einer andern Erklärung des tit. 67 der lex Rib. als ich angenommen habe. Auch abgesehen von der Differenz über die Bedeutung des Ausdrucks omne debitum kann ich das Obige in der Stelle nicht ausgesprochen finden; sie sagt nicht: wer das Wergeld empfängt, muss auch die Schulden des Erblassers zahlen, sondern: wem das Wergeld zufiele, wenn der Erblasser erschlagen wäre (interfectus fuisset), der muss auch für das Wergeld haften, das der Erblasser verbüsst hat.

wieweit die Schulden des Erblassers zum Nachlass gehört haben, unabhängig ist.

Der Prüfung dieser Frage vorgängig ist das Bedenken zu erledigen, ob ein Unterschied zwischen reiner Gemeinderschaft und Erbgang müsse gemacht werden. Es hat v. Amira S 213 die Ansicht geäussert, die Consequenz aus dem Gesammteigenthume habe dahin geführt, dass Obligationen seines Vertreters die vertretenen Gesammthänder banden, und zwar nicht allein Vertrags-, sondern auch Delictsschulden. Ich zweifle, ob man so weit gehen darf (vgl. oben S 405). Nur für eigentliche Haushaltsschulden kann ein solcher Satz gegolten haben, Schulden für Privatgebrauch haben (nach Analogie von Ssp I 12) das Sammtgut sicherlich nicht belastet, sonst hätte der „Vertreter" der Gemeinderschaft das Princip der Gesammthand durch leichtfertiges Schuldeneingehen illusorisch machen können: den Gemeindern wäre das Gut, zu dessen Veräusserung sie ihre Mitwirkung versagt hätten, durch die Gläubiger weggenommen worden. Speciell für Delictsschulden ergiebt sich aus Cap. vom 1. Nov. 816 c. 5 (Boretius I 268 f.) die Haftpflicht blos des dem Verbrecher gehörenden Antheils. Das Eigen eines Verbrechers wird wegen seines Delicts in Bann gelegt und soll, nachdem der Eigenthümer es innerhalb Jahresfrist nicht frei gemacht hat, zur Tilgung der Busse verwendet werden; hat der Verbrecher mit seinen Ganerben noch nicht abgetheilt gehabt, so soll der Graf mit ihnen die Abtheilung vornehmen und dann den an den Verbrecher fallenden Theil zur Zahlung der Composition verwenden. Damit ist doch deutlich ausgesprochen, dass die Schuld nicht das Gesammtgut belastet, nicht die sämmtlichen Gemeinder gebunden hat. Denn nur der Antheil des Verbrechers kann in Anspruch genommen werden, sollte er auch die Composition nicht vollständig decken. Einen Unterschied zu machen, je nachdem der „Vertreter" der Gesammthand (also etwa der Vater) oder ein andrer Gemeinder der Delinquent ist, dazu besteht keine Veranlassung; in allen Fällen wird das gleiche gelten. Nach Analogie dieses Capitulars dürfen wir annehmen, dass bei Tod eines Gemeinders die von ihm contrahierten Schulden nur seinen Antheil beschweren, und von den andern Gemeindern wohl auch nur soweit zu tragen sind, als die Annahme eines Nachlasses dazu verpflichtet, dass also auch in dieser Anwendung die gleichen Grundsätze gelten wie bei Erbgang.

Darüber nun giebt uns eigentlich erst der Sachsenspiegel eine einlässliche Auskunft, I 6 § 2: Sve so dat erve nimt, die sal dur recht die scult gelden also vern, als it erve geweret an varender have. Düve noch rof noch dobelspel n'is he nicht plichtich to geldene, noch

nene scult, wande der he wederstadinge untving, oder bürge was worden.

Zweierlei ist hierin enthalten: 1. Angabe der Schulden, die nicht zum Nachlass gehören, also mit dem Tode des Erblassers untergehen, und 2. Beschränkung der Haftpflicht des Erben auf den Betrag der geerbten Fahrnis.

1. Als gar nicht zum Nachlass gehörig werden zuerst Schulden aus Diebstahl und Raub genannt, was wir gemäss Ssp II 17 § 1[7] überhaupt auf die Delictsschulden ausdehnen dürfen. Die Meinung ist, dass der Erbe nicht auf Zahlung der Busse könne belangt werden[8], und ebensowenig auf Schadenersatz[9], wohl aber auf Rückgabe des durch das Delict in die Gewere des Verbrechers gelangten und noch im Nachlass befindlichen Gegenstandes, gemäss den bald zu besprechenden Grundsätzen über wederstadinge.

Weiter nennt der Ssp Spielschulden und gelangt erst jetzt zu dem allgemeinen Princip: der Erbe haftet für keine Schuld, ausser für die er wederstadinge empfing.

Wederstadinge ist Erstattung, Ersatz, Aequivalent, Gegenwerth[10], es handelt sich also um Schulden, für die ein Gegenwerth empfangen worden. Wer aber muss diesen Gegenwerth empfangen haben? nach dem stricten Wortlaute der Sachsenspiegelstelle und noch mehr nach dem von Richtst. Landr. 10 § 3[11] ist es der Erbe, und somit scheint sich die Erklärung zu empfehlen, dass der Erbe nur für Schulden aus zweiseitigen Verträgen haftet, falls das von der andern Partei Geleistete sich noch im Nachlasse befindet, den Nachlass vergrössert hat[12]. Darnach wäre also der Kaufpreis einer vom Erblasser erworbenen Sache zu bezahlen, wenn sich dieselbe noch im Nachlass vorfände, nicht aber,

---

[7] Die sone ne antwerdet vor den vader nicht, svenne he stirft, svat so he ungerichtes hevet gedan. Vgl. Lewis, Die Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers nach deutschem Recht S 164; Stobbe, Ueber das Eintreten des Erben in die obligatorischen Verhältnisse des Erblassers nach deutschem Recht, in Bekkers und Muthers J d. gem. DR V 326 f.

[8] Ueber seine Haftpflicht, wenn der Erblasser noch bei Lebzeiten ist verurtheilt worden, s. die angef. Schriftsteller.

[9] Gemäss Ssp III 31 § 1 u. 2 und der unten Anm 17 davon zu gebenden Erklärung.

[10] Vgl. Schilling, Die lehn- und erbrechtlichen Satzungen des Waldemar-Erich'schen Rechts S 210 f.; Stobbe a. a. O. S 323 Anm 29, wo blos das Citat Richtst. Lehnr. 26 in 28 zu ändern ist.

[11] So vrage, welkerleie sculde he (der Erbe) gelden scole. So vintme, der he wederstadinge heft.

[12] So Stobbe a. a. O. S 324.

wenn sie der Erblasser wieder verloren oder verschenkt hatte, weil kein Gegenwerth im Nachlass war. Wie jedoch, wenn der Erblasser sie weiter verkauft und den Preis dafür erhoben hatte? und wie war es bei Darlehen, die der Erblasser aufgenommen? wurde in solchen Fällen untersucht, ob er aus dem Kaufpreise, aus der Darlehnssumme etwas angeschafft habe, was noch als Gegenwerth vorhanden sei, oder ob er das Geld unnütz verbraucht habe? Ich bezweifle, dass das deutsche Recht sich auf den glatten Boden der auch für uns in der praktischen Anwendung schwierigen Bereicherungsfrage oder auf den des Satzes res succedit in locum pretii begeben hat, ich kann mir auch nicht recht denken, wie solche Fragen in dem doch immer noch recht formalen Prozess zur Erörterung gelangt wären, und so käme die Ansicht von Stobbe, praktisch ausgeführt gedacht, im wesentlichen auf die von Siegel[13] heraus, der Erbe sei nur zum Abtrag der Schulden verpflichtet gewesen, welche durch Hingabe von Gegenständen, die sich im Nachlass befinden, erlöschen, und man könnte sich dann sogar fragen, warum denn überhaupt noch die Beschränkung beigefügt sei, dass der Erbe nur mit der Fahrnis des Nachlasses hafte, da sich das aus der Natur der Schulden, für die er haften muss, von selbst ergeben würde[14]. Manche Schwierigkeiten wären in dieser Hinsicht gehoben, wenn mit Lewis S 84 f. dürfte angenommen werden, dass als der Empfänger der wederstadinge der Erblasser gemeint sei, mithin es sich um solche Schulden handle, die aus einem für den jetzigen Gläubiger onerosen Geschäfte herrühren. Aber der Satz: der he wederstadinge untving oder bürge was worden, schliesst diese Annahme aus, da das Bürge sein sich evident nur auf den Erben beziehen kann.

Ich erblicke in diesem Satze des Ssp nicht ein althergebrachtes festes Rechtsprincip, sondern den Versuch, für eine in der Bewegung begriffene neue Anschauung einen Rechtssatz zu formulieren: man griff nach diesem möglichst concreten Kriterium, ohne sich über dessen Durchführung bis in alle Einzelheiten hinein Rechenschaft zu geben. Dieser Grundsatz der Haftpflicht bei wederstadinge taucht hier, im Ssp, so plötzlich auf wie er sofort wieder in der Folgezeit verschwindet, er ist Auskunftsmittel eines Uebergangszustandes. Dem alten Rechte hat er vielleicht gar nicht angehört. Es ist möglich, dass das deutsche Recht noch verhältnismässig längere Zeit den persönlichen Verpflichtungen sammt und sonders die Vererblichkeit nicht gewährt hat, denen aus Delict so wenig wie denen aus Vertrag. Erinnern wir

[13] Das deutsche Erbrecht S 182.

[14] So auch Pernice, KrV IX 93 f.

uns doch des alten Charakters der Wadiation; man könnte sie fast eine Zahlung durch Bürgen nennen, der Schuldner wurde dadurch gegenüber dem Gläubiger frei, konnte blos von dem Bürgen betrieben werden, und wenn der Bürge vor Beitreibung der Schuld starb, so hatte der Gläubiger nichts mehr anzusprechen. Sodann der Kauf war Baargeschäft; creditierte der Verkäufer den Kaufpreis, trotzdem er, um dem Gesetze Genüge zu leisten, pro stabiliscenda venditione denselben erhalten zu haben erklärte, so that er das auf seine Gefahr. Leihe, Miethe, Depositum bewegten sich auf sachenrechtlichem Boden, die Klage war die dingliche und ging als solche ebenso gut gegen den Erben des Empfängers wie gegen diesen selbst, solange die Sache noch im Nachlass vorhanden war; hatte sie der Erblasser selbst veräussert oder durch eigene Schuld oder Unglücksfall verloren, so lehnte der Erbe jede Haftpflicht ab, weil er die Sache nie in seine Obhut und damit in seine persönliche Verantwortlichkeit erhalten hatte. Dass Darlehn anders behandelt worden, ist schwer anzunehmen; der Gläubiger hatte dem Schuldner etwas anvertraut, wofür dieser voll und ganz haften musste, aber vom Erben hätte man es nur zurückverlangen können, wenn es mit dinglicher Klage erreichbar gewesen wäre[15]. Endlich bei den Delicten verhielt es sich ebenso: was durch Diebstahl und Raub in den Besitz des Erblassers und von diesem an den Erben gelangt war, musste letzterer dem Vindicanten herausgeben, wie es unter anderm aus Cap. II ad leg. Sal. c. 1 de rebus in alode patris inventis (Behrend S 93) klar hervorgeht; freilich nicht darum, weil der Erbe für die Delictsschulden des Erblassers gehaftet hätte, sondern weil es eine fremde Sache war, die nicht zum Nachlass gehörte; für alle wirklich aus dem Delicte entspringenden persönlichen Verpflichtungen aber fehlte jede Handhabe zu Haftbarmachung des Erben.

Ueber einen solchen Zustand, wenn er in derartiger Einseitigkeit überhaupt dem alten Rechte eigen gewesen, ist der Ssp bedeutend hinausgeschritten, sonst könnte er nicht den Satz an die Spitze stellen: der Erbe soll von Rechts wegen die Schulden zahlen. Und auch an anderen Stellen (z. B. III 10 § 2) spricht er in so allgemeiner Weise von der Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers, dass man doch geneigt sein dürfte, dem Begriff der wederstadinge einen weiten Umfang zu geben und nicht blos das nachweisbar und greifbar im

[15] Oder wenn der Erbe ausdrücklich in die Verpflichtungsurkunde mit eingeschlossen war? Von den fränkischen Formeln enthält blos Marc. II 25 (Rozière Nr 368) die Haftpflicht des Erben des Darlehnsschuldners: pro duplum me aut heredis meos teneatis obnoxium.

Nachlass Befindliche darunter zu verstehen. So musste der Erbe nach Ssp I 22 § 2 die Dienstbotenlöhne bezahlen[16], und doch kann man kaum sagen, der Erbe habe für sie ein reelles Aequivalent im Nachlasse; wenigstens bedürfte man hiezu schon einer künstlichen Gedankenoperation, der das deutsche Recht jener Zeit kaum zugänglich gewesen wäre.

Am liebsten würde ich daher annehmen, mit dem Ausdrucke: Schulden, für die der Erbe wederstadinge empfangen hat, habe gesagt werden wollen: Schulden, welche den Erblasser auch mit in den Stand gesetzt haben, die Erbschaft so zu hinterlassen, und den Erben, sie so zu empfangen, wie es wirklich geschehen ist. Darnach hätte wederstadinge nicht den Sinn einer reell vorhandenen und nachweisbaren Vermehrung des Nachlasses, sondern einer Leistung, die auch wenn nicht mehr in natura vorhanden, doch dazu geholfen hat, den Nachlass in seinem jetzigen Bestande auf den Erben zu bringen. Dazu zähle ich vor allem die Darlehnsschulden, die ich schon nach Sachsenspiegelrecht als vererblich zu betrachten geneigt bin: denn das Darlehn war zu einer ökonomischen Verwerthung aufgenommen worden, welche den Stand des Vermögens direct oder durch Entlastung des Eigenthümers vom Eingreifen in denselben vortheilhaft afficierte; der Erbe genoss das auch.

Wie weit nun aber dieser Gedanke durchgeführt worden ist, lässt sich nicht in alle Einzelheiten hinein ermitteln. In voller Consequenz scheint es noch nicht geschehen zu sein; es hätte z. B. folgerichtig als wederstadinge gelten, somit zu einer Haftbarkeit des Erben führen müssen, wenn der Erblasser eine von ihm gestohlene oder geraubte, oder eine ihm hinterlegte, geliehene oder verpfändete Sache veräussert und den Erlös in einer dem Nachlasse zu gute kommenden Weise für sich verwendet hätte. Aber nach Ssp III 31 § 2 ist das kaum anzunehmen[17], vielmehr der Erbe nach alter Weise als berechtigt zu betrachten, sich der Antwort zu wehren, weil er nicht mehr besitze. Dagegen passt zu dem Princip der Haftpflicht mit der wederstadinge

---

[16] Vgl. auch Wasserschleben, Deutsche RQ S 281 c. 143.

[17] Ssp III 31 § 1: Svat en man deme anderen scüldich is oder nimt, dar mut man deme erven vore antwerden, of jene stirft. § 2: Stirft aver jene uppe den die klage gat, sine erven ne antwerden dar vore nicht, sie ne hebben dat gut under en, dar umme jene beklaget was. — Unter dem der „scüldich is", verstehe ich den Commodatar, Depositar u. s. w., unter dem der „nimt", den Dieb oder Räuber oder Vorenthalter gefundener Sachen; für alle gilt gleichmässig der Satz des § 2, dass ihre Erben nur die noch im Nachlass befindlichen Sachen herausgeben, nicht Schadenersatz leisten müssen.

wohl der Grundsatz, dass der Erbe bei bilateralen Verträgen, wo der Erblasser die Leistung der Gegenpartei in Empfang genommen, aber die seinige noch nicht bewirkt hatte, ein Wahlrecht zwischen Rückgabe des Empfangenen und Erfüllung seiner Verpflichtung besessen habe, wie das für das Dienstbotenverhältnis aus Ssp I 22 § 2, für den Kauf aus Ssp I 9 § 2, für die Pacht aus Ssp III 77 § 1 scharfsinnig ist deduciert worden[18].

Betrachten wir die auf den Ssp folgenden Rechtsaufzeichnungen, so dürfen wir wohl dieses in I 6 § 2 aufgestellte Princip als den Ausdruck eines noch nicht völlig abgeklärten und ausgebildeten Rechtsgedankens ansehen, entsprechend dem Stadium des Uebergangs von dem Grundsatze des Erlöschens aller persönlichen Verpflichtungen des Erblassers zu dem des Eintritts der Erben in dieselben. Denn nur wenige Quellen schliessen sich noch an den Sachsenspiegel an, leider nicht mit bestimmterer Fassung; die späteren, vorab in Sachsen der wichtige Quellenkreis magdeburgischen Rechts, in Süddeutschland der Schwabenspiegel und die Stadtrechte, kennen das Kriterium der wederstadinge nicht mehr und lassen die Schulden des Erblassers allgemein einen Bestandtheil der Erbschaft bilden, wobei sie blos bestimmt einzelne Ausnahmen, wie Spiel-, Delicts- und wucherliche Schulden, aufstellen. Das Detail zu verfolgen kann nicht mehr unsere Aufgabe sein.

2. Das Zweite, was der Ssp mittheilt, ist, dass der Erbe die Schulden des Erblassers, soweit er überhaupt dafür haftet, nur bis auf den Betrag der ererbten Fahrnis bezahlen muss: eine höchst wichtige Bestimmung, wenn wir den Kreis der Schulden, die zu dem Nachlass gehören, so weit ziehen, wie es oben geschehen ist, namentlich auch die Darlehnsschulden aufnehmen. Die Beschränkung auf die Fahrnis erklärt der Richtst. Landr. 10 § 3 damit: wen he mach es (das Eigen) ane siner erven gelof nicht laten. Stobbe (a. a. O. S 310 f.) hat diese Begründung mit Argumenten beanstandet, welche sämmtlich späteren Quellen entnommen sind und für dieselben auch ihre Berechtigung haben würden, für die Zeit des Ssp aber kaum etwas beweisen. Schon der Satz, dass Ueberschuldung über den Betrag der Fahrnis hinaus ein Fall echter Noth sei, scheint dem Sachsenspiegelrechte fremd; dasselbe braucht den Ausdruck echte Noth überhaupt nur für die Fälle, wo ein gesetzliches Hindernis zum Erscheinen vor Gericht (behufs Verantwortung auf eine Klage, Erhebung eines Einspruchs, im allgemeinen Vornahme einer

[18] Von Schilling, Die lehn- und erbrechtl. Satzungen (s. Anm 10) S 213 ff.

gerichtlichen Handlung) vorliegt[19]. Echte Noth ist ein Fall höherer Gewalt, die das Ausbleiben bei einer Rechtshandlung, zu der man geboten ist, entschuldigt. Was Stobbe im Auge hat, ist die famis necessitas, von der lex Sax. 62 sagt, sie rechtfertige Veräusserung des Eigens selbst zu Präjudiz der Erben. Ob das später noch gegolten hat, ist nicht ganz sicher, denn auch die andere Bestimmung jenes c. 62, dass man ohne Rücksicht auf die Erben sein Eigen an Kirchen tradieren dürfe, ist zur Zeit des Ssp längst antiquiert[20]. Jedenfalls werden auch schon nach lex Sax. die Erben das Recht gehabt haben, das Eigen gegen die Uebernahme der Alimentation des Erblassers an sich zu ziehen[21]. Aber selbst angenommen, der Eigenthümer habe noch nach sächsischem Landrechte zur Fristung seines Lebens sein Eigen ohne Erbenlaub veräussern dürfen, so fragt sich noch, ob überhaupt Verschuldung als famis necessitas gegolten hat; und endlich, selbst wenn auch dies der Fall gewesen sein sollte, so war es immerhin nur eine dem Schuldner persönlich gewährte Gunst, und wenn er starb, ohne davon Gebrauch gemacht zu haben, so trat wieder das Hauptmotiv des Erbenlaubs in Kraft, das Motiv, dass den Erben das Eigen durch keine Handlungsweise des Erblassers könne entzogen werden. Denn dem Erblasser, so lange er lebte, mochte man am Ende diese Anwartschaft der Erben opfern, um ihn vor Schuldhaft oder Landesverweisung und allen den schweren Folgen der Insolvenz zu retten, aber wenn er todt war, so cessierten diese Rücksichten und lag kein Grund mehr für Hintansetzung dieser Erbenanwartschaft vor. Höchstens könnte man also dem Richtsteig vorwerfen, er habe statt des eigentlichen Motivs (des Anwartschaftsrechts der Erben) eine einzelne Aeusserung desselben (das Erbenlaub) genannt; er hätte sagen sollen: denn er kann die Anwartschaft der Erben dadurch nicht brechen. Dieser Grund für Ausschluss der Liegenschaften von der Schuldenhaftung erscheint nun aber als ein so sehr den Verhältnissen entsprechender, dass wir auf ihn verfallen würden, auch wenn er uns nicht in einem so verständig geschriebenen Rechtsbuche wie der Richtsteig an die Hand gegeben wäre. Die Liegenschaft, der Hof, ist Hausgut und als solches den Erben durch feste Wartrechte gebunden; es hat ohne ihren Consens nicht ver-

[19] Und analog in II 71 § 3 ein Hindernis zu Verfolgung eines Uebelthäters bei erhobenem Gerüchte.

[20] Anderwärts haben die Erben bei famis necessitas ein Vorkaufsrecht, Stat. fam. S. Petri Wormat. c. 2.

[21] Denn es heisst in c. 62, der Veräusserer dürfe tradieren, ut ab illo qui hoc acceperit, sustentetur.

äussert noch belastet werden können; wie sollten jetzt plötzlich die persönlichen Verpflichtungen des Erblassers diese Anwartschaft illusorisch machen können? Die Freiheit der Liegenschaften von der Haftung für die Schulden erscheint als ein nothwendiges Glied des Erbgutssystems des alten Rechtes. Daher unterliegt es auch grossem Bedenken, den Satz, dass der Erbe nur mit der Fahrnis des Nachlasses hafte, als Singularität des Sachsenspiegels zu bezeichnen. Denn fast in noch höherem Maass muss er in Verhältnissen reiner Gemeinderschaft gegolten haben. Was hätte die Gesammthand von Vater und Söhnen für einen Sinn gehabt, wenn der Vater hätte Schulden machen können, welche die Söhne genöthigt hätten, den Hof hinzugeben, um die Schulden des Vaters zu decken? Man könnte sagen: den ganzen Hof hätten sie jedenfalls nicht preisgeben müssen, sondern nur den Theil, der dem Vater zugefallen wäre, wenn er bei Lebzeiten mit ihnen würde abgetheilt haben; und so wenig wie die Söhne ein Einspruchsrecht gegen Verfügungen ihres Vaters über die ihm zugefallene portio gehabt, so wenig sei ihnen zu nahe getreten worden durch Inanspruchnahme dieser portio für seine Schulden. Man könnte sich hiefür mit einigem Schein auf das Cap. v. 816 c. 5 (Boretius I 268) berufen[22]. Doch lässt das Capitular diesen allgemeinen Schluss kaum zu. Es scheint blos von dem Falle zu sprechen, wo der Staat wegen eines vor Gericht verfolgten Verbrechens und Contumaz des Schuldigen dessen Gut confisciert: es handelt sich um ein Privileg der öffentlichen Gewalt, aus dem kein Schluss auf das Erbrecht zu ziehen ist. Der Beweis hiefür liegt darin, dass dieser selbe Satz des Capitulars auch im Sachsenspiegel unbeschadet der Bestimmung von I 6 § 2 auftritt: in II 41 heisst es, dass der Richter für Gewedde oder Wergeld, wenn die Fahrnis des Schuldigen nicht ausreicht, das Grundstück vronen, der Erbe aber binnen Jahr und Tag es durch Bezahlung der Schuld frei machen darf. Das Gut wird in Beschlag genommen entweder für ein Wergeld[23] oder für das Gewedde des

[22] Dort heisst es: wenn Jemandes Eigen für ein von ihm begangenes Verbrechen in Bann gelegt und von ihm binnen Jahr und Tag nicht gelöst wird, so ist es dem Fiscus verfallen. Debitum vero, quod is cujus ea (proprietas) fuit solvere debuit, per comitem juxta estimationem damni de rebus mobilibus que in eadem proprietate invente fuerint his quibus idem debitor fuit, exsolvatur. Quod si rerum mobilium quantitas ad compositionem non sufficerit, de immobilibus suppleatur. Si autem homo ille nondum cum suis coheredibus proprium suum divisum habuit, comes cum eis legitimam divisionem faciat et partem ejus fisco addicat et compositionem de ea hiis ad quos illa legibus pertinet exsolvat.

[23] Für solches mussten ja, wie oben angeführt, die Erben auch die Liegenschaften fahren lassen. Vgl. NR. UB. I Nr 23.

Richters; das sind die einzigen Fälle, wo die Liegenschaften zur Schuldenhaftung herbeigezogen werden, und zwar, wie übereinstimmend aus dem Capitular und dem Ssp II 41 hervorgeht, nur mangels genügender Fahrnis. Wie dieser im Ssp II 41 für Sachsen bezeugte Brauch offenbar dem Capitulare entstammt, also auf allgemeines Reichsrecht zurückführt, so spricht nun auch eine starke Vermuthung dafür, dass der Satz in Ssp I 6 § 2, der doch ein Correlat und Complement zu II 41 bildet, auch nichts specifisch Sächsisches ist, vielmehr auf altes Recht aller deutschen Stämme zurückführt. Dies wird durch das spätere französische Recht bestätigt, welches in erster Linie die Fahrnis für die Erbschaftsschulden in Anspruch nimmt[24].

Eine Reihe von Detailfragen drängen sich auf, wenn man sich zu vergegenwärtigen sucht, in welcher Weise die Haftung der Fahrnis des Nachlasses für die Erbschaftsschulden praktisch realisiert worden sei; namentlich sind es zwei Fragen, die hier hervorgehoben werden mögen: 1. wurde die Fahrnis auf die sämmtlichen Forderungen pro rata vertheilt, oder wurden die Gläubiger, die ihre Forderungen zuerst geltend machten, vollständig befriedigt, solang etwas da war, so dass die später sich meldenden nichts mehr erhielten, wenn die Fahrnis erschöpft war? Der erstere Modus würde eine Art Auskündung des Erblassers voraussetzen, woran für die alte Zeit kaum zu denken ist; es wird auch hier, wie im alten Betreibungsrechte, die Priorität entschieden haben: wer zuerst kam, erhielt auch seine Sache zuerst. 2. Bestand ein Vorzugsrecht der Gläubiger, von denen bestimmte Gegenstände des Nachlasses herrührten, auf Befriedigung aus denselben, z. B. ein Vorzugsrecht des Verkäufers einer noch vorhandenen Fahrnissache auf dieselbe für den noch nicht bezahlten Kaufpreis? Dem Princip der Haftpflicht für Schulden, für die man wederstadinge empfing, würde das wohl entsprechen, aber gemäss dem eben zu 1 Bemerkten wäre es praktisch nicht wohl ausführbar zu denken.

So standen einer consequenten Durchführung des Rechtsprincips, wie es knapp und kurz in Ssp I 6 § 2 aufgestellt ist, mannigfache Schwierigkeiten entgegen; einem reicher sich entwickelnden Rechts-

[24] Näheres bei Warnkönig, Franz. Staats- und Rechtsgeschichte II 469; Schäffner, Geschichte der Rechtsverf. Frankreichs III 395; De Fontaines, Conseil XXXIII 15; Beaumanoir XII 6: et por ce doit on avant penre les muebles por paier detes et torfais. Auch in Belgien, z. B. Coutumes de Malines (Rec. des anc. cout. de la Belgique) Stadtrecht von 1535 tit. 16 c. 35: alle wtschulden van sterfhuysen . . . . sullen betaelt worden wten ghemeynen haeffelijcke goeden (au moyen des biens mobiliers communs).

verkehr genügte dasselbe überhaupt nicht mehr. Auch in dieser Frage dürfte sich also ergeben, was bezüglich der Stellung des Ssp in der historischen Gruppierung der Rechtsquellen uns schon öfter vor Augen getreten ist: dass der Ssp den Volksrechten näher steht als den Quellen der zweiten Periode. Das Anwartschafts- und Einspruchsrecht der Erben steht ihm noch unerschüttert fest, während schon zu seiner Zeit und bald nachher zumal in den Städten für das wohlgewonnene Gut die freieste Verfügung des Eigenthümers durchgedrungen ist, und selbst das Erbgut von dem Bande des Erbenlaubes gelöst zu werden beginnt. Wie sehr diese Tendenz schon im 13. Jahrhundert vorgeschritten ist, hat sich uns besonders an dem Beispiele nahe gelegt, dass das Gesammthandsrecht der Eheleute (z. B. in Köln) allen Widerspruch der Kinder gegen Verfügungen über die Liegenschaften verdrängt hat. Damit geht nun aber Hand in Hand die Hereinziehung der Liegenschaften in die Haftung für die Schulden des Erblassers: sie sind eben nicht mehr das unantastbare Familien- und Erbgut[25]. Darüber sind die Quellen späterer Zeit aus allen deutschen Gebieten einig, das Magdeburger Recht[26] so gut als der Schwabenspiegel[27] und zahlreiche Statuten, deren Aufzählung im einzelnen es hier nicht bedarf. Für die zweite Hälfte des Mittelalters kann der Satz als der allgemein herrschende Rechtsausdruck angesehen werden, dass der Erbe für die Schulden des Erblassers haftet, soweit als der Nachlass reicht, nicht aber mit seinem eigenen Vermögen[28].

---

[25] Man fühlt es doch zuerst noch als einen Widerspruch; so wenn das Schöffenurtheil bei Stobbe a. a. O. S 306 sagt: obschon man Eigen nicht ohne Erbenlaub veräussern kann, so muss doch der Erbe damit die Schulden bezahlen. Umgekehrt ist später daraus, dass der Erbe auch mit den Liegenschaften des Erblassers für dessen Schulden haften muss, auf den Satz geschlossen worden, dass der Erblasser ohne Erbenlaub Eigen für Schulden verwenden dürfe, wie der Frankfurter Schöffenspruch bei Stobbe S 312 zeigt.

[26] Vgl. etwa Magd. Fr. II 2 d. 6: Ab man eynen erbeling getwingen mag, erbe zcu vorkouffen dorch synes vatir scholt wille, wenne her mit varnder habe dy scholt nicht mag vorgelden. Gefunden: Bekennet eyn man der erbelinge schulde, dy syn vatir schuldig ist blebin, dy sal her beczalin, also verre als das erbe weret, das her nympt. Andere Belege bei Stobbe a. a. O. S 306 f.

[27] Schwsp (W.) 8 Z. 12, (L.) 5 b reproduciert den Satz von Ssp I 6 § 2 so, dass der Erbe auch zu Recht die Schulden zahlen soll, die der Todte gelten sollte. Dann fügt er (W.) 20 Z. 12, (L.) 20 bei: unde ist er tot, die erben sullenz tuon von dem guote daz si geerbet hant, ob guot da ist daz da eigen si oder varende guot.

[28] Schwsp (W.) 20 Z. 14, (L.) 20: unde ist niht guotes da, so sint die erben ledic; (W.) 10, (L.) 8: unde ist daz ein man stirbet der gelten sol, unde er lat nit

§ 177. 2. Die Erbmassen.

Der Nachlass eines Verstorbenen kann in verschiedene Complexe zerfallen, welche schon bei seinen Lebzeiten bestimmten Sonderzwecken gedient haben und auch jetzt sich an denjenigen vererben, in dessen Händen sie diesem Zwecke am besten erhalten bleiben. So ergiebt sich bei einem Erbfall eine Mehrheit von Specialerbfolgen, von welchen jede für sich den Charakter einer Universalsuccession hat.

Man kann schon den Gegensatz, in welchen die ältesten Quellen, vorab die lex Salica 59, Liegenschaften und Fahrnis bezüglich der Erbfolge bringen, als Grundlage solcher Specialsuccession ansehen; und in der That ist da, wo die Erbfolge in die Liegenschaften dem Mannsstamm vorbehalten geblieben ist, die Fahrnis dagegen sich nach der Nähe des Blutes ohne Rücksicht auf das Geschlecht vererbt, die Scheidung des Erbes in zwei Massen gegeben, für deren jede eine besondere Erbfolge eintreten kann: etwa wenn der Erblasser in absteigender Linie nur Töchter hinterlassen hat, welche wohl die Fahrnis erben, aber die Liegenschaften den Brüdern oder noch weiteren Verwandten ihres verstorbenen Vaters überlassen müssen. Dann vertheilen sich alle Activen und Passiven des Nachlasses auf diese zwei Complexe, und der Liegenschaftsmasse werden die Passiven zufallen, welche das liegende Gut belasten, der Fahrnismasse das Uebrige.

Das deutsche Recht hat indessen die Specialerbfolgen auf diesem Boden des Gegensatzes von Liegenschafts- und Fahrnismassen auszubilden keine Veranlassung gehabt da, wo es, wie im sächsischen Rechte, die zum Erbe gehörige Fahrnis dem Schicksale der Liegenschaften hat folgen lassen oder, wie im süddeutschen Rechte, schliesslich dazu gelangt ist, das Erbgut oder Stammgut blos bei Concurrenz gleich naher Verwandter beiderlei Geschlechts den Männern vorauszugeben, sodass die Einheit der Erbfolge gewahrt geblieben ist, nur mit grösserem Erbtheil des Mannsstamms. Wo aber der unbedingte Vorgang der Männer auch vor näher verwandten Frauen in Bezug auf die Liegenschaften Bestand behalten hat oder später, zumal bei dem Adel, durch Verträge und Hausgesetze neu begründet worden ist, da handelt es sich um zwei Specialerbfolgen, in welche sich auch die Schulden des Erblassers nach bestimmten Grundsätzen und der Natur der Schulden entsprechend vertheilt haben.

Dazu ist dann mit der Ausbildung des Lehnrechtes der Gegensatz von Eigen und Lehn und die Specialerbfolge in Erbe und Lehn

---

guotes hinder im, da mit sine erben vergelten mügen, die sullen des geltes ledic sin vor gote unde vor den liuten.

getreten. Das sächsische Recht hat hinzugefügt die besonderen Successionen in Heergewäte und Gerade. Und seitdem die Morgengabe zu einem gesetzlichen Witwenerbrecht an einer bestimmten Kategorie von Fahrnisgegenständen geworden ist, muss auch die Erbfolge der Witwe in die Morgengabsobjecte als solche Specialsuccession bezeichnet werden.

Lehn, Heergewäte, Gerade und die spätere sächsische Morgengabe bestehen aus gesetzlich genau specialisierten Gegenständen, so dass sich der Begriff des Erbes in negativer Fassung ergiebt als alles das, was nicht Lehn, Heergewäte und Gerade (und später Morgengabe) ist[1]. Somit gilt Erbe als der allumfassende, allgemeine Ausdruck für Nachlass überhaupt, indem alles, was sich in der Verlassenschaft vorfindet, ohne weiteres zum Erbe gehört, wenn nicht eine besondere Eigenschaft es einem jener drei (oder später vier) Separatcomplexe zuweist. Diesen gegenüber repräsentiert daher das Erbe die Verlassenschaft als Ganzes, wie es sich schon sprachlich als den eigentlichen Gegenstand des Erbrechtes dargiebt, und die Erbfolge in das Erbe erscheint als die ordentliche Succession des Landrechts. Dies um so mehr, als sie für jeden Erbgang wesentlich ist. Lehn, Heergewäte und Gerade können fehlen, Erbe muss vorhanden sein, wenn überhaupt succediert wird. Der Pfaffe z. B. hinterlässt nur Erbe (Ssp I 5 § 3), ein Ritterbürtiger vererbt blos Erbe, Lehn und Heergewäte, keine Gerade, weil die Witwe solche nicht als Erbin nimmt (oben § 147), eine Frauensperson vererbt blos Erbe und Gerade[2]. Nehmen wir auch an, dass eine in dürftigen Umständen lebende Frau factisch nicht viel andres als Gerade hinterliess, juristisch war doch daneben Erbe vorhanden, wie auch bei einem Rittersmann, dessen Lehn und Heergewäte seinen einzigen Nachlass von Werth bildeten.

Man könnte darum sich zu der Ansicht neigen, als habe es sich doch im Grunde um Erbfolge, im strengen Sinne des Worts, nur bei dem Erbe gehandelt, dagegen bei Lehn, Heergewäte und Gerade (später Morgengabe) blos um eine Singularsuccession in das Lehngut oder in die einzelnen Gegenstände des Heergewätes u. s. w., oder in das Heergewäte u. s. w. als Sachgesammtheiten. Aber wenn wir

[1] Besonders Ssp I 24 § 3: Svat so boven dit benomde ding (Heergewäte u. s. w.) is, dat hort al to'me erve. Goslar. Stat. 10, 15: Wat in enes weren besterfft, ... dat is al erve, sunder herwede, gherade oder lengut.

[2] Ssp I 27: Jewelk wif erft tvier wegene: ir rade an ir nesten nichtelen, unde dat erve an den nesten, it si wif oder man. Jewelk man erft ok tvier wegene: dat erve an den nesten mach, unde it herwede an den nesten svert mach.

auch von der Schwierigkeit absehen, die sofort entstehen müsste bei dem Versuche, den Rechtstitel, kraft dessen in diese letzteren Complexe succediert wird, zu bestimmen, so müssen wir schon darum verschiedene Erbfolgen neben einander annehmen, weil die Quellen zu bestimmt so sprechen und die Consequenzen daraus ziehen, so namentlich die, dass ein solcher Complex, wenn kein erbfähiger Abnehmer dafür vorhanden ist, erbloses Gut wird und an den Herrn (Lehn) oder an die öffentliche Gewalt (Heergewäte und Gerade) heimfällt.

Es sind wirkliche Specialerbfolgen und demgemäss, nach dem in § 175 Bemerkten, ebenso viele Universalsuccessionen. Denn diese Complexe schliessen eine Mehrheit von Rechtsverhältnissen in sich, welche zu einem bestimmten Zwecke geeint eine wirthschaftliche Gesammtheit bilden, und als solche im socialen und wirthschaftlichen Leben eine bestimmte Function erfüllen. Soll dieser Zweck und diese Function dem Gemeinleben nicht verloren gehen, so muss bei Tod des bisherigen Inhabers einer solchen Vermögensmasse ein andrer eintreten, der in seiner Person die Eigenschaften besitzt, welche dazu befähigen, das betreffende Vermögen fernerhin seinem Zwecke dienstbar zu erhalten und die dafür nöthige Bethätigung fortzusetzen. Bei Lehn und Heergewäte wird man mit diesem Gesichtspunkte zur Erklärung der Specialerbfolgen ausreichen; bei der Gerade ist er wenigstens secundär wirksam gewesen, um die besondere Succession der Frauen aufrecht zu erhalten: diese Specialerbfolge in die Gerade ist vermuthlich nur ein Ueberrest der alten ausschliesslichen Erbfolge des Frauenstamms in die sämmtliche Fahrnis, und hat sich in Bezug auf die Geradegegenstände erhalten können, weil dieselben der Pflege und der Obhut der Frauen anvertraut sind und die Männer durch ihre Thätigkeit auf ein Gebiet gestellt werden, auf welchem sie der Sorge für die Gerade nicht nachgehen können (vgl. § 193). So erben verschiedene Personen, je nachdem sie sich in die Bethätigung eines Verstorbenen theilen, dann auch jede das Vermögen, das dafür geschaffen ist, beispielsweise die Tochter des Erblassers das Erbe, weil sie im Landrechte die Stellung ihres Vaters einnimmt, der Bruder des Erblassers dagegen Lehn und Heergewäte, weil er im Lehnrechte und im Waffendienste seine Thätigkeit aufzunehmen geeignet ist, oder ein Sohn, der Pfaffe ist, unter Ausschluss von Lehn und Heergewäte, das er nicht zu verwenden vermag, neben seiner Schwester einen Antheil an der Gerade, mit der er sich in seinem auf das Haus angewiesenen Leben gehörig befassen kann. Wir bedürfen hier nicht der Auffassung, dass die Persönlichkeit des Erblassers nach Land-

und Lehnrecht getheilt worden sei und der Lehnsnachfolger die gesammte im Lehnrechtskreise substantiierte Persönlichkeit, der in das Erbe Succedierende ebenso die landrechtliche Persönlichkeit des Erblassers übernommen habe[3]. Die deutschrechtliche Anschauung ist die: die verschiedenen Bethätigungen eines Menschen sind ökonomisch ermöglicht und getragen durch einen dafür gewidmeten Vermögenscomplex, und wer von den Erben geeignet ist, die eine oder die andere dieser Bethätigungen fortzusetzen, erhält auch aus dem Nachlasse das die ökonomische Grundlage derselben bildende Vermögen[4].

Immer sind es Vermögen, nicht blos einzelne Sachen. Beim Erbe ist das klar, aber auch bei Lehn, Heergewäte und Gerade (später Morgengabe) ist das der Fall. Nicht in das einzelne Lehngut succediert man, sondern in das Lehnrecht, in die hereditas feudi. Es kann sich um mehrere Lehngüter, selbst von verschiedenen Herren, handeln, für alle gilt derselbe Rechtstitel des Erbgangs; aber auch wenn nur ein Lehngut vorhanden wäre, so müssten wir als Gegenstand der Succession ansehen alles was von Rechten und Pflichten des Lehnsmannes auf den Erben übergeht, und so hat auch die spätere Zeit den Begriff der Lehnsschulden sehr sorgfältig ausgebildet. Ebenso liegt in dem Wesen von Heergewäte und Gerade (bezw. Morgengabe) weder der Begriff einer Sachgesammtheit noch der einer blossen Mehrheit von Sachen, sondern der eines Vermögens, das auch die darauf verwendeten Schulden umfasst. Die Quellen sprechen allerdings ausdrücklich nur in einer bestimmten Richtung davon, welche für sich allein kaum genügen möchte, um diesen Satz zu erhärten: sie sagen nämlich, der Erbe des Heergewätes oder der Gerade müsse verpfändete Gegenstände, die dazu gehören, lösen, wenn er sie haben wolle[5]. Das wäre auch mit Singularsuccession in die einzelnen Stücke vereinbar. Aber denken wir uns etwa folgende Fälle: ein Ritterbürtiger hatte ein Streitross, eine Frauensperson hatte Hausrath gekauft, ohne den Preis zu bezahlen. Bei ihrem Tode traten verschiedene Successionen ein, bei dem Ritter etwa die der Tochter in das Erbe, die des Bruders in das Heergewäte, bei der Frau die des Sohnes in

---

[3] Vgl. Gerber, System des deutschen Privatrechts § 266. Es ist das allerdings nur eine Frage des formalen Ausdrucks.

[4] So könnten wir uns denken, dass in unsrer Zeit ein Gesetz auf den Gedanken verfiele, eine besondere Erbfolge in Handlungsgeschäfte für den Sohn, der sich dieser Thätigkeit gewidmet hat, mit gänzlichem Ausschluss der andern Kinder oder möglichst geringer Abfindung derselben aufzustellen.

[5] Ssp I 24 § 4; Goslar. Stat. 5, 38 f.; Wasserschleben, RQ I 284; Stobbe a. a. O. S 318 f.

das Erbe, der Schwester in die Gerade. Wer musste dort das Streitross, hier den Hausrath bezahlen? Ich denke, der die wederstadinge empfing, also dort der Bruder als Erbe des Heergewätes, in welchem sich die wederstadinge, das Ross befand, hier die Schwester als Erbin der Gerade, deren Bestandtheil der Hausrath bildete. So auch bei der späteren Morgengabe des sächsischen Rechtes.

Darnach kann es keinen Zweifel leiden, dass die Gläubiger des Erbes keinerlei Anspruch an die Gegenstände der Specialmassen machen konnten. Es lagen eben von Anfang an so viele von einander unabhängige Erbmassen vor, als Specialsuccessionen eintraten[6]. Und jede dieser Specialsuccessionen war eine für sich bestehende Universalsuccession in das zu deren Gegenstand gesetzlich gewidmete Vermögen.

II. Der Erbschaftserwerb.

§ 178. A. Der Erbanfall.

Sobald der Begriff des Erbrechts entsteht — und das ist der Fall mit dem Augenblicke, wo der Boden eines reinen Occupationsrechtes der einzelnen durch den Tod des bisherigen Eigenthümers herrenlos gewordenen Sachen verlassen und der Gedanke eines Eintretens in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen kraft einheitlichen Rechtstitels geweckt ist —, wird auch das Bedürfnis empfunden, die Continuität der Herrschaft über das Vermögen herzustellen. Denn das zeichnet ja den Erben vor dem blossen Occupanten aus, dass er Recht und Herrschaft nicht erst neu gründet, sondern von einem Andern übernimmt. Die Römer haben diese Continuität bei dem Erbgange der heredes necessarii aufs stärkste zur Geltung gebracht: in suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur .... itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; l 11 D de lib. 28, 2. Aber die weiteren Erben haben bei den Römern die Erb-

[6] Daher sagt Verm. Ssp I 17 d. 9: von morgengabe, hergewete unde gerade en gilt man dy schult nicht zcu lantrechte. Aehnlich Goslar. Stat. 6, 24. Spätere Abweichungen (Stobbe a. a. O. S 320 f.) sind nicht vorhanden, denn es fällt der Satz des Magdeburger Rechts, dass das, was der Mann der Frau durch Schenkung auf den Todesfall zugewendet hat, den Gläubigern nachsteht, unter einen andern Gesichtspunkt. Das war eben kein Erbrecht, auch kein Erbvertrag, wie später zu zeigen (§ 199).

schaft erst durch die Erklärung, sie antreten zu wollen, erworben, und das Princip der Continuität hat durch Annahme einer Personification der Erbschaft in der Zwischenzeit müssen gerettet werden: ein künstliches Hilfsmittel, daher auch für juristische Construction schwierig, wie die bis heute nicht geschlossene Discussion über die Natur der hereditas jacens beweist[1]. Sollte für das römische Recht der Hauptanlass zu dieser Rechtsbildung der Umstand gewesen sein, dass die Erbberufung durch Testament die Regel bildete und den Sinn eines Anbietens der Erbschaft hatte, auf das vorerst als Antwort die Annahme durch Erklärung des Erbantrittes erfolgen sollte, so wäre damit auch der Grund gegeben, warum im deutschen Rechte von Anfang an ein anderes Princip bestanden hat: hier ist der nächste Verwandte von Rechts wegen zur Erbschaft berufen und die Erbfolge schon in der Nähe des Bluts begründet. Darum kennt das deutsche Recht die Unterscheidung von Delation und Acquisition der Erbschaft nicht; der mit dem Tode des Erblassers eintretende Anfall der Erbschaft schliesst beides in sich und setzt den Erben von Rechts wegen in Recht und Herrschaft ein. Es wird das durch das bekannte Rechtssprichwort ausgedrückt: der Todte erbt den Lebendigen, französisch: le mort saisit le vif.

Wenn in dem Stammworte von Erbe, erben ursprünglich, wie vermuthet wird, auch die Bedeutung von Griff, ergreifen zum Ausdruck gebracht ist, so sprechen diese beiden Fassungen der Rechtsparömie den völlig gleichen Gedanken aus: der Verstorbene ergreift den zur Nachfolge Berufenen, er setzt ihn an seine Stelle. Die Bilderhandschriften der Rechtsbücher haben freilich nicht vermocht, dies bildlich darzustellen, aber es liegt in der Vorstellung, dass der Todte, indem er aus seiner Were getragen wird, dem Erben den Platz räumt, gleichwie der Auflassende, indem er aus dem Gute hinausgeht, den Erwerber als den Herrn desselben zurücklässt. Der juristische Kern dieses sinnlichen Ausdruckes aber ist, dass der Erbe unmittelbar durch den Tod des Erblassers in alle Rechtsverhältnisse desselben, soweit sie überhaupt vererblich sind, eingetreten ist, dass es keiner besonderen Erklärung, keines Erbantrittes bedarf, und dass demgemäss der Erbe, auch wenn er den Erblasser nur einen Augenblick überlebt hat, alle diese Rechtsverhältnisse sofort wieder auf seinen Erben überträgt.

Das ist der Sinn von „Anfall" der Erbschaft, was also nicht, wie

---

[1] Wobei sich selbst so klar und präcis denkende Juristen wie Keller, Pandekten § 456, mit einer Reihe von „gleichsam" behelfen.

die römische Delation, blos die Möglichkeit sich zum Erben zu machen bedeutet, sondern selber sofort und direct zum Erben macht. Achten wir auf das Wort Anfall, es ist der technische Ausdruck der Quellen für den Uebergang der Erbschaft[2]. Wir sind diesem Worte auch schon früher begegnet (oben S 25): wer ein Gut zu Leibzucht oder Satzung ausgiebt, behält den Anfall[3]. Das ist lehrreich für unsre Frage: unmittelbar durch den Wegfall des Leibzüchters wird dem Eigenthümer sein Gut wieder frei und zu beliebiger Disposition verfügbar und tritt seine durch die Leibzuchtsgewere ausgeschlossen gewesene eigenliche Gewere wieder in Kraft, weil das bisher gebundene Eigenthum nun wieder sich in factischer Herrschaft bethätigen kann. Gerade so wird unmittelbar durch den Tod des Erblassers der Anfall (das Anfallsrecht) des Erben realisiert und werden alle Rechtsverhältnisse des Erblassers, für die der Anfall gilt, activ und passiv für den Erben wirksam. Alle Rechtsverhältnisse! also auch die Gewere, die der Erblasser hatte, weil die Gewere nicht jener rein factische Zustand ist, der nicht vererblich gedacht werden kann, sondern das Rechtsverhältnis des juristischen Besitzes.

Es könnte nun aber gefragt werden, ob dieses Princip des ipso jure eintretenden Anfalls der Erbschaft im deutschen Rechte für alle Fälle von Erbgang gegolten habe, oder ob es nicht wie im römischen und schon im griechischen Rechte auf einen engeren, den sui entsprechenden Kreis von Verwandten beschränkt gewesen sei, weitere erbberechtigte Blutsfreunde dagegen erst durch förmlichen Antritt die Erbschaft erlangt hätten. Die oben angeführte l 11 D de lib. scheint ja wie geschrieben für die alte Gemeinderschaft des engsten Erbenkreises, und es wäre nichts ansprechender als die Thatsache, dass die „in der Were bestorbenen" Angehörigen des Erblassers als unmittelbar in Recht und Herrschaft desselben eingetreten wären betrachtet worden, nicht aber die ausserhalb des Hauses Stehenden. Dann wäre etwa zu denken, dass in alter Zeit, bevor es Grundeigenthum gab, der Erbe erst durch Besitzergreifung der Fahrnis die Erbschaft erwarb, dass dann auf Grund des Sondereigens und der auf ihm beruhenden Gemeinderschaft des Hauses sich der unmittelbar durch den Todesfall eintretende Erwerb gebildet habe und zunächst auf die

---

[2] Magd. Fr. I 7 Ueberschrift: von angefelle. Magd.-Bresl. syst. Sch.-R. II 2, 76: den daz gerichte an gevellit. Ueberhaupt die Redensarten: das Erbe fällt, das Gut fällt dem Erben in den Schooss u. s. w.

[3] Vgl. Verm. Ssp I 30 d. 2: gud, do her adder sin wip czins adder anefal ane haben.

Hausgenossen beschränkt geblieben sei, später aber mit dem Momente, da die Liegenschaften bei Erlöschen des Hauses sich statt des Heimfalls an die Gemeinde auch auf die Seitenverwandten vererbten, ebenfalls das weitere Erbrecht der Verwandten ergriffen habe. Eine solche Entwicklung ist gar nicht unmöglich, um so mehr, wenn man bedenkt, wie nahe das durch die Bande des Mutterrechts geknüpfte Erbrecht in Fahrnis noch zur Zeit der ersten fränkischen Eroberung einem Rechtszustande der Occupation herrenlos gewordenen Gutes mag gelegen haben, und so der strenge Erbrechtsbegriff überhaupt vielleicht erst durch Vermittlung des Begriffes von Sondereigen in das Recht ist eingeführt worden. Aber ich muss es meinerseits bei Erwähnung dieser Möglichkeit bewenden lassen, ich finde keinerlei Anhaltspunkte im älteren Rechtsbestande und in dessen Rechtsquellen, auf welche etwas Sicheres in dieser Beziehung zu begründen wäre. Soweit hinauf uns die erhaltenen Nachrichten einen Einblick in das Recht gestatten, steht für alle Erben und für jeden Erbgang das Princip des unmittelbar durch den Tod des Erblassers von Rechts wegen eintretenden Uebergangs der Erbschaft auf den Erben fest.

Erst im späteren Mittelalter regt sich die Neigung zu solcher Unterscheidung zwischen näheren und entfernteren Verwandten. Das hängt mit dem Aufkommen der letztwilligen Verfügungen und der dadurch bedingten Bildung eines Notherbrechts zusammen; man konnte dadurch zu dem Schlusse geführt werden: wer durch letzten Willen kann ausgeschlossen werden, der hat keine Wart und keinen Anfall, muss die Erbschaft förmlich erwerben. Doch finde ich in den Quellen des mittelalterlichen Rechts diesen Gedanken noch nicht grundsätzlich durchgeführt, auch nicht im Bamberger Rechte, das doch Zöpfl (Das alte Bamberg. Recht S 210, bes. 215) dahin auslegt.

§ 179. B. Gerichtliche Besitzeinweisung.

Wie in § 83 Ziffer 1 besprochen, folgt bei Eigenthumsübertragung unter Lebenden der Auflassung eine Einführung des Erwerbers in den Besitz des Gutes oder auch eine einseitige Besitzergreifung nach. Dieselbe giebt nicht erst die Gewere, welche vielmehr schon mit der Auflassung erlangt ist, sie dient aber zur Constatierung und Sicherung der Gewere, namentlich dadurch, dass sie einen Dritten, der sich eigenmächtig durch Gewalt oder heimlich in den Besitz gesetzt hat, verhindert, jährigen Besitz und damit die Gewere zu gewinnen. Dasselbe gilt bei Erbgang: die Gewere ist auch hier mit dem Todesfall erworben, aber der Erbe nimmt noch eine solenne Besitzergreifung

vor, wenn er nicht schon in der Were bestorben ist[1], er zieht auf das Gut auf, documentiert seine Gewere. Bei dieser Gelegenheit muss es sich zeigen, ob die vom Erblasser übergegangene Gewere unangefochten ist. Und der Erbe thut wohl daran, nicht zu lange damit zu warten, und etwa erst die nöthigen Schritte zu thun, wenn der Zins des Zinsmanns ausbleibt; denn dann ist es vielleicht schon zu spät, der Besitz des Dritten, der sich eingedrängt hat, ist durch Ablauf von Jahr und Tag zur Gewere geworden, und der Erbe muss nun als Vindicant auftreten, kann nicht mehr vorgängig Zutheilung der Beklagtenrolle auf Grund seiner Gewere verlangen.

Stösst nun der Erbe bei seinem Versuche der Besitzergreifung auf Widerstand, und behauptet der Inhaber kraft eines das Erbrecht desselben intact lassenden besondern Rechtstitels das Gut zu besitzen, also etwa auf Grund Kaufs und Fertigung, so ist damit gegeben, dass der Erbe eben vom Erblasser die Gewere des Guts nicht hat erlangen können, und es bleibt dem Erben nichts andres übrig als die Eigenthumsklage zu erheben[2].

Findet dagegen der Erbprätendent Jemanden in dem Gute vor, der sich pro herede oder pro possessore geriert und die Erbschaft nicht herausgeben will — im ersten Falle weil er selber Erbe sei, im zweiten weil er die Erbqualität des Ansprechers anzweifelt und nicht in Gefahr gerathen will, einem später auftretenden wahren Erben haften zu müssen —, so findet wenigstens nach späteren Rechten ein eigenthümliches possessorisches Verfahren auf dem bestrittenen Gute selbst, nach niederländischem Erbhausrechte im Sterbehaus statt[3]. Das Verfahren ist etwas verschieden, je nachdem der im Gute Sitzende selber Erbe zu sein behauptet oder nicht. Im ersten Falle wird im Sterbehaus selbst ein Gericht gehalten, „die Bank gespannt", und der Erbansprecher, dem die Besitzergreifung ist verwehrt worden, stellt mit solenner Ergreifung des Thürpfostens, mit Anevang, das Begehren auf provisorische Anerkennung seiner Erbqualität und demgemäss auf

[1] Und selbst dann nach älteren Gebräuchen, wie Besteigen des Hochsitzes bei feierlichem Mahle.

[2] Oder im günstigsten Falle, wenn der Besitzer durch Gewalt in den Besitz gelangt und noch kein Jahr seitdem verflossen ist, das Besitzverfahren wegen Dejection einzuleiten (§ 85 Ziffer 2).

[3] Darüber Behrend, Anevang und Erbengewere. Festschrift zum Jubiläum von G. Beseler. Ferner das schon oben § 83 Anm 19 citierte Buch von Krom. In Westfalen findet sich das Erbhausgericht: Soester Schrae § 76, in Seibertz, UB. Westfalen II 396; Dortmunder Schiedsspruch von 1240 bei Frensdorff, Dortmunder Statuten S 189.

Zuerkennung des Besitzes (der Gewere). Das Gericht untersucht nun summarisch die beiderseits vorgebrachten Erblegitimationen und spricht die Gewere demjenigen zu, dessen Erbtitel sich prima facie als der vorzüglichere darstellt. Damit ist ihm nicht nur die Beklagtenrolle für den nun in Aussicht stehenden Erbschaftsprozess gesichert, sondern auch das Recht zuerkannt, Erbschaftsforderungen und Erbschaftsgegenstände zur Erbmasse zu ziehen und nöthigenfalls einzuklagen, kurz sich vorläufig als Erben zu gerieren. Dieses Anevangsverfahren kann nur eingeleitet werden innerhalb Jahr und Tag seit dem Todesfall des Erblassers, was nach dem oben Gesagten keiner Erklärung mehr bedarf. Hat der Erbansprecher diese Frist versäumt, so bleibt ihm nur noch der Weg der Klage von Erbes wegen, die hereditatis petitio, offen, in der er aber eben als Kläger auftreten muss[4].

Häufiger sprechen die Quellen von dem zweiten Falle, wo dem Verlangen um Besitzeinweisung keine Behauptung eigenen Erbrechtes entgegensteht, sondern entweder der Inhaber des Erbgutes dasselbe nur auf Nachweis der Erblegitimation und Ermächtigung des Richters herausgeben will, oder, was das Häufigere gewesen zu sein scheint und z. B. in dem Dortmunder Schiedsspruch (Anm 3) besonders angeführt ist, das Erbe im Sterbehaus sequestriert oder vom Richter ist in Verwahrung genommen worden, weil die Erben unbekannt oder fremd oder dgl. sind, und nun der sich meldende Erbe auf Nachweis seiner Legitimation vom Gerichte die Einweisung oder Einleitung begehren muss. Dieses Verfahren findet sich über ganz Deutschland verbreitet, es ist die Einweisung des Magdeburger Rechts, welche in den Schöffensprüchen des Magdeburger Schöffenstuhls so oft erwähnt wird[5], und wofür die Hallischen Schöffenbücher die äusserliche Form angeben: der Ansprecher solle das Gut angreifen boven an dem dorstele und neden an der swellen[6]. Aus Süddeutschland führe ich das in Gewalt und Gewere Setzen des Basler Rechts an (oben S 538), aus Oppenheim[7] den Satz, dass wenn ein Erbfall geschieht und sich Jemand darstellt als der nächste Erbe und Niemand sich dawider stellt, man ihm das Erbe solle folgen lassen. Der Eingewiesene muss Caution leisten für unbeschwerte Herausgabe des Erbes an einen

[4] Ueber diesen Fall s. bei Krom besonders S 34. 62 f.

[5] Z. B. Magd. Fr. I 3 d. 16 u. 19, I 6 d. 1, I 7 d. 4 u. 7; Syst. Schöffenr. IV 2, 44 f.; Schöffenurtheil bei Böhme VI 91 u. sonst; Behrend a. a. O. S 11 ff.

[6] Hallische Schöffenbücher S 220 Nr 127. 128, S 221 Nr 132. 139, S 222 Nr 145. 146, S 223 Nr 151—154, S 224 Nr 161, S 227 Nr 190, S 253 Nr 403, S 269 Nr 517, S 276 Nr 572 u. a.

[7] Oppenheimer Stadtbuch, bei Franck, Geschichte von Oppenheim S 199.

später sich meldenden besser Berechtigten[8]. Auch diese Einweisung muss innerhalb Jahr und Tag begehrt werden: solange „steht das Erbhaus offen, dauert das Sterbehaus". Nach Jahr und Tag zieht der Richter das Erbe in seine Gewalt; das hat ursprünglich nur die Bedeutung (die ihm auch in Sachsen geblieben ist), dass später sich meldende Erbansprecher nun die eigentliche Erbschaftsklage erheben müssen, um zum Erbe zu gelangen[9]. In den Niederlanden scheint aber später, offenbar auf Grund eines Missverständnisses, diese Jahresfrist überhaupt eine Präclusivfrist für Erbansprüche geworden zu sein[10].

Es hat Behrend dieses Institut der Erbeinweisung zur Unterstützung der Ansicht herbeigezogen, dass dem deutschen Rechte der ipso jure eintretende Uebergang der Gewere auf den Erben unbekannt und jedenfalls immer eine Besitznahme erforderlich gewesen sei, um dem Erben die Vortheile des Besitzes zu verschaffen und um ihn für die Nachlassschulden verantwortlich zu machen, eine Besitznahme, die je nach Umständen mittels gerichtlicher Einweisung oder durch Privatakt bewirkt worden sei (S 25. 38. 52). Ich halte das nicht für begründet. Einmal für die in der Were bestorbenen Erben war eine Besitzergreifung jedenfalls nicht mehr nöthig, denn sie sassen schon in bester Form im Besitz. Aber überhaupt ist dieses Einweisungsverfahren an sich ungeeignet, über die Frage der Erbengewere Aufschluss zu verschaffen, es wäre denn dass man behaupten wollte, es sei zum Erwerb der Gewere nicht blos Besitzergreifung, sondern eben diese gerichtliche Besitzeinweisung nothwendig gewesen. Könnte das bewiesen werden, so müssten wir die sog. Erbengewere aufgeben. Aber das behauptet Niemand. Und die Besitzergreifung des Erben

---

[8] Magd. Fr. I 6 d. 1.

[9] Diese Klage verjährt nach Ssp I 29 erst in dreissig Jahren und Jahr und Tag. Ebenso nach fränkischem Rechte, daher in Köln Erben auf Grund des Titels von dreissigjährigem Besitz sich als Eigenthümer der Erbschaftsgrundstücke können anschreinen lassen: Quellen zur Geschichte von Köln (Ennen) III Nr 547: cum hereditatem possedisset triginta annis, dedit sententia scabinorum nobis quod ipsam scriberemus ad predictas hereditates. Aehnlich das. III Nr 166. 235, vgl. I Nr 46 (S 508).

[10] Rechtsboek van den Briel ed. Fruin en Pols S 178 Z. 32 f. (über diese Sammlung niederländischer Rechtsquellen s. Brunner in Z der Sav.-Stift., germ. Abth. IV 235 f.). Behrend S 42 u. 44. Besonders UB. des Hochstifts Halberstadt I Nr 308, wo schon um 1180 in einem Colonistenrecht einer Holländer Colonie zwischen Oker und Bode es heisst: si quis absque herede morietur, hereditas ejus per annum et diem reservetur, et, si heres non venerit, dupla pars erit episcopi et tertia ecclesie.

durch Privatakt ist wie die des Käufers auf Grund der Auflassung nicht der Akt des Erwerbs der Gewere, sondern der Akt der Constatierung der schon erlangten Gewere. Somit, da in den meisten Fällen des Erbgangs keine gerichtliche Einweisung stattgefunden hat, bleibt die Frage des Erwerbs der Gewere durch den Erben von diesem Institute unberührt.

Es scheint auch das gerichtliche Einweisungsverfahren nicht in eine frühe Zeit hinaufzureichen, so alterthümlich es wegen der Anevangsform auch aussieht, einer Form, die in dem Beschwören der rechten Gewere auf der Schwelle nach Goslar. Stat. 25, 28 ff. und vielleicht sonstigen ähnlichen Gebräuchen ein Vorbild gefunden hat. Das Verfahren diente hauptsächlich dem Zwecke, bei zweifelhafter Erbberechtigung für die bevorstehenden Erbprozesse sich den günstigeren Boden der Beklagtenrolle zu sichern, und noch mehr, überhaupt einen sicheren Stand der Parteistellung zu schaffen; denn man denke sich, dass zwei Erbansprecher gegen einander auftraten und jeder die Gewere für sich in Anspruch nahm als vom Erblasser erworben: es hätte keinem die Gewere können zugetheilt werden anders als auf Grund vorgängiger Untersuchung des Erbrechts; der Modus von § 85 Ziffer 1 cessierte ja augenscheinlich in solchem Falle, wo beide ihre Gewere nur auf den Erbgang stützten. Wer also in die Beklagtenstellung kommen wollte, musste seine Gewere durch Besitzergreifung constatieren. In älterer Zeit mag man die rohe Priorität der Besitznahme hierüber haben entscheiden lassen: wer zuerst zugriff, war Beklagter; die spätere Zeit hat die Erben gegen das immerhin brutale Princip der reinen Priorität geschützt und das oben beschriebene possessorische Verfahren geschaffen, durch welches der Erbansprecher innerhalb Jahr und Tag gegen den ihm Zuvorgekommenen auf Grund näherer Verwandtschaft in seiner Gewere aufrecht erhalten wurde.

Später haben sich dann noch andere Zwecke damit verbunden, wie Sicherung der Nachlassgläubiger zumal bei auswärtigen Erben; die Erbschaft sollte nicht aus dem Lande gehen, bevor die Schulden getilgt waren; sie wurde daher von dem Gerichte mit Beschlag belegt und der auswärtige Erbe musste Einweisung erlangen, die ihm blos gegen Caution für Bezahlung der Schulden gewährt wurde[11].

---

[11] Krom S 114; Behrend S 39 Anm 25.

§ 180. C. Der Dreissigste[1].

Unmittelbar mit dem Tode des Erblassers hat der Erbe die Gewere, ist somit auch befugt auf das Gut aufzuziehen, in die Erbschaft einzutreten. Der Erbe, sagt Ssp I 22 § 1, mag sofort zu der Witwe auf das Gut fahren. Aber er darf die Witwe vor Ablauf des dreissigsten Tages seit dem Todesfall nicht von dem Hofe weisen. Bis zum Dreissigsten und noch an diesem Tage selbst finden kirchliche Todtenfeiern statt, während dieser Zeit soll die Stille des Sterbehauses nicht gestört werden, soll namentlich die Witwe, durch die Sorge für Wohnung und Nahrung nicht präoccupiert, des ruhigen Sitzes im gewohnten Haushalte geniessen. Es besteht eine irrthümliche Meinung, dass die Witwe bis zum Dreissigsten in der Gewere des Gutes gewesen sei, sie einzig mit Ausschluss des Erben oder wenigstens (Behrend, Anevang S 52) mit dem Erben zusammen; der Erbe erst am Dreissigsten „den Alleinbesitz angetreten habe". Beides ist nicht der Fall, die Gewere ist sofort mit dem Tode des Erblassers auf den Erben übergegangen, die Frau hat blos Wohnung und Kost (sie zehrt von der Hofspeise)[2].

Der Ssp spricht nur von dem Recht der Witwe auf den Dreissigsten. Der Witwer scheint es demgemäss nicht gehabt zu haben, obschon doch auch bei ihm der Fall eintreten konnte, dass er mit der Ehefrau auf dem von ihr in die Ehe gebrachten Gute gewohnt hatte und dieses nun räumen musste. Dieser Fall ist nicht berücksichtigt, wohl aber der, dass der Witwer, wenn die Ehefrau gestorben ist, während der Ruhezeit nicht mit Zumuthungen der Niftel bezüglich Herausgabe der Gerade soll behelligt werden: er braucht vor dem Dreissigsten die Gerade nicht auszuscheiden[3].

Das Rechtsinstitut des Dreissigsten greift aber noch weiter. Sein juristisches Princip ist ja das, dass der Haushalt des Erblassers fortdauert und in dieser Zeit keiner Veränderung unterliegen soll. Daraus entspringen eine Menge praktisch wichtiger Sätze: Das Gesinde kann nicht vorher entlassen werden, Ssp I 22 § 2. Die Haushaltungskosten

---

[1] Homeyer, Der Dreissigste (Abhandl. der Berliner Akad. 1864 S 87 ff.); Siegel, Der Dreissigste, in KrV VII 275 ff.

[2] Es bedarf keiner Erwähnung, dass das nur für den Fall gilt, wo das Gut Erbe des verstorbenen Mannes ist. Gehört es der Witwe, so ist es eben nicht Erbe, und die Witwe hat die Gewere nicht nur bis zum Dreissigsten, sondern so lang sie es behält. Im System der Gütergemeinschaft hat der Erbe die Gewere für den Theil, für den er Erbe ist, die Ehefrau (Witwe) für den Theil, zu welchem sie Antheilhaberin (Gesammthänderin) ist.

[3] Wasserschleben, RQ S 283 c. 147.

wie die Kosten des Dreissigsten selbst[4] werden aus der Erbmasse bestritten mit Vorgang vor den Erbschaftsgläubigern. Im niederländischen Erbhausrecht ist der Dreissigste der Termin geworden, bis zu welchem die Notherben und die Ehefrau das Deliberationsrecht über Antritt oder Verzicht üben können[5]. Namentlich aber wird vor dem Dreissigsten nicht getheilt und nichts weggeführt. Erst mit dem Dreissigsten beginnt das Wegnehmen und Ausräumen, wie denn auch die Witwe jetzt mit ihrer Gerade abzieht und blos für das Wegräumen des Morgengabgebäudes noch eine weitere Gnadenfrist von sechs Wochen hat (Ssp I 20 § 2). Das hat im Hofrechte dazu geführt, den Dreissigsten in einer seiner ursprünglichen Bedeutung widerstrebenden Richtung zu verwenden. Dem alten Motiv: die Ruhe des Sterbehauses soll nicht gestört werden, ist ein neues entgegengestellt, dahin lautend: bis zum Dreissigsten muss alles bereinigt sein, was die Herrschaft an den Verstorbenen und die Erbmasse zu fordern hat, damit sofort mit Ablauf des Dreissigsten das Wegführen beginnen kann. In den Vordergrund gestellt ist das Interesse der Erben, sofort mit dem Dreissigsten frei schalten und walten zu können; dazu gehört auch, dass die Erben das Vieh theilen und wegführen. Wohl! aber vorher muss der Herr seinen Sterbefall haben, und muss das Besthaupt entrichtet sein, sonst lässt der Herr nichts vom Gute wegnehmen[6]. Diese juristische Erklärung, warum der Dreissigste aus einem terminus a quo (divisio fit) zu einem terminus ad quem geworden ist[7], scheint mir der etwas sentimental angehauchten psychologischen bei Siegel S 284 vorzuziehen; der Erbe soll das Gut innerhalb des Dreissigsten vom Herrn empfangen, den Fall entrichten u. s. w., um mit diesem Tage in die volle Verwaltung und Bewirthschaftung eintreten zu können.

---

[4] Siegel a. a. O. S 279.

[5] Vielfach und sehr mannigfaltig auch bezüglich des Termins (der etwa auf 60 Tage, ja auf Jahr und Tag ausgedehnt vorkommt) in den belgischen Coutumes (Recueil des anciennes coutumes de la Belgique), z. B. Coutumes d'Anvers II 266 Art. 83: Witwe und Erben können im Sterbehaus sitzen bleiben sechs Monate lang auf Kosten des Sterbehauses, und überlegen, ob sie antreten wollen; sie haften in dieser Zeit nicht für die Schulden. Dagegen sechs Wochen im älteren Stadtrecht I 340 tit. 13 § 22.

[6] G. v. Wyss, Geschichte der Abtei Zürich, Urk. Nr 123: abbatisse debetur mortuale, ante rerum mobilium divisionem.

[7] Siegel hat eine sehr schöne Sammlung von Belegen aus Weisthümern zusammengestellt.

§ 181. III. Erbtheilung und Einwerfungspflicht.

Das deutsche Recht kennt, wie wir sehen werden, Vorrechte der Männer vor den Frauen, aber innerhalb dieser Gruppen keine Vorrechte der Erstgeburt[1] oder des Jüngstgeborenen. Mehrere Erben gleichen Grades erhalten gleiche Theile, und damit sich keiner von ihnen über Benachtheiligung zu beschweren habe, stellt das Recht den Grundsatz auf: der ältere soll die Theile machen, der jüngere soll wählen[2]. Dieser Satz genügt vollkommen nur für den Fall, da blos zwei Erben vorhanden sind; denn schon bei drei Erben könnte er die schwerste Beeinträchtigung des mittleren herbeiführen, wenn der älteste, der die Theile macht, mit dem jüngsten, der zuerst zu wählen hätte, colludieren würde. Daher ist wohl ebenso alt der weitere Satz: bei einer Mehrheit von Erben macht der älteste die Theile und werden dann diese Theile verloost[3].

Einzelne Stücke des Nachlasses fallen vor der Theilung an einen hiefür bevorrechteten Erben, so das Schwert des Verstorbenen an den ältesten von mehreren das Heergewäte theilenden Schwertmagen (Ssp I 22 § 5). Oder es hat bald der älteste, bald der jüngste Sohn das Recht, den Hof oder das Haus des Vaters in seinen Theil zu billigem Anschlag zu übernehmen[4]. Der Ursprung dieses Vorrechtes ist noch nicht genau ermittelt.

Wenn die Erbnehmer Kinder des Verstorbenen sind, kann der Fall vorliegen, dass einzelne von ihnen schon bei Lebzeiten der Eltern etwas erhalten haben, und die Frage entstehen, ob dieses Vorempfangene einzuwerfen sei oder ob es gar schon eine Erbabfindung bilde. In dieser Hinsicht finden wir schon in Formeln der fränkischen Zeit Vergabungen an Kinder und Grosskinder als Aequivalent für geleistete Dienste mit der Bestimmung, dass der Beschenkte es per praecessionem

---

[1] Die Angabe des Tacitus (Germ. 32) über das Erstgeburtsrecht bei den Tenkteren ist vereinzelt und für die spätere Zeit ohne Folgen.

[2] Ssp III 29 § 2: svar so tvene man en erve nemen solen, die eldere sal delen unde die jüngere sal kiesen. Westf. UB. (Wilmans) III Nr 229 (i. J. 1226): dividet comes Lodewicus et eliget comes Otto. In Süddeutschland bestand dieser Brauch ebenfalls, vgl. Mone, Z f. Geschichte des Oberrheins V 385. Für Tirol Wasserschleben, Princip der Erbenfolge S 45.

[3] Obschon manche Quellen ihn ablehnen, z. B. Schwsp (L. u. W.) 26: swa zwene oder mer ein guot teilent, da sol der eltere teilen, der jungere welen. Vgl. aber Trad. Patav. Nr 13 (UB. des Landes ob der Enns I 445): quod mihi sorte accedit erga fratres meos. Auch sonst. Im übrigen s. Stobbe, Handbuch V 38.

[4] Des Vaters Sesshaus in Bern. Vgl. Stobbe, Handbuch V 39 f.

absque consortio fratrum suorum haben solle[5]. Dann treffen wir vorab im sächsischen Rechte die Regel, dass Geschenke des Vaters an einen Sohn, wenn sie das standesgemässe Auftreten desselben im socialen Verkehre ermöglichen sollen, nicht zu conferieren sind. Der Ssp I 10 nennt Kleider, Streitross, Pferde und Harnisch, was sich bei Ritterbürtigen leicht begreift: es ist das, was der erwachsene Sohn nothwendig braucht, um standesgemäss zu leben. So haben wir auch schon oben (S 440 f.) gesehen, dass in den städtischen Verhältnissen (Magdeburg) die reichen Kaufmannssöhne, auch wenn sie vom Vater nicht abgesondert sind, ihre eigenen Pferde haben[6]. Anders aber verhält es sich, wenn ein Kind mit einer Vermögensausstattung ist abgesondert worden. Hier ist es Frage des Einzelfalles, ob es blosse Aussteuer oder Erbabfindung sei. Der Ssp I 13 erörtert das einlässlich: ihre Aussteuer müssen die abgesonderten Kinder, wenn sie bei Tod der Eltern ihren Erbtheil ansprechen wollen, in die Theile bringen; hatten sie aber „ihre Erbtheilung daran verlobt", d. h. durch Gelöbnisvertrag auf ihr Erbrecht verzichtet, so nahmen sie an dem Erbe nicht mehr theil. Wir sind dieser Frage auch schon bei der Gemeinderschaft (I 241 ff.) begegnet und es kann an einer Bezugnahme auf das dort Gesagte genügen.

§ 182. IV. Verzicht auf Erbschaftsantritt.

Das deutsche Erbrecht beruht auf einem im ganzen einfachen Systeme: die Erbfolge ist von vorneherein von dem Willen und der Willkür des Erblassers unabhängig gestellt und ausschliesslich der Familie und der Sippe nach der durch die Nähe des Blutsbandes bestimmten Ordnung überlassen. Dass so der Erbe für jeden Fall schon durch das Gesetz gegeben ist, ermöglicht, oder erleichtert wenigstens, die allgemeine Durchführung des Grundsatzes von dem mit dem Tode des Erblassers ipso jure eintretenden Uebergang der Erbschaft auf den Erben. Dass der Erbe nicht weiter als mit dem Betrage der Erbschaft, im älteren Rechte selbst nur mit der Fahrnis und vielleicht ursprünglich mit gar nichts für die Schulden des Erblassers haftet[1],

---

[5] Cart. Senon. Nr 23, Marc. II 11, Form. Sal. Merk. Nr 25 (Zeumer S 82. 195. 251) = Rozière Nr 167—169. Ueber Geschenke bei festlichen Anlässen vgl. auch Cap. II ad leg. Sal. c. 2 (Behrend S 93).

[6] Nach lex Rib. 59, 9 durften solche Zuwendungen an ein Kind mit Bevorzugung vor den andern Kindern zwölf Schillinge nicht übersteigen.

[1] Ausser für die Wergeldschuld, welche aber nicht Erbschaftsschuld, sondern Verwandtschaftsschuld ist.

macht diesen selben Grundsatz für den Erben unverfänglich und gefahrlos, somit für die Rechtsordnung an sich brauchbar und selbst zweckmässig, weil er jeden Anlass zu in integrum restitutiones ausschliesst und jedes Rückgängigmachen des Erbanfalls (schwere Hemmung sicheren Rechtsverkehres) überflüssig und unnöthig wird.

Eben darum bedürfen aber auch die Erben keines Repudiationsrechtes; selbst wenn es ihnen bequemer wäre, sich mit der vielleicht evident überschuldeten Erbschaft gar nicht zu befassen, kann das Recht ihnen zumuthen, sich der Mühe der Liquidation zu unterziehen, weil sie von ihren eigenen ökonomischen Mitteln nichts dabei einzusetzen haben. Daher lesen wir in den alten Quellen nichts von Ausschlagung der Erbschaft. Erst seit dem 14. Jahrhundert wird vereinzelt von einem Verzichte auf das Erbe[2], von einem sich des Erbes nicht unterwinden[3] gesprochen. Damit ist an sich noch nicht bewiesen, dass in diesen Statuten schon die Haftpflicht des Erben mit seinem eigenen Vermögen durchgedrungen war[4]. Denn gerade Goslar, das von Verzicht spricht, enthält (6, 6) bezüglich der Schuldenzahlung den gleichen Satz wie Hamburg (Stadtr. v. 1270 I 19, 1292 H 19), und doch steht nach letzterem Rechte (1270 VI 32, 1292 F 10) fest, dass die Erben nur bis auf den Betrag des Nachlasses haften. Aber eben diese letzteren Stellen zeigen, dass der Erbe in Verlegenheit kommen konnte, wenn die Gläubiger des Erblassers ihn belangten und er den Beweis nicht zu erbringen vermochte, dass das Erbe nicht reiche. Das Goslarer Recht kann möglicherweise nur beabsichtigt haben, dem Erben diese Gefahr abzunehmen, und zu diesem Behufe ihm Verzicht gestattet haben, wo andere Rechte, wie das vielfach in dieser Zeit schon begann, dem Erben blos die Errichtung eines Inventars durch den Richter an die Hand gaben. Anders lag die Sache bei Dortmund und überhaupt in den westfälischen Statuten, wie nicht minder in den niederländischen Rechten. Da bestand kraft der Gütergemeinschaft eine Gesammthand (Gemeinderschaft) zwischen dem überlebenden parens und den Kindern, und es kam daher dazu, dass wenn der Vater starb, die Kinder gleich und mit der Witwe sich des beneficium abdicationis bedienten. Es handelt sich hier um ein compliciertes Verhältnis.

[2] Gosl. Stat. 6, 33: Sterft en de ervegut hevet, des erven nicht ghelden ne willet unde des erves dorch dat vortyet.

[3] Dortmunder Urtheilsbuch 51 (Frensdorff S 121): Wey sik siner alderen gudes unde erves nicht underwynnet, dey en is syner alderen schult nicht schuldych to betalene.

[4] Wie Göschen, Die Gosl. Statuten S 148 annimmt. Vgl. Stobbe, Eintreten des Erben, in J des gem. deutschen Rechts V 305; Pauli, Abhandl. III 148 f.

Allerdings traten die Kinder als Erben des verstorbenen Vaters in die Verlassenschaft ein, aber sie wurden zugleich Gemeinder mit der Mutter in der Gütergemeinschaft. Als Erben des Vaters hätten sie nur bis auf den Betrag des Nachlasses haften müssen, als Gemeinder der Mutter erschienen sie mit dieser persönlich betheiligt. So war eine Gleichbehandlung von Witwe und Erben bezüglich der Abstinenz vom Nachlass nahe gelegt und das der Frau eingeräumte Renuntiationsrecht[5] wurde auch von den Kindern ausgeübt, wie umgekehrt anderwärts, nachdem die Haftpflicht der Erben für die Schulden des Erblassers auch mit ihrem eigenen Vermögen Rechtssatz geworden und in Folge davon den Erben ein Erbverzichtsrecht eingeräumt war, das beneficium abdicationis der Witwe ebenfalls der Gleichheit zu Liebe oft und viel als Erbverzicht bezeichnet wurde.

Aber diese Andeutungen weiter zu verfolgen muss ich mir versagen. Der Gegenstand liegt ausserhalb des eigentlichen Zweckes dieser Arbeit. Wohl lässt das deutsche Recht schon die Keime neuer Gestaltungen blicken, welche zu gerichtlichem Inventar, Deliberationsfrist, Repudiation der Erbschaft u. s. w. geführt hätten, aber die Ausbildung der bezüglichen Rechtssätze auf rein nationaler Basis ist durch die Reception des römischen Rechtes abgeschnitten worden.

Auch eine Entwicklung in entgegengesetzter Richtung sei hier nur angedeutet, weil sie der Periode, auf die wir diese Arbeit begrenzen, noch nicht angehört. Es ist hie und da den Erben die Haftpflicht für die Schulden des Erblassers unbeschränkt, ohne Rücksicht auf den Betrag des Nachlasses, auferlegt worden, ohne dass man doch den nächsten Erben wenigstens, den Kindern, die Möglichkeit einer Ausschlagung der Erbschaft gewährt hat. So ist die Reception des römischen Rechtes mit seinem Princip der successio in universum jus defuncti den Kindern verhängnisvoll geworden, weil man das Correlat, das Abstinenzrecht nicht auch aufgenommen hat, sondern bei dem deutschen Rechte, das diese Befugnis nicht kannte und nicht brauchte, stehen geblieben ist. Dergestalt haben bis in unser Jahrhundert in Neuchâtel die Kinder eines insolventen Vaters seine Erbschaft antreten müssen, selbst wenn ihnen nichts andres übrig blieb als selber insolvent zu werden.

---

[5] Dortmunder Urtheilsbuch 127 (Frensdorff S 138).

Zweites Kapitel.

Die Erbberechtigung.

I. Bei der Nachfolge in das Erbe.

A. Anfall innerhalb des Hauses.

§ 183. 1. Die Kinder.

Gemäss der in § 174 gegebenen Uebersicht unterscheiden wir die Erbfolge innerhalb des Hauses und die der Sippe. Jene geht dieser voran, und in ihr selbst wiederum nehmen die Kinder des Erblassers den ersten Rang ein.

Die Nachfolge der Kinder in das Erbe der Eltern behandeln schon die ältesten Quellen als etwas so unzweifelhaft in erster Linie Stehendes, dass sie die Kinder nicht einmal in die Erbfolgeordnung aufnehmen, sondern dieselbe erst mangels von Kindern beginnen lassen. Es heisst nicht: zuerst werden die Kinder berufen, dann die Eltern u. s. w., sondern: bei Kinderlosigkeit erben zuerst die Eltern, dann die Geschwister u. s. f.[1]. Diese Ausdrucksweise der Quellen ist nicht ganz gleichgiltig; die Kinder, die Leibeserben, gehören noch zum Leibe des Erblassers, das Erbe fällt ihnen nothwendig und von selbst in den Schooss, ihre Erbqualität ist stärkerer, besonderer Art, sie werden als die heredes κατ' ἐξοχήν den heredes legitimi, den im Gesetz genannten, gegenübergestellt[2]. Die Kinder sind auch nach lex Rib. 48 die einzigen, welche die Möglichkeit einer Erbenberufung des Erblassers durch Affatomie ausschliessen.

Aber unter den Kindern selbst bestehen wieder starke Unterschiede[3]. Zwar wo schlechthin von liberi die Rede ist, sind Söhne und Töchter darunter verstanden, und dasselbe gilt sogar in der Regel

---

[1] Lex Sal. 59: si quis mortuus fuerit et filios non dimiserit, mater in hereditatem succedat. Man beachte hier auch das dimittere verglichen mit dimittere terram in der lex Angl. et Wer. und der Bemerkung dazu oben S 299. Lex Rib. 56: si quis absque liberis defunctus fuerit, pater mater in hereditate succidant. Ssp I 17 § 1: Stirft die man ane kint, sin vader nimt sin erve; u. a.

[2] Urk. von 876 bei v. Wyss, Geschichte der Abtei Zürich, Urk. Nr 10: si autem evenerit ut Engilgart sine heredibus obierit, tunc legitimi heredes ejus ipsas res habeant.

[3] Abgesehen von den hier nicht nochmals zu besprechenden Differenzen abgetheilter und unabgesonderter Kinder. Vgl. Bd. I S 241 und oben § 181.

von dem Ausdrucke filii, sofern nicht die Bezugnahme auf Söhne allein schon durch andre Umstände geboten ist[4]. Doch ist die Erbberechtigung von Söhnen und Töchtern keine gleiche, und zwar bei den einzelnen Stämmen nicht völlig übereinstimmend.

Bei allen freilich ist die gemeinsame Grundidee die Bevorzugung der Männer vor den Frauen bezüglich der Liegenschaften, und es ist möglich, ja wahrscheinlich, dass dieses Vorrecht unter der Herrschaft eines für alle Stämme gleichen Rechtssatzes stand, solange als die Liegenschaften nur dem Anfalle innerhalb des engsten Familienkreises unterlagen. Dieser Rechtssatz lautete dahin: das liegende Gut gehört nur den filii qui fratres sunt, d. h. es fällt vom Vater an die Söhne und unter diesen von Bruder an Bruder, bis die Hausgemeinderschaft erloschen ist und damit der Heimfall der Liegenschaft an die vicini, die Dorfgenossenschaft, eintritt. Keinem Zweifel unterliegt das im salischen Rechte: die terra, d. h. die Hufe und damit überhaupt das einzige Land, das einer ursprünglich hatte, gehört den männlichen Trägern der Hausgemeinderschaft, mangels von Söhnen aber (und vielleicht, worüber der folgende Paragraph nachzusehen, von weiteren Descendenten, welche bei Lebzeiten des Erblassers in die Gemeinderschaft eingerückt sind) erlischt das Haus und die vicini nehmen die Hufe zurück. Das ergiebt sich aus dem Ed. Chilperici[5], welches als Neuerung vor den Heimfall an die vicini die Succession der Töchter, bezw. der Schwestern einschiebt. Die Bedeutung dieses Edictes liegt in der Aufnahme der Töchter in die active Mitgliedschaft der Hausgemeinderschaft: die Töchter sind nicht mehr blos die von ihren Brüdern geduldeten, von ihnen versorgten, sondern die selbstberechtigten, wenn auch erst in zweiter Linie berechtigten Theilhaber.

Ausdrücklich bezeugt ist uns die mit diesem Edict übereinstimmende Nachfolge der Töchter in die väterliche Liegenschaft mangels von Söhnen noch in der lex Alam. 57[6] und lex Sax. 41 und 44[7].

---

[4] Gerade in lex Sal. 59 (si filios non dimiserit) sind Söhne und Töchter zu verstehen; v. Amira, Erbenfolge S 4 giebt Belege. Für spätere Zeit: Urk. aus Uri von ca. 1285 (Anzeiger für schweiz. Geschichte Jahrg. 12, 1881, S 422): reliquit IX filios utriusque sexus. Gaupp, Schles. Landrecht S 95: pueri utriusque sexus. C. d. Anhalt. II Nr 146: succedere sibi debent utriusque sexus pueri.

[5] Ed. Chilp. ca. 575 c. 3, als Cap. V ad leg. Sal. bei Behrend S 106, auch bei Boretius, Capitularia I 8.

[6] Si duas sorores absque fratre relictas post mortem patris fuerint et ad ipsas hereditas paternica contingat, illa . . . teneat terram patris earum.

[7] Pater aut mater defuncti filio non filiae hereditatem relinquent. Qui defunctus non filios sed filias reliquerit, ad eas omnis hereditas pertineat.

Erkennbar verschiedene Bahnen wurden in Folge der Veränderungen der Grund- und Bodenverhältnisse eingeschlagen. Das Besitzthum mehrte sich, zu der Familienhufe wurden neue Güter durch Rodung und sonst erworben. Das fränkische Recht zog zwischen beiden eine scharfe Grenzlinie: auf der das Hausgut bildenden Familienhufe liess es den Vorzug der Männer fortdauern, die andern (errungenen) Liegenschaften theilten Söhne und Töchter, Brüder und Schwestern zu gleichem Rechte [8], gleichwie die Fahrnis. Das ist ausgesprochen einerseits in lex Rib. 56 § 4, wo die hereditas aviatica, also das grossväterliche, schon vor dem jetzigen Erbfalle einmal von Vater auf Sohn vererbte Gut dem virilis sexus vorbehalten bleibt, andrerseits in den späteren Texten der lex Sal. 59, welche der terra das Wort Salica beigefügt haben, sofern wenigstens dieser Ausdruck auf den Hof, der den Grundstock des Vermögens bildet, die alte sors, die dem Hause zugetheilte Hufe darf gedeutet werden [9].

---

[8] So verfügt bei Bréquigny-Pardessus Nr 77 Burgundofara über Güter, die sie in der Theilung mit ihren Brüdern erhalten. Weiteres bei Roth, Beneficialwesen S 77 Anm 135.

[9] Das ist allerdings bestritten, wie überhaupt die ganze Stelle der lex Sal. emendata. Vgl. v. Amira, Erbenfolge S 12 f.; Gierke in Z f. RG XII 441. 447. 460 und die dort angeführte Litteratur. Die neue Redaction von tit. 59 § 6 lautet nämlich: de terra vero Salica in muliere nulla pertinet portio, sed qui fratres fuerint, et ad virile sexu tota terra pertineat. Ich übersetze: bezüglich der Erbfolge in das Stammgut sind die Töchter durch ihre Brüder von jeglichem Antheil ausgeschlossen. — Andere Erklärungen: 1. Terra Salica bedeute allgemein das Grundeigenthum der Salfranken, im Gegensatz zu dem der römischen Provincialen. Dann hätte der Vorzug der Söhne in Bezug auf alle Liegenschaften noch im 8. Jahrhundert gegolten, was nicht absolut unmöglich ist: in dem Anm 8 citierten Fall kann eine ausdrückliche Erbberufung der Tochter neben den Söhnen gemäss den Formeln Marc. II 12, Cart. Senon. Nr 45 = Rozière Nr 135. 136 stattgefunden haben. Aber gerade diese Formeln scheinen eher für die Bedeutung von terra Salica als Erbgut zu sprechen, da sie den Ausschluss der Tochter blos bezüglich der terra paterna, alodis paterna als gesetzlich zu Recht bestehend erklären, worunter die terra paterna des Vaters, der die Urkunde ausstellt, also die terra aviatica der Kinder um so sicherer zu verstehen ist, als der Vater selber sie alodis parentum meorum nennt im Gegensatze zu seinem comparatum. 2. Bedenklicher ist die abweichende Ansicht, die neue Redaction habe an dem Sinne der ursprünglichen nichts geändert, setze wie diese ein ausschliessliches Erbrecht des Mannesstamms in die Liegenschaften, also den völligen Ausschluss der Weiber voraus. Das scheint mir darum nicht zu billigen, weil man dann annehmen müsste, dass seit dem Ed. Chilp. wieder ein Rückgang zu strengerer Behandlung der Töchter erfolgt sei, was sich mit den sonstigen Zeugnissen aus jener Zeit nicht verträgt. Auch geht es wohl nicht an, die lex emendata nur als für die Krongüter der Aristokratie geltend anzusehen, für die sich der völlige Ausschluss der Frauen

Auch diese letzte Schranke der Frauenerbfolge hat das salische Recht fallen lassen; schon die (Anm 9 citierten) Formeln setzen sich darüber hinweg und berufen die Tochter neben den Söhnen zum Erbe auch in das Stammgut; das spätere coutumiäre Recht weiss nichts mehr vom Vorzugsrecht der Söhne, blos das Lehnrecht und damit das Thronfolgerecht hält es fest, das in dem als loi salique bezeichneten Princip des Ausschlusses der Weiber von der Krone eine Erinnerung an lex Sal. 59 bewahrt. Im Ribuarierlande dagegen hat sich der Vorzug der Männer bezüglich der Succession in das Stammgut auch landrechtlich erhalten jedenfalls innerhalb der Angehörigkeit an das Haus (also zwischen Kindern und Geschwistern). Weniger leicht hat er sich auch auf den weiteren Verwandtenkreis ausgedehnt, nachdem mit der Consolidation des Sondereigens das Heimfallsrecht der Dorfgenossen untergegangen und die Sippe zur Erbfolge in die Liegenschaften gelangt war. Für diesen weiteren Erbenkreis hatte das Stammgut, die terra aviatica, nicht die gleiche Bedeutung wie für die Glieder des Hauses, und so bestand nicht das gleiche Interesse für Aufrechterhaltung des Vorzugsrechtes der Männer, wenn das Vermögen dem Erbanfall an weitere Verwandte unterlag. Abgesehen von singulären Rechtsbildungen beim Adel ist daher die Zurücksetzung der Weiber auf den engsten Kreis des Hauses beschränkt geblieben, und in den Verhältnissen des Bürgerthums hat sie sich meist ganz verloren.

Die terra aviatica darf in dem Ansedel des deutschen Mittelalters wieder erkannt werden. Ansedel heissen in Köln die alten Höfe, die Stammgüter des Patriciats[10]. In dem Landrechte von Jülich ist der Ansedel bei der Ritterschaft zum Voraus des ältesten Sohnes geworden[11]. Und wenn, wie kaum zu bezweifeln ist, Ansedel und Sedelhof identisch sind, so wäre er das Stammgut, auf welchem das Handgemal ruht, und von dieser Seite der Zusammenhang mit der terra aviatica hergestellt[12].

---

könnte erhalten haben. So vermuthet Gierke a. a. O. S 461. Aehnlich Glasson, Le droit de succession dans les lois barbares, in Nouv. Revue histor. année 1885 p 604, der in der Bestimmung Chilperichs nur un nouveau régime spécial de succession pour les communautés agraires, nicht une modification du système de la loi salique erblickt, also das Verhältnis von Regel und Ausnahme umkehrt.

[10] Ennen, Geschichte der Stadt Köln I 402 Anm 1; Quellen von Köln (Ennen und Eckertz) II Nr 153; Schröder, Geschichte des ehel. Güterrechts II 2 S 188 Anm 79.

[11] Art. XXIX § 1. Lacomblet, Archiv I 133, vgl. das. S 55.

[12] Homeyer, Heimat S 49 Anm 37, S 52. 58; Walter, Deutsche Rechtsgeschichte § 521 u. 522.

Sehen wir dergestalt im fränkischen Rechte den Vorzug der Männer nur in Bezug auf das Stammgut festgehalten, im übrigen die Gleichstellung von Männern und Frauen für die Succession in liegendes und fahrendes Gut durchgeführt, so zeigt den Gegensatz dazu das sächsische Recht, einmal darin, dass es einen höchst bedeutenden Bestand der Fahrnis, die Gerade, der singulären Erbfolge der weiblichen Verwandten überlassen, sodann darin, dass es wenigstens im Kreise des Hauses und der Hausangehörigen die Zurücksetzung der Weiber hinter den gleich nahen Männern sowohl für die übrigen Theile der Fahrnis (zumal den Grossviehbestand) als für sämmtliche Liegenschaften durchgeführt hat[13].

Betrachtet man diese zwei Rechte nur in ihren letzten Ausläufern, so scheinen zwei unvereinbare Systeme vorzuliegen, und doch darf die gleiche Wurzel für beide in Anspruch genommen werden. Die Vermittlung zwischen ihnen bietet das Recht des auch örtlich zwischen Franken und Sachsen gelegenen Hamalandes, die lex Franc. Cham. 42: si quis Francus homo habuerit filios, hereditatem suam de silva et de terra eis dimittat et de mancipiis et de peculio; de materna hereditate similiter in filiam veniat. Ich übersetze nicht mit v. Amira S 44: die materna hereditas fällt an die Tochter gleichwie (similiter) an die Söhne, sondern: was die hereditas materna betrifft, so fällt sie gleichermaassen (d. h. ebenso ausschliesslich wie Liegenschaften und Viehstand an die Söhne fallen) an die Tochter. Es hat Gaupp[14] mit vollem Rechte in der hereditas materna die Gerade erblickt. Die Stelle entspricht also völlig dem sächsischen Rechte des Mittelalters, ohne doch den Zusammenhang mit lex Sal. 59 ganz zu verleugnen. Denn die materna hereditas, die Gerade, ist die durch Weiber sich vererbende Fahrnis, und die terra der dem virilis sexus vorbehaltene Grund und Boden. Es scheint mir nicht zu verkennen, dass der dem tit. 59 der lex Sal. inwohnende Grundgedanke die gemeinsame Erbrechtsidee der deutschen Stämme war, den das Sachsenland selber ungleich zäher festgehalten hat als das fränkische Gebiet. Dort bei den Sachsen wird der Begriff des Hausgutes, des Hofes als der ökonomischen Grundlage der Familie viel intensiver verwerthet und verwirklicht als bei den Süddeutschen, welche ja selbst Theilung des

[13] Es genügt die Verweisung auf lex Sax. 44 und Ssp I 17 § 1: Stirft die man ane kint, sin vader nimt sin erve; ne hevet he des vader nicht, it nimt sin muder mit mereme rechte dan sin bruder. Vader unde muder, süster unde bruder erve nimt de sone unde nicht de dochter.

[14] Gaupp, Die lex Franc. Cham. S 82.

Hausguts zwischen den Gemeindern zu beliebiger Sonderverfügung massenhaft practicieren: bei den Sachsen bleibt das Vorzugsrecht der Söhne und der Brüder nicht bei der alten sors, der ursprünglichen Hufe, stehen, ergreift auch nicht blos die weiter dazu erworbenen Liegenschaften, sondern auch den zur Bewirthschaftung erforderlichen Viehstand und Gutsbeschlag, dafür aber bleibt den Töchtern und Schwestern auch fernerhin die Gerade-Fahrnis überlassen. Der Franke giebt sein altes Recht leichter preis, hält es nur im Ansedel aufrecht und stellt Kinder und Geschwister in allem Uebrigen einander gleich. Wie lohnend müsste es sein, der stillen Arbeit der Cultur in Sitte und Wirthschaft nachzugehen, welche diese verschiedene Entwicklung hervorgerufen hat!

Um diese zwei Gegensätze gruppieren sich die anderen Rechte. Die lex Angl. et Wer. 26 ff. theilt dem Sohne die ganze Verlassenschaft vor der Tochter zu ausser der rhedo, dem weiblichen Schmucke, lässt aber mangels von Söhnen der Tochter nur die gesammte Fahrnis, nicht den Liegenschaftsbestand zukommen, welcher dem nächsten Schwertmag zugewiesen ist, eine merkwürdige Combination zwischen fränkischem und sächsischem Rechte, zugleich beiden gegenüber eigenartig durch die vollständige Durchführung des Vorzugsrechtes der Männer durch die ganze Sippe. Ebenfalls eine Mittelstellung nimmt das alamannische Recht ein: die lex Alam. 57 spricht ausdrücklich die hereditas paternica den Töchtern erst mangels von Söhnen zu; mag damals noch vorzugsweise nur der ererbte Hof in Betracht gekommen sein, so ist doch in der Folge noch lange Zeit alles liegende Gut nur auf die Söhne vererbt worden; dagegen erfahren wir nichts über das Erbrecht an der Fahrnis[15]. Später ist ein Anschluss an das fränkische Recht erfolgt: die Töchter erlangen in der Hauptsache neben den Söhnen gleiches Recht[16] und drängen den Vorzug ihrer Brüder auf den Ansedel zurück[17]. Im neueren Rechte ist dieser Vorzug ähnlich wie im Jülichschen Landrechte theils ein Erstgeburtsrecht

---

[15] Vgl. v. Wyss, Das Erbrecht der väterlichen und der mütterlichen Seite der Verwandtschaft nach den Intestaterbrechten der östlichen Schweiz, in Z f. schweiz. Recht IV 116.

[16] So giebt in Frauenfeld erst das Privileg von 1294 den Töchtern Erbrecht neben den Söhnen. Gengler, Stadtrechte des Mittelalters S 121, 1.

[17] Schwsp (W.) 128, (L.) 148 a: unde ist ouch daz er einen ansedel da er ufe saz hinder im lat, unde lat sün unde tohter diu niht uz gestiuret sint, der ansedel ist der süne vor den tohtern, unde stet an der bruoder genaden waz si den swestern geben, ob anders da niht enist. UB. von Augsburg I Nr 84; Trad. Garst. Nr 224 (UB. des Landes ob der Enns I 194).

oder ein Vorrecht des jüngsten Sohnes geworden[18], theils nur in der Weise beibehalten, dass der Ansedel in das Erbtheil des Sohnes fällt, aber gegen billige Verrechnung des Werthes mit den andern Erben.

§ 184. 2. Die weitere Descendenz.

Nun treten wir an die ausserordentlich schwierige Frage heran, ob und in welchem Umfange das alte deutsche Recht den weiteren Descendenten sofort nach oder jure repraesentationis mit den Kindern die Succession in das Vermögen ihrer Ascendenten gewährt habe, ob also Enkel und Urenkel die Eltern und die Geschwister ihres verstorbenen Grossvaters und Urgrossvaters ausgeschlossen haben[1].

Ich denke, dass wir den Fall ausscheiden müssen, wo der Erblasser bis zu seinem Tode mit seinen Kindern in Gemeinderschaft des gesammten Vermögens geblieben war und bei seinen Lebzeiten schon Enkel und selbst Urenkel an die Stelle ihrer vorverstorbenen Eltern, der Kinder des Erblassers, in der Gemeinderschaft nachgerückt und vom Grossvater in dieser Stellung anerkannt worden waren (vgl. Bd. I S 242). Da waren die Enkel selbst schon Antheilhaber geworden, und es handelte sich bei ihnen nicht mehr um Eröffnung einer Erbfolge, sie waren schon in der portio ihres Vaters geanerbt, wie sie ja sogar schon bei Lebzeiten ihres Vaters als zu der Gemeinderschaft gehörig betrachtet wurden[2]. Somit erscheint ein Ausschluss der mit dem Tod ihrer Eltern schon Theilhaber der grosselterlichen Hausgemeinderschaft gewordenen Enkel durch die Kinder oder gar die Geschwister des Erblassers nicht wahrscheinlich, wenn nicht Genossenrechte (S 574) das Nachrücken der Enkel überhaupt gehindert haben. Fraglicher wird die Sache schon bei der sächsischen Form des Zusammenlebens von Vater und Kindern in ungetrenntem Haushalte, weil hier das Gesammthandsrecht nicht zu so bestimmtem Ausdrucke gelangt war. Die Frage wird um so ernstlicher, wenn man bemerkt, dass sogar noch im Magdeburger Rechte die Ansicht Vertretung

[18] So das Vorrecht des Jüngsten auf des Vaters Sesshaus in der Berner Gerichtssatzung von 1614 Thl. II Tit. 13 Satz. 6.

[1] Diese Frage ist in neuerer Zeit erst stärker hervorgetreten, hauptsächlich durch die Arbeiten v. Amiras, welcher die Descendenten von den Enkeln ab hinter die Eltern und Geschwister, ja nach einigen Rechten hinter die Elterngeschwister des Erblassers zurücksetzt, und Gierkes, Z f. RG XII 444 f. und Anhang zu Pappenheims Launegild und Garethinx, als feurigen Vertreters der Erbfolge der Descendenten vor den Eltern und Geschwistern des Erblassers.

[2] Daher Mon. Bo. X 12: Hartmannus de Tutenhusen una cum filia sua Heilica et duobus filiis ejusdem Heilice tradidit ecclesie P. mansum.

findet, „das des todten mannes gantzer bruder recht do czu habe und nicht des kindes kynt, der vater sey abgesunder ader nicht“[3]. Allerdings war diese Ansicht angefochten[4], aber es ist kaum zu beanstanden, dass sie in den älteren Rechtszuständen einen gewissen Haltpunkt muss gefunden haben; denn wäre sie dem Rechtsgefühle des Mittelalters so absolut fremdartig gewesen, wie Gierke annimmt, so bliebe uns das grössere Räthsel zu lösen, wie sie überhaupt hätte geäussert werden können.

Unsere heutigen Anschauungen reichen da nicht aus. Das alte Recht steht in dieser Frage einem Denken und Empfinden, wie es uns die Edda überliefert, weit näher: Sigurd weiss, dass ihn die Brüder seiner Gemahlin ermordet haben, und doch tröstet er, der todwunde, seine Gudrun mit den Worten: dir leben die Brüder! Und Gudrun rächt diese ihre von Atli erschlagenen Brüder dadurch, dass sie dem König, ihrem Gemahl, die Knaben, die sie selber ihm geboren hat, schlachtet und zum Mahle vorsetzt, bevor sie ihn selbst erschlägt. Diese höchste, alle andern Gefühle des Herzens unterdrückende Heiligkeit des Geschwisterbandes ist schon der ersten historischen Zeit fremdartig geworden: Eltern und Kinder sind sich näher getreten, aber Enkel und Urenkel bleiben davon noch unberührt. Zumal das Erbrecht der weiteren Descendenz kann gerade durch die enge Gemeinderschaft der Geschwister noch zurückgehalten werden; die Familie, der die Hufe gegeben worden, ist noch nicht als ins Unbegrenzte sich fortsetzend gedacht, daher auch die unbedingte Vererblichkeit der Hufe noch im 6. Jahrhundert gar nicht anerkannt, vielmehr bei Erlöschen des engen Kreises der Hausgemeinderschaft das Heimfallsrecht der Dorfgenossen gewahrt. Bei solchem Zusammenbleiben der Brüder in Gemeinderschaft gelangen Enkel und weitere Descendenten sehr schwer zu der Anerkennung einer würdigen Stellung im Hause; Kinder sind in einer ungleich günstigeren Lage: der Vater lebt und wächst mit ihnen zusammen in einem Alter, da er selbst noch frisch und geistig beweglich ist; mit den Grosskindern, auch wenn sie auf seinem Hofe geboren werden und da aufwachsen, assimiliert er sich nicht mehr: sie sitzen unten am Tische mit den Knechten und sind nicht viel höher geachtet als diese, und haben sie das Unglück, den Vater vor dem Grossvater zu verlieren, so ist ihnen das Aufrücken in die Hausgemeinderschaft verschlossen.

[3] Erbrechtsregeln bei Wasserschleben, Princip der Successionsordnung S 139 Art. 9; Pölmann. Distinct. I 8 d. 8.

[4] Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts S 46.

der Grossvater bleibt in seinem altgewohnten Kreise und in dem eingelebten Verkehre mit den Brüdern und hinterlässt diesen die Hufe. In solchen Zuständen sind die Brüder einander wirklich „necher gefründ“ (unten Anm 18) als die Enkel den Grosseltern, und die vorhin erwähnte Aufnahme der Enkel in die Gemeinderschaft mag in der ältesten Zeit gar nicht einmal oft vorgekommen sein. Neue sittliche Anschauungen und wirthschaftliche Zustände müssen zuerst die Bahn brechen, bevor das Recht neue Sätze bildet. Aber diese Fragen, welche fast alle Seiten des altdeutschen Culturlebens berühren, sind noch so wenig untersucht, dass ich dermalen solche Vermuthungen kaum weiter zu verfolgen wage[5].

Was erfahren wir denn aber aus den Quellen über das Erbrecht der weiteren Descendenz? In erster Linie mit voller Sicherheit das, dass ursprünglich Enkel und weitere Abkömmlinge des Erblassers, solange noch Kinder desselben vorhanden waren, durch diese völlig ausgeschlossen waren, keines Repräsentationsrechtes genossen, kraft dessen sie an die Stelle ihres vorverstorbenen Elterntheils neben ihren Oheimen und Tanten eingetreten wären. Ein solches Repräsentationsrecht hat sich sehr mühsam Bahn gebrochen. Ein auf dem Märzfeld des Jahres 596 mit den Grossen des Reichs erlassenes, somit doch wohl als Zusatz zum Volksrecht geltendes Decret von Childebert II. (Boretius I 15) hat es für die Kinder von Söhnen und Töchtern eingeführt[6], ebenso Grim. 5 im langobardischen Reiche. Da nun aber eine Reihe von Formeln vorhanden sind, worin ein Grossvater seine Enkel neben seinen Kindern unter Angabe des Grundes: dum per lege cum ceteris filiis meis in alode meo accidere minime potueratis, zum Erbe beruft[7], so hat man wohl angenommen, dass das Edict Childeberts sich nicht eingebürgert, die Praxis es ignoriert habe[8]. Das ist aber doch nicht sehr wahrscheinlich; ich möchte es

[5] Jedenfalls macht man sich die Sache viel zu leicht, wenn man den Ausschluss der Enkel vom Erbrecht damit erklärt, dass Söhne bei der Heirat eine Erbabfindung erhalten hätten, ihre Kinder also dadurch (so gut wie die Söhne selbst) für das Erbrecht ausser Betracht gefallen seien. Dieser Fall bildet schon gar nicht die Regel, er könnte aber auch nur den Ausschluss der Enkel durch Kinder des Erblassers, nicht den durch Brüder desselben erklären.

[6] Ut nepotes ex filio vel ex filia ad aviaticas res cum avunculos vel amitas sic venirent, tamquam si pater aut mater vivi fuissent.

[7] Rozière Nr 131—134 = Form. Tur. 22, Marc. II 10, Form. Sal. Lind. 12, Form. Sal. Merk. 24 (Zeumer S 147. 81. 274. 250).

[8] Eine eigenthümliche, auf der wohl falschen Voraussetzung, dass der Erblasser freies Verfügungsrecht über alles sein Gut ausser der terra Salica gehabt

eher so erklären, dass diese Formeln eine schon vor dem Edict bestandene Uebung bekunden und zwar eine Zuwendung des dem Vater durch Abtheilung mit den Kindern frei gewordenen Gutes an die Enkel vorverstorbener Kinder enthalten. Das war auch vor Einführung des Repräsentationsrechts gestattet. So ist in der lex Burg. 51, 1 dem Vater das Recht gegeben, über seine aus solcher Abtheilung erlangte portio frei zu verfügen, damit also die Enkel zu bedenken, welche nach tit. 78, 1 i. f. von Gesetzes wegen kein Repräsentationsrecht haben. Ebenso finden wir solches freie Verfügungsrecht des Vaters über seine durch Abtheilung reservierte portio in fränkischen und alamannischen Urkunden, auch zu Gunsten der Enkel[9]. Dass eine solche Berufung der Enkel in einer der obigen Formeln (Rozière Nr 134) affatimus genannt wird, zeigt auch ihr hohes Alter und ihr Zurückgehen auf die Zeit vor Childebert, wo die Enkel nichts erhielten, wenn der Grossvater ihnen nicht seine portio zuwandte.

Die lex Sax. 46[10] lässt zweifelhaft, ob der Sohn eines vorverstorbenen Sohnes auch neben seinem Oheim (Sohn des Erblassers) Repräsentationsrecht hatte. Jedenfalls war ein solches noch anderthalb Jahrhunderte später bestritten, und wurde erst auf dem Reichstag zu Stela unter Otto I. im Jahre 942 auch gegenüber den Söhnen des Erblassers festgestellt[11]. So ist es auch in den Ssp I 5 § 1 aufgenommen. Diesem abgeschrieben steht es im Schwsp (W.) 7, (L.) 4, obschon es sich in vielen schwäbischen Gebieten erst im 15. und 16. Jahrhundert eingebürgert hat[12]; und auch sonst, wie denn erst der Reichstag von Freiburg 1498 und spätere Reichsgesetze es, dann auch in Ausdehnung auf die ganze Descendenz, durchgesetzt haben[13].

Ueber den Fall nun aber, wo alle Kinder vor dem Erblasser gestorben und nur Enkel vorhanden waren, gewähren uns leider die

---

habe, beruhende Erklärung bei Eichhorn, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte I 5. Aufl. S 373 Anm c.

[9] C. d. Fuld. Nr 123. 124; UB. St. Gallen Nr 121. 125: quidquid visus sum habere portionis mee nepotibus meis trado; si heredes mei quid contra hanc traditionem venire temptaverint, tunc inferant poena etc.

[10] Qui filiam ac filium habuerit, et filius uxore ducta et filium genuerit et mortuus fuerit, hereditas patris ad filium filii, id est nepotem, non ad filiam pertineat.

[11] Widukind. Corb. Ann. II 10, u. a. bei Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 5 Nr 1. Oben Bd. I S 15 Z. 6 v. u., wo gelegentlich davon die Rede ist, steht aus Versehen Urenkel statt Enkel.

[12] F. v. Wyss in Z f. schweiz. Recht IV 118.

[13] Stobbe, Handbuch V 95, wo auch Detail für diese spätere Zeit.

Quellen keinen klaren Aufschluss. Für das älteste fränkische Recht schon sind wir sehr im Zweifel: der eher zu Gunsten des Erbrechts der Descendenten sprechenden, aber an sich nicht ganz zuverlässigen Variante des Heroldischen Textes der lex Sal. 59[14] steht mit grossem Gewicht die Aufzeichnung des langobardischen Juristen über salische und römische Erbfolgeordnung (Pertz, Leges IV 590) gegenüber, nach welcher Eltern und Geschwister des Erblassers der Descendenz desselben ausser den Kindern und den repräsentierenden Enkeln vorgehen. Für das sächsische Recht wird immer die Praxis des Magdeburger Schöffenstuhls mit ihrer Neigung, den „Busen" auf Kinder zu beschränken[15], ein bedeutender Hinweis auf alteingewurzelte derartige Anschauungen sein. Ein sicheres Resultat ist wohl weder auf dem etymologischen Felde, wo es v. Amira hauptsächlich sucht, zu finden, noch mit Gierke aus Argumenten moderner Empfindung zu gewinnen, sondern am ehesten durch näheres Eingehen auf die im Eingang dieses Paragraphen angedeuteten Gesichtspunkte zu erreichen. Im Hinblick darauf möchte ich mich für die älteste Zeit auf v. Amiras Seite stellen[16]. Die Frage ist dann nur, in welcher Zeit die Aenderung erfolgt ist. Ich nehme einen ersten Widerstand dagegen schon in früher merovingischer Zeit an; er liegt schon im tit. 48 der lex Rib. in der Form vor, dass der kinderlose Mann berechtigt erklärt wird, sich durch Affatomie einen Erben zu schaffen; das wurde gewiss vielfach dazu benutzt, die Grosskinder den Brüdern vorzuziehen[17], wie es nach Rozière Nr 134 auch zur Ausschliessung der Kinder von der väterlichen portio verwendet wurde. Allerdings war das eine sehr indirecte Opposition, es scheint aber in Süddeutschland lange sein Bewenden dabei gehabt zu haben; namentlich

---

[14] v. Amira S 4; Gierke, Z f. RG XII 443.

[15] Oben Anm 3 u. 4; v. Amira S 126.

[16] Es ist auch nicht mit Gierke a. a. O. S 445 als unhistorisch und unnatürlich anzusehen, dass das Repräsentationsrecht älter wäre als das Erbrecht der Enkel mangels von Kindern. Im Gegentheil: das Zusammenleben mit Kindern hält die Erinnerung an die verstorbenen und die Verbindung mit deren Nachkommen eher aufrecht, während da, wo das eigene Haus durch Aussterben aller Kinder verödet, man sich leichter wieder den Geschwistern zuwendet als mit den Grosskindern intim wird.

[17] So giebt noch das Bamberger Recht § 294 (Zöpfl S 85) dem Grosskinde kein gesetzliches Erbrecht an den Grosseltern, die in Gesammthand leben, aber § 295 sieht für diesen Fall die Zuwendung des Erbtheils durch Stadtbrief und Insiegel (alte Affatomie?) an das Grosskind ausdrücklich vor. In Frankreich erfüllte der rappel diesen Zweck, worüber Kohler, Zur Lehre von der Parentelenordnung, in Z f. franz. Civilrecht VI 173 f. zu vergleichen.

ist hier hervorzuheben, dass in einer Anzahl ziemlich später schweizerischer Statuten[18] die Enkel den Geschwistern des Erblassers vorangestellt werden in einer Fassung, die darauf deutet, dass es Neuerung ist. In der Lombardei ist das Erbrecht der Descendenz vor den Geschwistern schon nach dem liber Papiensis zweifellos, da dieser hie und da filii als identisch mit descendentes erklärt (z. B. Expos. § 2 ad Liutpr. 3). Im Sachsenspiegel ist das Erbrecht der Enkel vor den Eltern und den Geschwistern unbedingt anerkannt[19]; ob auch das der weiteren Descendenz darunter zu verstehen sei, bleibt immer noch offene Frage, die freilich einen grossen praktischen Werth kaum ansprechen kann[20]. Die Entwicklung im späteren Mittelalter wird uns noch einmal in § 189 beschäftigen.

§ 185. 3. Eltern und Geschwister.

In dem Verhältnisse zwischen Kindern und Eltern und zwischen Kindern unter sich, also Geschwistern, vereinigen sich auf vollkommenste Weise die engen Bezüge der Gleichheit des Blutes und der Hausgemeinschaft. Durch ein zweifaches Band fühlen sich diese Personen an einander gekettet: durch das Blut und durch das Zusammenleben an demselben Herd und Tisch. Solange das Blutsband einzig oder vorherrschend wirkt, werden die Eltern den Kindern näher stehend gelten als die Geschwister unter sich. Im Verlaufe kann sich aber das Verhältnis unter dem Einfluss eines starr ausgebildeten Hausinteresses umkehren: da werden die Geschwister, die von erster Kindheit an zusammen aufgewachsen sind in den gleichen Anschauungen, leicht in dem Bewusstsein gemeinsamer Interessen gegenüber den Eltern vereinigt, und das kann auch auf vermögensrechtlichem Gebiete zum Ausdrucke gelangen. Wir haben schon das Verfangenschaftsrecht als Erzeugnis dieser Gedanken kennen gelernt. Auch auf erbrechtlichem Boden kann sich solcher Einfluss geltend machen, indem die Ge-

[18] Bei Blumer, RG der schweiz. Demokratien I 511. Besonders bemerkenswerth Z f. schweiz. Recht XXVII (NF V) 299 Nr 18, Statuten von Malans von 1538: Dass alwegen nach der nechsten linien des bluts hinder sich und für sich geerbt sölle werden, und aber diewil des vaters bruder dem vater necher gefründ ist dan sin enichle und urenichle, und aber die enichle und urenichle vom rechten fliessenden des vaters blut herkomend und des vaters bruder nit, darumb so wend auch wir, dass sy vor im erben.

[19] Ssp I 17 § 1: Doch nimt sones unde dochter kint erve vor vader unde vor muder unde vor bruder unde vor süster.

[20] Die Urk. aus Preussen von 1249, von v. Brünneck mitgetheilt in Z f. RG XII 492, hat die Beschränkung auf Enkel.

schwister innerhalb des Hauses als der einheitliche Träger von Vermögensinteressen erscheinen, denen die der Eltern gegenüberstehen. Darauf führe ich zurück, dass hie und da in mittelalterlichen Rechten die Geschwister den Eltern in der Erbfolge vorangehen. Das alte Recht lässt diese Erscheinung noch weniger hervortreten. Die Sippe, wie sie das Frühere, die Familie das Spätere ist, behauptet auch in der Hausgemeinschaft noch das althergebrachte und eingewurzelte Recht des Erbgangs. Der tit. 59 der lex Sal. ist auch in dieser Hinsicht wieder instructiv: er ruht noch auf der Erbfolge der mütterlichen Sippe als der Regel, und hat blos bezüglich der Liegenschaften einen Einbruch in dieselbe gemacht. Auf Grund der Consolidierung der Familie gelangt dann auch die väterliche Verwandtschaft zu ihrem Rechte neben der mütterlichen. So ergiebt sich die Erbfolgeordnung: mangels von Kindern zuerst die Eltern (Vater und Mutter, nicht Ascendenten), bei Fehlen der Eltern die Geschwister. Sie ist uns bezeugt in lex Sal. 59, lex Rib. 56, theilweise in lex Alam. 95[1]; aus lex Fris. 19, 2 wird sie geschlossen, wofür die Uebereinstimmung des späteren friesischen Rechtes spricht; die lex Saxonum enthält keine bestimmte Angabe[2], doch ist der Ssp I 17 ganz klar für den Vorgang der Eltern vor den Geschwistern, und es erscheint mir fast gewagt, eine Aenderung in der Zeit zwischen lex Sax. und Ssp in dieser Hinsicht anzunehmen. Im späteren Mittelalter noch herrscht das Erbrecht der Eltern vor den Geschwistern durchaus vor[3].

Dem gegenüber entwickelt das burgundische Volksrecht jenen aus dem Familienprincip hervorgegangenen Gedanken. Durch das ganze Gesetz geht die Unterscheidung der zwei Fälle, dass der Vater mit den Söhnen in der communis facultas geblieben ist oder mit ihnen getheilt hat. Für den ersten Fall ist nicht fraglich, dass bei Tod eines Sohnes die Gemeinderschaft fortdauert; für den zweiten aber wird bestimmt, dass bei Tod eines abgetheilten Sohnes der Vater blos in den Niessbrauch seines Nachlasses tritt, die Brüder aber das Eigenthumsrecht erhalten, tit. 51 § 2, tit. 78 § 1. In dieser Form ist der oben angegebene Gedanke verwirklicht, dass die Geschwister als eine unter sich verbundene Partei bei der Abtheilung figurieren, der Vater

[1] Vgl. aber über diese Stelle Huber, Historische Grundlage des ehel. Güterrechts der Berner Handfeste S 27, welcher ihr eine andere Bedeutung giebt.

[2] v. Amira S 122 entwickelt durch Schlussfolgerung aus der „vormundschaftlichen“ auf die „gemeine“ Erbfolge den Vorzug der Geschwister vor den Eltern.

[3] Stobbe, Handbuch V 108.

das Kindergut dimittit und nicht wieder durch Erbgang darauf zurückgreifen kann anders als zu Leibzucht.

Keine sichere Auskunft über unsere Frage gewährt die lex Angl. et Wer. in ihrem berühmten Titel de alodibus[4].

Im späteren Mittelalter ist wie bemerkt hie und da, in Oesterreich wie in Lübeck, in Breslau wie in einzelnen Rechten der Schweiz, der Vorzug der Geschwister durchgedrungen[5]. Es kann hier weder auf die mannigfachen Modalitäten noch auf die localen Gründe eingetreten werden.

Bei den Eltern wie bei den Geschwistern wiederholt sich das Vorzugsrecht der Männer vor den Frauen, also des Vaters vor der Mutter, des Bruders vor der Schwester unter den gleichen Varianten, wie wir sie schon bei den Kindern gefunden haben.

Für die Geschwisterkinder bestand ursprünglich kein Repräsentationsrecht, und es hat sich auch ein solches während des ganzen Mittelalters nur vereinzelt Geltung verschafft. Erst der Wormser Reichstag von 1521 hat es eingeführt[6].

Endlich sei noch erwähnt, dass unter Geschwistern regelmässig die Halbgeburt durch die Vollgeburt ausgeschlossen war[7].

B. Anfall an die Sippe.

§ 186. 1. Gliederung und Berechnung der Verwandtschaft.

Von den Geschwistern an führen in der Regel[1] die ältesten Quellen die zur Erbfolge berufenen Verwandten nicht mehr namentlich und speciell auf, sie bestimmen die weitere Erbfolge schlechthin so, dass der nächste der Verwandtschaft eintrete[2]. Somit entscheidet sich

---

[4] Vgl. v. Amira S 62 ff.

[5] Wasserschleben, Princip der Erbenfolge S 35 ff. 123 u. s. w.; Stobbe, Handbuch V 109 f.

[6] Stobbe, Handbuch V 113 f.

[7] Die verschiedenen Modalitäten bei Stobbe a. a. O. S 116 ff.

[1] Die lex Rib. 56, 3 nennt noch soror matris patrisque, wohl nur im Anschluss an lex Sal. 59, wo aber die soror matris noch als nächstes Glied der Mutterrechtserbfolge ihre Bedeutung hat.

[2] Der allgemeine Ausdruck für Verwandtschaft ist parentela, sie umfasst das ganze Geschlecht in Haus und Sippe: lex Sal. 44, 60. Das deutsche Wort dafür war Magschaft, Magen, vgl. die Uebersetzung der Ueberschrift des tit. 60: de sich fon sinen magun (de parentela) nimit. Andere Belege bei v. Amira S 21. 101. Auch später parentela für die ganze Verwandtschaft, Reg. Westf. (Erhard) I

die Erbfolgeordnung nach der Verwandtschaftsgliederung, und wir haben uns zuerst über diese zu unterrichten.

Alle Verwandtschaft der Seitenlinie ist vermittelt durch einen gemeinschaftlichen Vorfahr, von dem die in Frage stehenden Personen abstammen, und die Verwandtschaftsnähe bestimmt sich nach dem Abstande von demselben. Das Bild, in welchem sich der Germane die Sippe veranschaulichte, war nicht das des Stammbaumes mit seinen Verästelungen und Verzweigungen, sondern das des menschlichen Körpers mit seinen Gliedern und Gelenken, und auch uns ist davon übrig geblieben, dass wir lieber von Verwandtschaftsgliederung als von Verwandtschaftsverzweigung, lieber von Gliedern als von Zweigen der Sippe reden, obschon der Stammbaum bei uns eingebürgert ist. Der von ältester Zeit an gebrauchte technische Ausdruck für die Glieder oder Gelenke des Verwandtschaftskörpers ist Knie, genu, geniculum, womit das abstracte generatio, procreatio, progenies identisch ist[3]. Indem so, vom obersten Stammvater abwärts, die Kinder die erste Generation oder das erste Knie, die Grosskinder die zweite, die Urenkel die dritte u. s. f. bilden, und jedes von ihnen wieder der Ausgangspunkt einer von ihm beginnenden Gliederreihe erster, zweiter und dritter Generationen wird, erscheint die Sippe in bestimmter Weise nach Generationen, d. h. nach Abstammungen, Descendenzen, progenies oder procreationes gegliedert[4], welche unter sich engere und weitere

---

Nr 185: tradidit H. pro salute sua omnisque sue parentele; NR. UB. I Nr 361: reemendi licentia nulli in parentela sua nisi ipsi soli concessa est; das. Nr 447; Mon. Bo. I 211 Nr 207: Ch. cum omni parentela sua fraternitatem atque sepulturam in ecclesia nostra petens; das. I 182 Nr 143, VI 233, IX 462. 561, X 416 u. s. w. Doch ist im Mittelalter und besonders in Sachsen der Ausdruck Magschaft blos für die Seitenverwandten im Gegensatz zum Busen gebraucht, der Eltern und Kinder unter sich (Geschwister) umfasst. Ssp I 3 § 3: die Geschwisterkinder sind die erste Sippezahl, die man zu Magen rechnet. Was voraus geht, ist das Haus und zählt erbrechtlich nicht zur Sippe. So auch die Unterscheidung der Wergeldbusse in einhisk bote, d. h. Busse an die Familie, Hausgemeinschaft (hîsk), und Verwandtenbusse. Brunner, Sippe und Wergeld, in Z der Sav.-Stift., germ. Abth. III 21.

[3] Lex Sal. 59, 4: et inde de illis generationibus quicunque proximior fuerit, verglichen mit lex Rib. 56, 3: deinceps usque quinto genuclo qui proximus fuerat. Cap. Verm. um 758 c. 1 (Boretius I 40): in tercio genuclum separentur, verglichen mit Cap. Comp. von 757 c. 2 (Boretius I 37): in tercia progenie separentur, und Wasserschleben, Bussordnungen S 216: in quinta generatione conjungantur, tercia separentur. Brunner, Sippe und Wergeld S 27.

[4] Was v. Amira S 9. 45 und sonst dagegen einwendet, findet in den Quellen keine Bestätigung. Nicht „offenbar untechnisch", sondern sehr technisch wird in lex Rib. 58 generatio im Sinne von Descendenz abwechselnd mit procreatio ge-

Verwandtschaftskreise bilden, je nachdem sie in einem näheren oder in einem entfernteren Stammvater zusammenkommen. Diese Verwandtschaftskreise nennt die moderne Kunstsprache Linien oder mit einem, dem mittelalterlichen Sinne des Wortes nicht entsprechenden Ausdruck Parentelen. Auf dem Aufbau dieser durch die Knie (Gelenke, Generationen) erzeugten Linien über einander beruht das Wesen der Sippe. Die Kinder (Geschwister), die in ihrem Vater die Kniebiegung finden, in welcher ihre generatio abschliesst, treffen mit ihren Vettern in der Kniebiegung des Grossvaters zusammen, bilden in dieser mit den Vettern die zweite Generation, und so geht es weiter zu der dritten Generation in der Kniebiegung des Urgrossvaters u. s. f. Dass diese Gliederung der Sippe nach den auf die Generationen aufgebauten Linien (sogenannten Parentelen) völlig im Bewusstsein der alten Zeit lag, geht aus den Darstellungen friesischer und niederländischer Rechtsquellen, wie sie namentlich Brunner gesammelt hat[5], hervor, und wenn man dieselben als Künstelei späteren Rechtes für beweisunkräftig erklären wollte, so stände dem entgegen, dass der Zusammenhang mit dem ältesten Rechte zu oft und zu auffällig vor Augen liegt[6], und namentlich dass die Verwandtschaftsberechnung seit ältester Zeit auf dieser Basis mit grösster Sicherheit gehandhabt wurde. Denn nur aus dieser Gliederung der Sippe lässt sich die sogenannte germanische (und kanonische) Computation verstehen. Es ist „die Idee der in den Gliedern organisch fortschreitenden Familie (besser Sippe), welche den entscheidenden Gesichtspunkt bildet“ [7].

Es zählt nämlich das germanische Recht, um die Verwandtschaft zweier Personen ausserhalb der geraden Linie zu berechnen, die Generation ab, in welcher dieselben von dem nächsten gemeinsamen Vorfahr abstehen, nicht, wie die Römer, die Entfernung der einen Person von der andern durch alle dazwischen liegenden Zeugungen hindurch, sondern die Entfernung beider zusammen von dem gemeinsamen Stammvater. Ob man die Generationen von dem gemeinschaftlichen Vorfahr herabzählt, oder ob man sie zu ihm hinaufzählt, wäre im praktischen Erfolge gleichgiltig. Denn zählt man von dem Vorfahr herunter, so bilden dessen Kinder die erste Generation, die

---

braucht. Denn generatio bedeutet nicht, wie v. Amira annimmt, Zeugung im Sinne von Herkunft des Einzelnen, sondern Glied des Gesammtkörpers der Sippe; Zeugung in jenem Sinne geht jedesmal nur einen an, das Glied umfasst mehrere.

[5] Vgl. bes. Sippe und Wergeld S 20 f. 26. 55 f.

[6] Man sehe besonders das merkwürdige Beispiel bei Brunner a. a. O. S 35.

[7] Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts § 271.

Enkel die zweite, die Urenkel die dritte u. s. w., und weil Kinder unter sich in ihrem Gegenseitigkeitsverhältnisse Geschwister sind, Enkel unter sich Geschwisterkinder und Urenkel unter sich Andergeschwisterkinder, so stehen Geschwister in der ersten, Geschwisterkinder in der zweiten Generation u. s. w. Würde man zu dem gemeinschaftlichen Vorfahr hinaufzählen, so hätte von zwei Andergeschwisterkindern jedes in der Kniebiegung seiner resp. Eltern (der Geschwisterkinder) die erste, in der seiner Grosseltern (Geschwister) die zweite, und in der des Urgrossvaters, in der sie zusammenkommen, die dritte Generation. Dem deutschen Rechte ist die erstere Zählweise die zusagendere: man ermittelt den gemeinsamen Vorfahr und zählt von ihm, aus dem Haupte, nach den Gelenken herunter. Indem man die Generationen auch als Grade, gradus, Stufen bezeichnet, spricht man von Verwandtschaft der Geschwisterkinder im zweiten, der Andergeschwisterkinder im dritten Grade germanischer Computation u. s. w.

Diese Verwandtschaftsbestimmung, weil auf der Voraussetzung der Herkunft vom gleichen Vorfahr beruhend, ist nur verwendbar für das Verhältnis der Verwandten von den Geschwistern an, nicht aber für das der auf- und absteigenden Linie, denn hier fehlt das nothwendige Coordinationsverhältnis, der Parallelismus der beiden in Frage stehenden Personen: Eltern und Kinder, Grosseltern und Enkel stehen im Verhältnis unter einander nicht in der ersten, bezw. zweiten Generation, sie sind nicht gleichlaufende Glieder. So bleibt die Verwandtschaft von Ascendenz und Descendenz für die germanische Computation völlig ausser Betracht, weil diese letztere es nur mit dem Falle zu thun hat, wo die zwei in Frage kommenden Personen ihre Verwandtschaft durch Abstammung von einer und derselben dritten begründen: ein Kind aber begründet seine Verwandtschaft mit dem Grossvater nicht damit, dass beide von dem Urgrossvater abstammen.

Daraus ergiebt sich: die Factoren, mit denen die germanische Computation rechnet, sind nicht die einzelnen Menschen, welche die Verbindung zwischen den zwei Personen, deren Verwandtschaft zu bestimmen ist, vermitteln, sondern die in der Gliederung der Sippe als Organe des Leibes gedachten Generationen, welche eine Mehrheit von Menschen umfassen. Man zählt die von dem Stammvater auslaufenden Generationen, reiht dann die in Frage stehenden Personen in das ihnen gebührende Glied ein, und nach der Zahl dieses Gliedes bestimmt sich ihr Verwandtschaftsgrad. Will man den Unterschied zwischen römischer und germanischer Computation nach seinem

innersten Wesen definieren, so wäre wohl am ehesten zu sagen: das römische Recht nimmt den Menschen nur in seiner Vereinzelung als persona und rechnet mit lauter einzelnen Personen als Bindegliedern, das deutsche Recht dagegen betrachtet die in Frage kommenden Personen nur als Angehörige der Einheiten von generationes, so dass die Generation schon von vorneherein das Bindeglied ist, und nur der Abstand desselben von dem Vorfahr gezählt werden muss. Es leuchtet ein, dass diese germanische Art der Verwandtschaftsberechnung auf dem vollsten Bewusstsein der Verwandtschaftsgliederung beruht, wie sie eben ist dargestellt worden.

Einfach und bequem ist diese Zählweise, wenn die beiden Personen, um deren Verwandtschaft es sich handelt, in der gleichen Generation von dem gemeinsamen Vorfahr abstehen: dann wird eben dieser Abstand nur einmal angegeben, Geschwisterkinder stehen in zweiter Generation und sind darum im zweiten Grade verwandt. Wie aber soll gerechnet werden, wenn die beiden in verschiedene Generationen gehören? eine in das Glied der Geschwisterkinder, die andere in das der Andergeschwisterkinder? Dann wird eben die Entfernung auf beiden Seiten angegeben: unus in quarta, alius in tertia progenie sibi pertinent, sagt das Cap. Comp. (oben Anm 3), d. h. sie sind einander in vierter und dritter Abstammung vom Stammvater verwandt[8].

Mit dieser Angabe der Verwandtschaft begnügt sich das deutsche Recht, und es reicht damit vollkommen aus. Das ist sehr ein-

[8] Zu sagen, die Verwandtschaft werde nur auf einer Seite gezählt, sei es auf der längeren (Siegel, Die germanische Verwandtschaftsberechnung S 10), sei es auf der des Erben (Wasserschleben, Princip der Successionsordnung S 2 f.), ist m. E. unrichtig, jedenfalls formell unzutreffend gedacht. Es ist immer ein Zählen auf beiden Seiten mit Nothwendigkeit dadurch bedingt, dass die Generationen, die man zählt, beide Seiten umfassen. Hören sie auf einer Seite früher auf als auf der andern, so bleibt doch das Zählungsprincip dasselbe. Man operiert eben nicht mit „Zeugungen", welcher Ausdruck nur die einzelne Geburt bezeichnet, sondern mit Gliedern, welche die sämmtlichen Geburten einer Linie umfassen. Die Ansicht Wasserschlebens wird auch durch Roth. 153, worauf er sich hauptsächlich beruft, eher widerlegt als bestätigt: ut ille qui succedere vult, nominatim unicuique nomina parentum antecessorum suorum dicat. Wasserschleben übersetzt: jeder Erbansprecher muss seine sämmtlichen Vorfahren bis zu dem gemeinschaftlichen Stammvater namentlich bezeichnen, die Glieder zwischen Erblasser und Stammvater sind irrelevant (vgl. Wasserschleben, Die germanische Verwandtschaftsberechnung, eine Replik S 6). Ich ziehe die Uebersetzung vor: der Erbprätendent muss für jeden (für den Erblasser und für sich selbst) die Namen seiner Vorfahren nennen. Dazu passen dann auch die Formeln des lib. Pap., die mit der Auffassung von W. nicht stimmen.

leuchtend auf dem einen Hauptgebiete, auf dem die Verwandtschaftsberechnung eine Rolle spielt: im Eherechte behufs Ermittlung des Ehehindernisses der Blutsfreundschaft. Es wird der nächste gemeinsame Stammvater der Nupturienten aufgesucht und die Zahl der Generationen von ihm bis auf sie gezählt. Stehen sie in ungleichen Generationen vom Vorfahr ab, und zwar so, dass der nähere dieser verschiedenen Abstände innerhalb, der entferntere ausserhalb der Grenze des Eheverbotes fällt, so bleibt dem Eherecht die Aufgabe, zu bestimmen, welcher Grad in solchem Falle über die Statthaftigkeit der Ehe entscheiden soll. Die Kirche hat in Concilienbeschlüssen des 8. Jahrhunderts den näheren Abstand als entscheidend erklärt: die Ehe ist verboten, auch wenn nur einer der Nupturienten in eine innerhalb der Verbotsgrenze fallende Generation gehört. So das angeführte Cap. Comp.: si in quarta progenie reperti fuerint conjuncti, non separamus, in tercia vero separentur; et eos qui unus in quarta, alius in tercia sibi pertinent et conjuncti inveniuntur, separamus.

Auf gleichem Wege wird im Erbrechte die Grenze der Erbberechtigung ermittelt. Denn die Sippe reicht nicht in das Unbegrenzte, sondern schliesst mit einer bestimmten Zahl von Generationen ab, so gut für das Erbrecht wie für die Ehe, und ein Vermögen fällt als erbloses Gut an den Richter (d. h. die öffentliche Gewalt, den Landesherrn), wenn innerhalb dieser Generationen kein Abnehmer vorhanden ist.

Es ist lange das Bestreben gewesen, hierin für Ehe und Erbgang eine Einheit herzustellen, wie die im früheren Mittelalter die Concilien beschäftigenden Berathungen zeigen[9].

In den Volksrechten ist theils die fünfte, theils die sechste, theils die siebente Generation als Abschluss der Verwandtschaft genannt[10]. Es ist aber wahrscheinlich, dass damit die gleiche Grenze gemeint ist. Bei den Langobarden wird der Stammvater als die erste Gene-

---

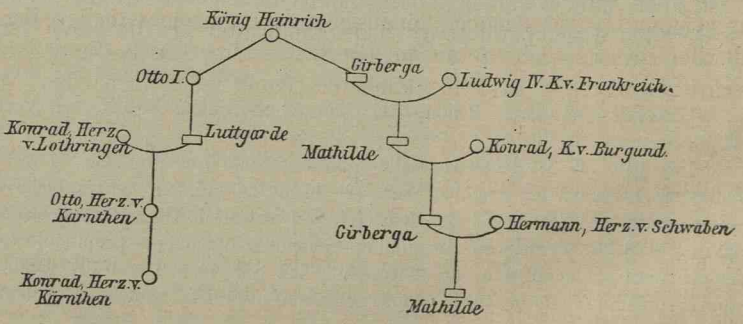
[9] Wasserschleben, Princip der Successionsordnung S 9 ff.; v. Amira S 47 f.

[10] Lex Rib. 56, 3: deinceps usque quinto genuclo qui proximus fuerat, in hereditatem succedat; lex Angl. et Wer. 34: usque ad quintam generationem paterna generatio succedat; sog. leges Henrici I. (bei Schmid, Ges. der Angelsachsen S 472) c. 70 § 20: et deinceps in quintum geniculum quicumque propinquiores in parentela fuerint, hereditario jure succedant; lex Sal. 44 § 9 und 10: usque ad sextum genuculum; Roth. 153: omnis parentela usque in septimum geniculum numeretur.

ration gezählt, so dass die Geschwister schon in der zweiten stehen, wie die Formeln des lib. Pap. ergeben. Andrerseits ist in Deutschland wohl schon seit ältester Zeit die erste Generation, die der Geschwister, ausser Berechnung geblieben, so dass Geschwisterkinder als das erste Knie erscheinen, nach dieser Computation also das fünfte mit dem siebenten der Langobarden zusammentrifft. Diese für uns auffällige Zählweise tritt in dem Decret des Burchard von Worms und in andern kirchlichen Documenten seiner Zeit[11] zuerst urkundlich auf, aber man ist darüber einig, dass sie nicht kirchlichen, sondern altnationalen Ursprunges ist. Der Grund dafür scheint mir nach allem, was wir bisher behandelt haben, nicht zweifelhaft. Die Geschwister zählen nicht zur Seitenverwandtschaft, sondern zum Hause; erst wenn das Erbe aus der Hausgemeinschaft herausgeht, beginnt man nach Generationen zu zählen, so dass die erste die der

---

[11] Concil von Seligenstadt von 1023 c. 11; Wasserschleben, Princip der Successionsordnung S 9 f.; v. Amira S 46 f. Merkwürdig ist die von diesen Schriftstellern citierte Stelle aus Constantini vita Adalberonis II. episcopi Mettensis bei Hartzheim, Conc. III 28, jetzt auch Pertz, Script. IV 663 f. c. 16 u. 17. Es liegt darin offenbar eine Confusion vor: der Kaiser Heinrich II. beschwert sich auf einer Synode zu Diedenhofen heftig gegen die Bischöfe über schlechte Kirchenzucht, namentlich über Duldung von Ehen zu naher Verwandter (ut etiam tertii loci consanguinitatem ad copulam asscissere non refugiant), und führt als Beispiel an die Ehe des Herzogs Konrad von Kärnthen. Der Bischof Adalbero nimmt, den König unterstützend, die Sache auf und bemerkt, dieser Konrad sei sogar im zweiten Grade der Verwandtschaft verheiratet: quia frater et soror in supputationem non admittuntur. Aber nach der Stammtafel war Konrad mit der Mathilde, wenn man die erste Generation der Geschwister nicht mit zählt, im dritten Grade verwandt; der König hatte recht gerechnet, und der Bischof falsch, vielleicht aus gleichem Versehen wie v. Amira S 49, der Konrad und Mathilde als Urenkel und Urenkelin Ottos I. ansieht.



Geschwisterkinder ist. Ich nehme an, dass die lex Rib. und die lex Angl. et Wer. die fünf Generationen in diesem Sinne zählen. Merkwürdig bleibt aber nun, dass die lex Salica sechs Generationen annimmt. Es hat, wie v. Amira S 49 ausführt, bei der quellengeschichtlichen Abhängigkeit des zweiten Theils der lex Rib. von der lex Sal. die Vermuthung vieles für sich, dass hier der Gegensatz zwischen nationalfränkischer und älterer kirchlicher Computation (jene im Ribuarier-, diese im Salierrechte) zum Ausdruck kommt. Der sechste Grad älterer kanonischer Zählweise stimmt mit dem fünften der altnationalen. Die Schwankungen, die daraus entstanden sind und sich durch Jahrhunderte hindurchgezogen haben, mögen auch ihren Einfluss im Sachsenspiegel geübt haben, der beides, den Ausschluss der Geschwister von der Zählung und die Sechszahl, verbindet, ja in letzterer Hinsicht sogar unter ausdrücklich zugestandener Anlehnung an die chiliastischen Vorstellungen Isidors neben die sieben Weltalter (und die sieben Heerschilde) sieben Generationen als Umfang der Sippe stellt, freilich mit Bezweifeln der letzten, welche blos im Nagel des Fingers repräsentiert sei und als eigentliches Glied nicht mehr gelten könne; aber mit Bestimmtheit fängt er die Generationen erst an zu zählen mit den Geschwisterkindern (Ssp I 3 § 3). Im Bilde des menschlichen Körpers ist das so dargestellt, dass die Geschwister im Halse stehen, also noch nicht in die Seitenlinie weichen, nicht jedes von ihnen ein besonderes Glied (jedes eine Schulter) occupiert, sondern beide in dem einen Gliede des Halses vereinigt sind. Erst mit der Schulter beginnt daher die Sippe und geht von Knie zu Knie weiter bis in die Fingerspitze. Die erste Generation (Geschwisterkinder) ist also die Schulter, die zweite der Ellbogen, die dritte das Handgelenk, die vierte, fünfte und sechste die drei Glieder des Fingers. Zwei Personen, die in den Fingerspitzen der rechten und der linken Hand stehen, sind noch mit einander verwandt; was darüber hinausgeht, steht ausserhalb der Verwandtschaftsgrenze. Und wenn auch nur auf einer Seite diese Zahl überschritten wird, so ist keine Erbberechtigung mehr vorhanden, so wenig wie nach späterem Kirchenrecht (im Gegensatz zum älteren, oben S 591) ein Ehehindernis, d. h. für Erbrecht und Ehe besteht dann keine Verwandtschaft mehr[12].

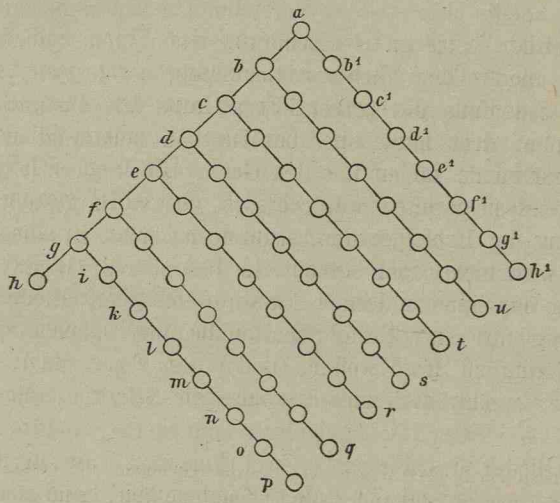
---

[12] Füllen wir das Bild von Ssp I 3 § 3, welches blos den äussersten Rahmen der Verwandtschaft darstellt, mit allen erbfähigen Verwandten aus, so erhalten wir folgende Tafel, wobei zu denken ist, dass *g* die zwei Eltern des *h*, *f* die vier Gross-

Im süddeutschen Rechte ist man schon früh zu abweichenden Resultaten gekommen. Man nimmt an[13], dass die Anerkennung der Erbfähigkeit so weit als die Verwandtschaft überhaupt erweislich ist, selbst über die siebente Generation hinaus, wie sie laut Ssp I 19 § 1 bei den Nordschwaben galt, altalamannisches Volksrecht gewesen sei. Sicher ist, dass viele schwäbische Rechte des Mittelalters, gerade in der Schweiz, diesen Grundsatz enthalten. Eine weitere Abweichung vom Sachsenrecht besteht in der Hereinziehung der Geschwister als erster Generation in die Seitenverwandtschaft, ein Zeichen dafür, dass das Verständnis für den erbrechtlichen Gegensatz von Hausgemein-

---

eltern, *e* die acht Urgrosseltern in sich schliesst, somit auch beispielsweise die Linie *e*—*r* alle Abkömmlinge dieser acht Urgrosseltern.



In diesem Bilde sind alle Verwandten des als Erblasser gedachten *h* aufgenommen, aller Erbgang vollzieht sich nur in den Schranken dieses Bildes. *a* steht im Haupt, *b* im Halse, *c* in der Schulter, *d* im Ellbogen, *e* im Handgelenk, *f*, *g* und *h* in den Gliedern des Fingers; die zweifelhaften Nagelmagen sind weggelassen. Der entfernteste erbberechtigte Verwandte des *h* ist h^1, mit ihm schliesst die Sippe ab. Denn *h* und h^1 stehen in der sechsten Generation, der letzten, die Erbberechtigung giebt. In der elterlichen Linie des *h* hören Verwandtschaft und Erbgang mit *p* als dem im sechsten Grade von dem Bruder des Erblassers Abstehenden auf, und so in den weiteren Linien mit *q*, *r*, *s*, *t* und *u*. Unter Voraussetzung gleicher Ausdehnung der Verwandtschaft im Eherecht giebt diese Tafel auch die Grenze an, innerhalb welcher das Ehehindernis wegen Verwandtschaft besteht.

[13] Bluntschli in Z f. geschichtl. Rechtswissenschaft IX 122.

schaft und Sippe abhanden gekommen war[14]. Das hat darum mehr als theoretischen Werth, weil doch für den Vorzug der Vatermagen vor den Muttermagen eine Grenze der Verwandtschaft gezogen ist, nicht aber mit dem sechsten, sondern schon mit dem vierten Gliede. Dieser Rückgang um zwei Glieder findet seine Erklärung in der kirchlicherseits vollzogenen Einengung der Eheverbotsgrenze. Das lateranische Concil unter Innocenz III. vom Jahre 1215 hatte das Ehehindernis auf den vierten Grad kanonischer Berechnung reduciert: das weltliche Recht folgte nach, indem es den Ausschluss der Muttermagen durch die Vatermagen auch nur bis zum vierten Gliede durchführte: so nahe, dass es eine Ehe irren mag, oder: bis dass es eine Ehe scheidet[15].

§ 187. 2. Die Erbfolgeordnung.

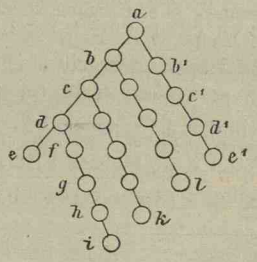
Die bisher betrachtete Gliederung der Sippe und der auf ihr beruhende Modus der Verwandtschaftsberechnung gestatten und ermöglichen jedenfalls die genaue Ermittlung der Thatsache, ob ein Erbprätendent dem Erblasser überhaupt in einem Gliede der Erbfähigkeit verwandt sei und in welchem. Es fragt sich nun, ob sie auch verwendbar gewesen und wirklich verwendet worden seien zur Bestimmung der Erbfolgeordnung unter mehreren Erbansprechern.

Man wird nicht wohl bestreiten, dass die blosse Existenz dieser Gliederung der Sippe in Linien schon an sich geeignet ist, eine starke Vermuthung für eine Erbfolge ebenfalls nach Linien zu erzeugen. Steht es bezüglich des Empfangs und der Zahlung des Wergeldes unleugbar fest, dass die vom Erschlagenen weiter entfernten Linien

---

[14] Schwsp (L.) 3, (W.) 6 Anm 11: geswistrige hebent die ersten sippe zal die man ze magen rechent; daz wider stritent ungelerte liute, unde muoz ez doch war sin vor den rehten maistern, unde swer och sippe zal anders raiten wil wan als hie stet, der ist verirret.

[15] So z. B. im liber manc. der Abtei von Zürich, in Z f. schweiz. Recht IV Abth. 2 S 99; Landb. der schwyz. March (Kothing, Rechtsq. des Cantons Schwyz S 25) Art. 5. Vgl. v. Wyss, Intestaterbrechte, in Z f. schweiz. Recht IV Abth. 1 S 149 f. Demgemäss wäre der Kreis der bevorzugten Verwandtschaft in nebenstehender Tafel abgeschlossen. Anders aber v. Wyss a. a. O. S 152 aus kaum zureichenden Gründen.



weniger stark betheiligt sind als die näheren[1], so wird man ohne Voreingenommenheit daraus ohne weiteres auch auf die Erbfolge in gleichem Sinne schliessen. Diese Gliederung der Sippe muss uns nach Grund und Zweck ein Räthsel bleiben oder als Spielerei vorkommen, wenn das Recht bei dem wichtigsten Anlasse, bei dem sie sich erproben und praktisch bethätigen kann, eben bei Auftreten von Erbansprechern aus verschiedenen Linien (Generationen), sie ignorieren und das Verhältnis dieser Generationen zu einander als gleichgiltig behandeln würde. Denn das ist einleuchtend, dass das von neueren Schriftstellern zur Bestimmung der Erbfolgeordnung eingeschlagene Verfahren auf einem ganz andern Princip beruht, nämlich auf dem der mechanischen Abzählung der Zeugungen entweder zwischen dem Erblasser und den Erbansprechern (so Siegel) oder gar zwischen den Erbprätendenten und deren mit dem Erblasser gemeinsamen Stammvätern (so Wasserschleben), womit grundsätzlich die römische Gradmessung an die Stelle der germanischen Generationenzählung gesetzt ist. Diese letztere, die allein maassgebende, bedingt mit Nothwendigkeit, dass die Erbansprecher nicht nach der grösseren oder kleineren Zahl der Zeugungen, sondern nach der Stellung, die sie in dem Organismus der Sippe einnehmen, berücksichtigt werden, und damit ist gegeben, dass die Sippe in ihrer Gliederung vom Erblasser aus construiert werden muss. Denn derjenige, um dessen Beerbung es sich handelt, ist das Centrum, um welches sich Alles dreht, und von welchem aus die Kreise gezogen werden, deren Nähe über den Vorzug in der Erbfolge entscheidet. Diese Kreise sind der Gliederung der Sippe gemäss durch die Generationen vom Erblasser aufwärts gegeben, man steigt nach dem Bilde des Ssp von Haupt zu Haupte hinauf, und so lange im nächsten Haupte ein Erbe mit ihm zusammentrifft, ist auch die Sippe für diesen Zweck der Erbfolge abgeschlossen und geht man zu keinem weiteren Haupte hinauf, so dass wer den nächsten Vorfahr des Erblassers mit ihm gemein hat, eben dadurch denjenigen vorgezogen ist, welche erst durch einen entfernteren mit ihm verbunden sind.

Somit betrachte ich als die nothwendige Consequenz der deutschen Verwandtschaftsgliederung und Verwandtschaftsberechnung die Erbfolgeordnung, welche die mit dem Erblasser zusammen im nächsten, ersten Knie (seiner Eltern) stehenden Verwandten den erst im zweiten (seinem grosselterlichen) mit ihm zusammentreffenden vorgehen lässt

[1] Brunner, Sippe und Wergeld S 21. 36. 55 f. u. öfter.

u. s. f., also das Erbfolgesystem, welches die heutige Kunstsprache Parentelenordnung nennt und als Linealgradualfolge dahin bestimmt, dass die elterliche Parentel (Linie) des Erblassers die grosselterliche, diese hinwiederum die urgrosselterliche u. s. w. ausschliesse, und in jeder Parentel die Nähe des Grades entscheide. Formell correct im Sinne des deutschen Rechtes ist das immerhin nicht gedacht und ausgedrückt, wenn es auch im praktischen Erfolge darauf hinausläuft. Schon das Wort Linealgradualfolge und noch mehr die herkömmliche Definition desselben lassen die Sache so erscheinen, als seien zwei verschiedene Principien, die Zählung nach Generationen in deutschem Sinne (Linien) und die Zählung nach Graden in römischem Sinne, mit einander combiniert, und so fehlt von vorneherein ein einheitlicher Gedanke, was entschieden den Gegnern dieses Erbfolgesystems ihren Angriff darauf erleichtert hat. In Wahrheit aber wird auch innerhalb jeder sog. Parentel nach Generationen gezählt, d. h. das gemeinsame Herabsteigen des Erblassers und der Erbansprecher von dem Parentelenhaupte verfolgt, und auch wenn auf der Seite des Erblassers die Reihe früher aufhört als auf der des Erben, so erhalten deswegen doch die auf der Erbenseite weiter gehenden Generationen nicht den inneren Charakter von römischen Graden. Wir bestimmen daher die deutsche Erbfolgeordnung innerhalb der Sippe lieber so: die nähere Generation über dem Erblasser schliesst die entferntere aus und innerhalb jeder derselben giebt wieder die dem gemeinsamen Vorfahr nähere Generation ihren Angehörigen den Vorzug vor den Mitgliedern entfernterer Generationen.

Es ist freilich möglich, dass dieses Erbfolgesystem zur Zeit der Volksrechte noch nicht vollständig ausgebildet vorgelegen hat: wo noch so starke Nachwirkungen des Mutterrechtes bestehen, wo selbst die eheliche Abstammung noch nicht einzig maassgebend ist für Verwandtschaft und Erbrecht, da ist auch die Gliederung der Sippe, wie wir sie kennen gelernt haben, noch nicht geschlossen, und noch weniger die Computation der Verwandtschaft nach Generationen auf eine feste Basis gestellt. Denn sowohl jener Aufbau als diese Zählung der Sippe beruht auf der durch Ehen vermittelten, durch Elternpaare fortgepflanzten Zusammengehörigkeit der Geschlechter: „im Haupte ist beschieden Mann und Frau zu stehen", das ist der Ausgangspunkt der Sippe im Sachsenspiegel.

Bei Berücksichtigung dieser Umstände genügt es uns, dass die in den Volksrechten enthaltenen Aufzeichnungen nicht nur keinen Gegenbeweis gegen die sog. Parentelenordnung bilden, sondern am

ungezwungensten in einem ihr günstigen Sinne verstanden werden[2]. Ich kann in diesen Stellen nichts andres lesen als die Vorschrift: man zähle mangels von Geschwistern, bzw. der letzten Classe der Hausgenossen, zur Ermittlung des erbberechtigten Verwandten vom Erblasser ausgehend in die nächste Kniebiegung (genu), und so immer weiter bis zum fünften Knie, und wer in dieser Ordnung zunächst kommt, der succediere. Die genua oder genicula können hier nichts andres bedeuten als die Kniebiegungen der grosselterlichen, urgrosselterlichen u. s. w. Generationen, und dann liegt auch in den Worten quicumque proximior fuerit u. dgl. nothwendig die Beziehung auf diese Generationen und also der Satz, dass der einer näheren Generation Angehörige den in einer entfernteren Stehenden ausschliesst.

Dass in diesen Aussprüchen der Volksrechte schon das System der Parentelenordnung enthalten ist, wird durch manches unterstützt. Besonders bemerkenswerthe Rückschlüsse auf das salische Recht scheint mir die spätere holländische Rechtsbildung zu gestatten. Man kann kaum darüber zweifelhaft sein, dass das holländische Schependomsrecht der directe Ausläufer des altsalischen Schöffenrechts ist; eben dieses Schependomsrecht führt aber anerkanntermaassen das System der sog. Parentelenordnung durch; und wenn wir nun wahrnehmen, wie die Vertheilung des Wergeldes auf die Generationen der Sippe im späteren niederländischen Rechte die gleiche ist wie nach der lex Salica[3], so ist kaum ein begründetes Hindernis gegen Annahme einer Uebereinstimmung auch im Erbrechte vorhanden. Man treibt wahrlich die Skepsis gegen die sog. Parentelenordnung zu weit, wenn man sich gegen sie darauf beruft, dass sie in keiner Rechtsquelle einen klaren systematischen Ausdruck gefunden habe, was man doch bei einem so einfachen und charaktervollen System, das nicht habe existieren können, ohne dass man sich seines Wesens bewusst war, sicher erwarten müsste. Ich denke, die Rechtssätze des deutschen Rechtes, welche in den Quellen einen systematisch klaren Ausdruck gefunden haben, sind überhaupt zu zählen, und der Vorwurf würde alle andern von Siegel, Wasserschleben u. s. w. aufgestellten Erbfolgesysteme jedenfalls ebenso gut treffen, ja noch besser, denn er trägt seine Widerlegung gerade für die sog. Parentelenordnung in sich selbst: eben weil sie ein einfaches, jedermann im Bewusstsein liegendes System war, genügte die Berufung darauf mit den wenigen

[2] Die Hauptstellen in § 186 Anm 10; dazu lex Sal. 59, 4: et inde de illis generationibus quicumque proximior fuerit, ille in hereditatem succedat.

[3] Brunner, Sippe und Wergeld S 35.

Worten: man geht von Knie auf Knie zurück, und immer ist es der Nächste, der zum Erbe kommt. Wäre es ein compliciertes, schwer verständliches System gewesen, das nicht Jedem in Fleisch und Blut lag, dann würde der Umstand, dass es die Quellen nicht darstellen, gegen dessen Existenz sprechen.

Viel eher könnte sich fragen, ob nicht auch im Erbrechte so gut wie im Wergeldrechte ursprünglich eine Concurrenz der Generationen (Linien) stattgefunden habe. Nach einzelnen seeländischen Rechten wird die Erbschaft unter die Viertel (die vier urgrosselterlichen Stämme) getheilt, und mangels von Abnehmern eines solchen Viertels der Erbschaft gelangt der betreffende Theil an die aus dem Viertel der Sippe aufsteigenden Achtel (die ururgrosselterlichen Stämme), eventuell an den Fiscus[4]. Es ist nicht unmöglich, dass schon im alten Rechte eine Zeit lang eine derartige Vertheilung stattgefunden hat, vielleicht noch schärfer ausgedrückt in dem Satze, dass überhaupt nur die einzelnen Generationen erbten und ihre Antheile unter ihre Angehörigen vertheilten, und zwar so, dass die dem Erblasser näheren Generationen einen grösseren Antheil erhielten als die entfernteren, wovon wir nicht blos im Wergeld-, sondern auch im Vormundschaftsrechte noch Spuren haben[5]. Es ist richtig, dass die Aussprüche der Volksrechte nicht gerade gut dazu passen, eher Spuren späterer Gesetze, welche die Angehörigen einer ganzen Parentel zu gleichen Theilen berufen, wie in Appenzell.

Je weiter wir aus der alten Zeit in das Mittelalter heraustreten, desto bestimmter mehren sich die Erscheinungen, welche für das System der sog. Parentelenordnung sprechen. Ich will nicht das Hauptgewicht darauf legen, dass es der Successionsordnung des Adels durchweg zu Grunde liegt. Aber ein nicht zu unterschätzender Factor ist das doch immerhin, denn der Adel hat das alte Recht am zähesten festgehalten. Man wendet etwa ein, dass der Adel wohl zunächst von der Seite des Lehnrechtes zu dieser besonders scharfen Ausbildung der Erbfolgeordnung gelangt sei, und das Lehnrecht vermöge seiner hierarchischen Organisation vorab dazu angethan gewesen sei, im Erbrechte das Princip der Parentelenordnung, welche auch auf hierarchischer Gliederung der Sippe beruht, besonders trefflich zu verwirklichen, dass aber damit für das Landrecht noch nichts bewiesen werde[6]. Mag man nun auch zugeben, dass da, wo Lehnsgüter und

---

[4] Brunner a. a. O. S 32 f. [5] Brunner a. a. O. S 50.

[6] Aus diesem Grunde lässt man wohl auch dem von Brunner, Das anglonormannische Erbfolgesystem, gelieferten Nachweise, dass die normannische und

Lehnsfolge die Hauptsache bildeten, die Parentelenordnung vorzüglich leicht in Aufnahme kommen konnte, so lässt sich doch nicht recht denken, dass das Lehnrecht hier so etwas ganz Neues sollte gebildet haben. Die regelmässige Rechtsentwicklung weist die Bewegung auf, dass das Lehnrecht, wie es sich aus dem Landrechte herausgeschält und seine Rechtsinstitute demgemäss dem Landrechte entnommen hat, auch das Erbrecht dem Landrechte entlehnt und nur die durch den Ausschluss der Frauen u. a. nothwendigen Modificationen angebracht hat. Dies hat auch in unsrer Frage die Präsumtion für sich, um so mehr als in der landrechtlichen Erbfolge die Parentelenordnung sich nicht verkennen lässt.

Es gilt das vorab für die in der neueren Zeit fast anrüchig gewordene Stelle des Ssp I 3 § 3, welche nur bei Annahme der Parentelenordnung einen verständlichen Sinn erhält. Der eigentliche und hauptsächliche Zweck dieser Stelle ist, wie wir sahen, nur der, den Umfang der Verwandtschaft darzulegen. Wo beginnt die Sippe und wo endet sie? so fragt der Verfasser, und er antwortet: sie beginnt im Haupte und endet in der Fingerspitze, und die in den Fingerspitzen der beiden Hände vorgestellten Personen stehen an den äussersten Grenzen der Verwandtschaft. Um diesen weitesten Umfang der Verwandtschaft und damit die äusserste Grenze der Erbberechtigung darzustellen, musste Eike zu dem siebenten Knie (Stammvater) von dem Erblasser aufwärts zurückgehen; in der von diesem auslaufenden Sippe ist alle Verwandtschaft eingeschlossen, das ist das Bild der vollständigen Sippe, aber, wie Homeyer[7] sehr zutreffend sagt: „nur eine Parentel mit ihren Graden ist vor Augen", und zwar dem Zwecke der Darstellung gemäss diejenige, in welcher der Erblasser die letzte Generation (der Fingerspitze) bildet[8]. Da Sippe also die Gesammtheit der vom gleichen Elternpaar abstammenden Personen bezeichnet, so liegt in dem weiteren, mehr nebensächlich hinzugefügten[9] Satze: die sich zwischen Nagel und Haupt zu der

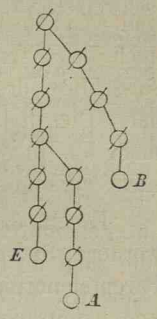
englische Erbfolge der Parentelenordnung gehuldigt hat, eine grössere Bedeutung nicht zukommen.

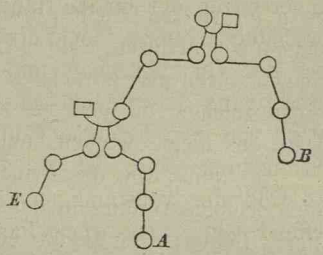
[7] Die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung S 9.

[8] Unverständlich ist mir die Ansicht von Wasserschleben, Die german. Verwandtschaftsberechnung, eine Replik S 17: „Der Ssp I 3, 3 veranschaulicht die Berechnung der Sippzahl zunächst nur für den ersten und nächsten Fall, nämlich für diejenigen Seitenverwandten, welche von den Eltern des Erblassers abstammen, also für die sog. zweite Parentel." So auch Schanz, Das Erbfolgeprincip des Ssp S 31, mit unrichtiger Berufung auf Homeyer.

[9] Denn seine eigentliche Stelle hat er in Ssp I 17 § 1 gefunden.

Sippe gestuppen mögen an gleicher Statt, die nehmen das Erbe gleich; der sich näher zu der Sippe gestuppen mag, der nimmt das Erbe zuvor, — auch ein Princip der Erbfolgeordnung ausgesprochen, und zwar folgendes: sich zur Sippe abstuppen kann nichts andres heissen als sich zum gemeinschaftlichen Vorfahr, der das Haupt der Sippe bildet, abzählen; sich näher zur Sippe gestuppen also: sich zum näheren gemeinschaftlichen Vorfahr abzählen. Denken wir uns doch nur den Fall, wir könnten Eiken fragen, ob in dem hier bildlich dargestellten Falle E von A oder von B beerbt werde oder ob A und B sich gleich nahe zur Sippe abstuppen und also das Erbe zu theilen haben. Er würde uns etwa so antworten: Was seid ihr doch sonderbare Frager. Zeichnet die Leute in das Bild des menschlichen Körpers hinein, dann bekommt ihr das Haupt in den Urgrosseltern des E, und damit ist nach oben mein Bild abgeschlossen, und so wenig wie ein Mensch zwei Köpfe haben kann, so wenig kann oben an diesem Haupte der Urgrosseltern noch ein zweites und drittes und viertes Haupt angesetzt werden.





Dass immer vor allem der nächste gemeinschaftliche Vorfahr, in welchem ein Erbansprecher mit dem Erblasser zusammentrifft, muss ermittelt werden, bevor man anfängt die Generationen, in denen die beiden stehen, zu zählen, das ist doch gewiss. Wie sollte es nun denkbar sein, dass man bei Auftreten mehrerer Erbansprecher auf die Nähe des gemeinschaftlichen Vorfahrs kein Gewicht gelegt und von ganz verschiedenen Vorfahren die Generationen heruntergezählt hätte? Sobald es zwischen zwei Erbprätendenten zur Zählung der Generationen kommt, ist schon Gleichheit des als Haupt angenommenen Vorfahrs vorhanden, Voraussetzung der Zählung der Generationen ist von vorneherein Gleichheit der Parentel. Daraus folgt aber, dass der Vorzug der näheren Parentel vor der entfernteren Voraussetzung der im Sachsenspiegel angegebenen Berechnungsweise ist. Das sprechen auch die Erbrechtsregeln[10] aus: ob die in der nydersten linien nicht seindt, so erbet es hinter sich und neben sich wo er die sybbe zael erreichen kann.

[10] Bei Wasserschleben, Princip der Successionsordnung S 60 III.

Wo erreicht man die Sippezahl? da, wo man mit dem Erblasser im gemeinsamen Vorfahr sich verbindet. Wer erreicht diese Sippezahl zuerst? der mit ihm im näheren Vorfahr zusammentrifft.

Am bestimmtesten tritt die Parentelenordnung in jenen Rechten schweizerischer Landschaften hervor, welche den Vorzug der Vatermagen bis ins vierte oder fünfte Glied aufstellen und von da an Concurrenz von Vater- und Muttermagen eintreten lassen[11]. „Die erb", sagt beispielsweise das Landbuch von Obwalden[12], „sond fur sich fallen dem nechsten vatter mag, und mit sunderheit, wo eyner eins glieds necher gerechnen kan, den ein anderen, das denn das selb nechst glied das erb sol behan . . . also für das vierd glied hin an vatter mag; wo den mutter mag als noch (= nahe) gerechnen mag als vatter mag, die sond da für hin glich erben." Ueber die Berechnung der Glieder habe ich mich § 186 Anm 15 geäussert. Nun setzen wir an das dort aufgestellte Bild noch eine weitere Parentel über die von *a*, den Vater des *a (m)* mit Sohn, Enkel und Urenkel *(n, o, p)*. Dieser letztere, *p*, würde nach Wasserschleben den *i* (Urenkel des Bruders des Erblassers *e*) ganz ausschliessen, weil er sich zu *m* im dritten, *i* dagegen zu *d* im vierten Gliede abzählt. Dagegen müsste *p* schon mit Muttermagen concurrieren, während *i* allen Muttermagen vorgeht. Die Muttermagen wären also zurückgesetzt hinter einem Erben, der selber wieder einem solchen, mit dem sie zugleich zum Erbgang kommen, nachsteht. Dass das nicht angehen kann, liegt auf der Hand.

So wenig wie das Princip der Verwandtschaftsberechnung ist das der Erbfolgeordnung in den Quellen des Mittelalters bestimmt formuliert. Beide gelten als die bekannten Voraussetzungen, von denen man nicht zu sprechen braucht: andere Fragen (wie Vorzug der Vatermagen, Rückfallsrecht) stehen im Vordergrund, das sind die, beständigen Angriffen unterliegenden, hartnäckig vertheidigten und darum in den Quellen ausdrücklich geregelten Positionen. Die Parentelenordnung ist nicht beanstandet und darum gesetzlich nicht fixiert. So kann auch der Umstand, dass die Ascendenten selbst selten erwähnt sind und die Quellen nur die Seitenverwandten im Auge haben, nicht so grosse Schwierigkeiten machen[13]. Es ist schon selten, dass Grosseltern oder gar Urgrosseltern zum Erbe gelangen; man nennt ihre

[11] Vgl. F. v. Wyss, Intestaterbrechte, in Z f. schweiz. Recht IV 144 ff.

[12] In Z f. schweiz. Recht VIII Abth. 2 S 34 Art. 93.

[13] Ein Zusatz zu Magd. Fr. I 7 d. 14 zeigt uns übrigens, dass die Grosseltern ihren Kindern (den Oheimen des Erblassers) nach Landrecht vorgingen: nach lantrechte nympt es der eldervater. Das Magdeburger Recht selbst behandelt sie als gleich nah.

Descendenz, weil man diese hauptsächlich in Gedanken hat. Die Ascendenten schon unter den Eltern einzubegreifen und sie allen Seitenverwandten vorgehen zu lassen, wie Wasserschleben will, dazu fehlt jeder Anhaltspunkt.

§ 188. 3. Verschiedenheiten innerhalb der Parentelenerbfolge.

Mit dem Princip der Erbfolge nach Parentelen und Generationen ist nur der äussere Rahmen hergestellt, innerhalb welches die grössten Gegensätze etwa bezüglich Zulassung oder Ausschluss des Repräsentationsrechtes, Gleichstellung der Geschlechter oder Bevorzugung der Männer vor den Frauen, Gleichbehandlung der väterlichen und der mütterlichen Verwandtschaft des Erblassers oder Zurücksetzung der Mutterseite hinter der Vaterseite sich wieder denken lassen. Von Repräsentationsrecht in der Seitenlinie weiss nun freilich das deutsche Recht nichts, „der nächste am Blut ist auch der nächste am Gut"; desto mannigfaltigere Rechtsbildungen hat es in jenen zwei anderen Richtungen aufzuweisen.

Es ist eine auffallende Erscheinung, dass das ostfälische Recht in der Seitenlinie jeden Unterschied zwischen Mann und Weib, Vater- und Mutterseite scheint preisgegeben zu haben. Ssp I 17 § 1 spricht so allgemein: sven en erve versüsteret unde verbruderet, alle de sik gelike na to der sibbe gestuppen mogen, de nemet gelike dele dar an, it si man oder wif, dass an einen Vorzug der Männer vor den Frauen nicht kann gedacht werden. Auch das Magdeburger Recht weist keinen Vorgang des Mannsstammes mehr auf[1]. Auffallend, weil der Vorzug der Brüder vor den Schwestern noch so streng festgehalten ist und in Süddeutschland sich viel mehr Anklänge an die dem sächsischen Rechte verwandte lex Angl. et Wer. selbst bis auf den heutigen Tag erhalten haben. Hier spielt nämlich der Vorzug der Vatermagen vor den Muttermagen eine grosse Rolle, und wir dürfen uns wohl etwas länger dabei aufhalten, weil wir es hiebei nicht mit einer Willkürlichkeit, wie solche in mancher Hinsicht der Erbfolgeordnung des Magdeburger Rechts eignen, sondern mit einem altgermanischen Princip zu thun haben.

Der Begriff Vater- und Muttermagen im alamannischen Rechte ist immer noch nicht festgestellt[2]; vorherrschend besteht die Ansicht,

[1] Stobbe, Die Erbfolgeordnung nach den Magdeburger Schöffensprüchen, in seinen Beiträgen zur Geschichte des deutschen Rechts S 53 ff.

[2] F. v. Wyss, Das Erbrecht der väterlichen und der mütterlichen Seite der

dass Vatermagen die gesammte (männliche oder weibliche, durch Männer oder Weiber vermittelte) Descendenz von Vater, väterlichem Grossvater, Urgrossvater u. s. f. des Erblassers seien, Muttermagen dagegen alle übrigen Blutsverwandten, also alle Verwandten der Mutterseite sowohl als die durch die väterliche Grossmutter, grossväterliche Urgrossmutter u. s. w. vermittelten. Ihr steht die Auffassung der Vatermagen als der Verwandten gegenüber, die von einem Stammvater aus der vom Erblasser aufwärts gehenden Mannesstammslinie blos durch Männer abstammen, der Muttermagen dagegen als der mit einem solchen (männlichen) Vorfahr durch Weiber verbundenen Verwandten[3]. Nach dieser letzteren Auffassung bleiben die durch die Mutter des Erblassers vermittelten Verwandten von dem Kreise der Muttermagen und damit überhaupt von jeder Erbberechtigung völlig ausgeschlossen. Beide Erklärungen aber stimmen darin überein, dass die Begriffe Vater- und Muttermagen sich nicht mit den Begriffen Schwert- und Spillmagen decken, da auch die zweite Ansicht Frauenspersonen, die nur durch Männer mit dem Erblasser verwandt sind, z. B. die Tochter des väterlichen Grossvaters, zu den Vatermagen zählt.

Die Bezeichnungen haben offenbar im Laufe der Zeit ihren Sinn geändert. Ich habe schon früher gelegentlich angedeutet, dass die Möglichkeit einer ursprünglichen Identität von Schwertmagen und Vatermagen (und demgemäss von Spillmagen und Muttermagen) nicht ausgeschlossen ist, wenn auch die Quellen des späteren Mittelalters einen sicheren Beweis hiefür nicht gestatten.

Die Volksrechte sprechen von paternum genus in gleichem Sinne wie von virilis sexus, wenn sie den Ausschluss der Weiber von der Erbfolge in Grund und Boden bezeichnen wollen[4]. Dem steht gegenüber die generatio patris et matris in lex Sal. 58, die parentes de

---

Verwandtschaft nach den Intestaterbrechten der östlichen Schweiz, in Z f. schweiz. Recht IV Abh. S 111 f., vgl. bes. S 112 f. die Hauptgegensätze in der Litteratur.

[3] S. bes. Sprüngli in Schaubergs Beiträgen zur Kunde und Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege XI 434; Segesser, Rechtsgesch. von Luzern II 527 f.

[4] Lex Sal. 59, 5: de terra nulla in muliere hereditas, sed ad virilem sexum etc. Aehnlich lex Rib. 56, 4. Andererseits gleichbedeutend paternum genus in der lex Angl. et Wer., denn es kann sich auch hier nur um Männer handeln, nicht um die Verwandten von Vaterseite (incl. Weiber), weil die Erbfolge in den Grundbesitz in Frage steht, den nur Männer erben konnten; erst mangels der Männer geht die Erbschaft a lancea ad fusum über, das paternum genus ist also die Schwertmagschaft. Gleichermaassen die propinqui ex paterno genere venientes der lex Burg. 53, 1. Und bezüglich der Vormundschaft der proximus paterni generis in lex Sax. 44, auch im Sinne von Schwertmag.

patre et de matre in lex Sal. 62, offenbar in dem Sinne von Vater- und Mutterseite. Es fragt sich nun, ob die Ausdrücke Vater- und Muttermagen sich an den virilis sexus (paternum genus) oder an die parentes de patre et de matre anschliessen. Ich möchte mich für den Zusammenhang mit paternum genus, virilis sexus entscheiden, und zwar aus folgendem Grunde.

Wenn man den Ursprung des Ausschlusses der Muttermagen durch die Vatermagen aufsucht, so wird man zunächst darauf geleitet, dass die Frauen überhaupt hinter den Männern im Erbrechte zurückgesetzt waren. Bestimmt bezeugt uns die lex Alam. 57 das Zurücktreten der Töchter hinter den Söhnen des Erblassers, ihren Brüdern, offenbar aus demselben Princip, aus welchem die lex Sal. 59 die Töchter hinter dem virilis sexus qui fratres fuerint zurücktreten lässt: aus dem Princip nämlich, dass die hereditas, das Gut, die Hufe nur an Schwertmagen gelangen könne. Vermöge dieses Vorzugsrechtes der Söhne vererbte sich also durchweg und in der Regel das Gut durch die männliche Descendenz, immer von Vater auf Sohn, und es entsprach diesem Erbgange nach unten durchaus, dass wenn die Descendenz aufhörte, das Gut wieder dahin zurückging, von wo es gekommen war, d. h. immer wieder von Sohn auf Vater hinaufstieg, zuerst an den Vater des Erblassers, dann an den väterlichen Grossvater, an den grossväterlichen Urgrossvater u. s. f.[5], und jeweilen bei Mangel eines solchen an dessen Descendenz nach gleichem Princip des Vorzugsrechtes der Männer, wie das die lex Angl. et Wer. zeigt. Dass diese durch Männer sich fortpflanzende Descendenz des Grossvaters, Urgrossvaters u. s. w., also die Schwertmagschaft, ursprünglich Vatermagen hiess, scheint in dem Statut von Hüneberg[6] angedeutet, indem hienach die Schwesterkinder, obschon vom Vater des Erblassers abstammend, ursprünglich als Muttermagen scheinen gedacht gewesen zu sein. Und ebenso noch spät vielleicht in dem Züricher Statut von 1629, wo Bruderkinder den Schwesterkindern vorgezogen werden gemäss dem Princip, dass Vatermagen vorgehen: Erlüterung welcher gstalt bruoders

---

[5] Diesen Zusammenhang zeigt deutlich Schwsp (W.) 15, (L.) 14: der Vater, nicht der Bruder erbt den Verstorbenen, daz ist da von, daz ez (das Gut) von dem vater ist dar komen. UB. St. Gallen Nr 438: trado quidquid contra fratrem meum in portionem accepi, hoc est quod avus meus seu pater meus vel ego ipse acquirimus (die Fortsetzung auch bemerkenswerth). Ebenda Nr 436. 474.

[6] Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratien I 516 Anm 325, verglichen mit S 519 Anm 328: Bruder- und Schwesterkinder sollen fortan mit einander erben, aber wenn das Erbe weiter hinausgeht, so geht Vatermag vor.

kind vor schwöster kinden und hiemit vatter mag der muotter mag in erbschaften vorzezüchen. Auf gleiches weist das Luzerner Stadtrecht[7], ebenso das Statut des Formazzathals[8] u. a.[9].

Der Schwabenspiegel stellt auch die Gleichheit von Schwertmagen und Vatermagen auf (L.) 275, (W.) 225: swer eines guotes erbe wil sin, der sol swertes halben darzuo gehören, daz ist der vater mac. Aber der Sprachgebrauch ist dann doch wieder schwankend; in (W.) 128, (L.) 148 c weist der Schluss, wo das Fallrecht ausgesprochen ist, eher auf die Bedeutung von Vater- und Muttermagen im Sinne von Vater- und Mutterseite[10].

Mit der Erweiterung des Erbrechts auf die Weiber wurde eine Verwirrung dieser Begriffe leicht möglich, denn es war damit das ursprüngliche Unterscheidungsmerkmal aufgehoben; man zog nun mehr und mehr unter den Begriff der Vatermagen auch die weiblichen Descendenten des väterlichen Grossvaters u. s. w., aber die durch die väterliche Grossmutter u. s. f. vermittelten Verwandten blieben davon ausgeschlossen, und der Gegensatz von Vater- und Muttermagen ist nicht mit dem von Vater- und Mutterseite, väterlichen und mütterlichen Verwandten identificiert worden.

Diese Zulassung der weiblichen Descendenz des väterlichen Grossvaters u. s. f. in den Kreis der Vatermagen war allerdings ein principloses Hilfsmittel, und die Gotteshausleute von Interlaken zu Goldswyl, sant Beaten, Leuxingen, Gsteig und Grindelwald verfuhren grundsätzlicher, als sie 1404 den Probst und das Capitel angingen, den Vorzug der Vater- vor den Muttermagen in Erbfällen, der sie ungöttlich däuchte, gänzlich aufzuheben[11]. Eine andere Abhilfe fand man in dem Fallrechte.

---

[7] Segesser, Rechtsgesch. von Luzern II 530 f., Statut von 1428: das ein geswistergit kind, es syen swesterkind oder bruderkind, glich erben sollen, aber dafür hin sol vatermag für gan.

[8] Alamannische Bevölkerung. Das Statut (abgedr. im Archiv für schweiz. Geschichte III 255 f.) sagt Art. 21: quod in omnibus successionibus excludant agnati cognatos.

[9] Stadtb. von Wallenstadt, bei Sprüngli S 454 f. Besonders aber Weisth. von Altorf bei Grimm I 14 § 34: wer aber daz ein mutermag des toten lichnam vatter eines lides neher wer. Also die Muttermagen sind auch nur durch den Vater des Verstorbenen verwandt, sind die weiblichen Verwandten von Vaterseite, und die mütterliche Seite des Todten ist ganz von dem Begriff Muttermag ausgeschlossen. Vgl. aber die Bedenken gegen die Zuverlässigkeit dieser Stelle bei F. v. Wyss a. a. O. in der Z f. schweiz. Recht V 7 f.

[10] So jedenfalls in der Züricher Rathsverordnung von 1382, Sprüngli S 453.

[11] Grimm, Weisth. I 175.

Seitdem nämlich auch von der Mutter her bedeutenderes Vermögen an die Kinder kam, konnte man sich nicht mehr damit begnügen, alles Vermögen bei Schoossfall an die väterliche Ascendenz gehen zu lassen. Jetzt kam der Grundsatz des Rückfalls der Güter nach der Seite ihrer Herkunft auf. Das ist das jus recadentiae oder revolutionis, das Fallrecht, ausgedrückt in der Formel: paterna paternis, materna maternis, d. h. das Vatergut den väterlichen Verwandten, das mütterliche Gut den mütterlichen Verwandten. Es findet sich in Schwaben, Franken und Burgund sehr verbreitet[12].

§ 189. C. Spätere Veränderungen in der Erbfolgeordnung.

In der zweiten Hälfte des Mittelalters vollzieht sich eine wichtige Umgestaltung der erbrechtlichen Anschauungen. Soll dieselbe mit einem bündigen Schlagworte gekennzeichnet werden, so dürfte man etwa sagen: es ist die Zerstörung des Gegensatzes zwischen Haus (familia) und Sippe (Verwandtschaft) und die Einfügung und Eingliederung des Rechtes der Hausgenossen in das Erbrecht der Sippe, welches diese Umgestaltung bewirkt. Das Sonderrecht des Hauses wird gebrochen und die Einheit der Erbfolge nach Maassgabe der für die Sippe geltenden Grundsätze durchgängig durchgeführt. Wie in der Vormundschaft, so auch in dieser Frage steht der Sachsenspiegel mit seinem besondern Erbrecht bis zu den Geschwistern und seiner Zählung der Verwandtschaftsglieder erst von den Geschwisterkindern an noch auf dem Boden des alten Rechtes. Ein wichtiges Symptom für das neue Recht ist der Standpunkt des Schwabenspiegels, der diese altsächsische Auffassung nicht mehr versteht und die Geschwister in das erste Verwandtschaftsglied stellt.

Es ist hauptsächlich das Verhältnis von Ascendenz und Descendenz, welches von der Veränderung ergriffen wird und an welchem daher auch die ganze im Erbrechte fortschreitende Bewegung ihren Höhepunkt findet. Lassen wir fürs erste die Enkel und Urenkel bei Seite und reden wir von den Beziehungen der engsten Hausgemeinder: Kinder, Eltern und Geschwister, zu einander. Es hat sich uns das Verhältnis unter denselben als ein aus erbrechtlichen und gemeinderschaftlichen Elementen gemischtes dargestellt. Bei reiner, vollständiger

---

[12] Vgl. v. Wyss, Z. f. schweiz. Recht IV 131; Sprüngli S 481; Wasserschleben, Princip der Erbenfolge S 128. 141 Anm 4, S 224. Etwas anderes ist die Vertheilung des Nachlasses nach Quoten unter die Vater- und Mutterseite, Brunner, Sippe und Wergeld S 20. 32. 51.

Gemeinderschaft tritt der erbrechtliche Gedanke völlig zurück, er macht sich erst geltend, wenn die Gemeinderschaft durch Abtheilung zwischen Eltern und Kindern, bezw. zwischen Geschwistern aufgelöst ist. Aber auch dann nicht in dem weitgehenden Maasse, in welchem man die erbrechtlichen Bezüge zwischen Eltern und Kindern für das alte Recht anzunehmen geneigt ist. Ein Notherbrecht der abgetheilten Kinder gegenüber den Eltern existiert in solchen Fällen nicht, die Kinder sind vollständig für ihren Antheil (Erbtheil) abgefunden, und der Vater ist frei über das, was ihm geblieben ist, zu verfügen durch sofortige Veräusserung oder durch affatimus, das schon oben erwähnte Mittel zu dem Zwecke, Enkeln zu einem Antheile an der grossväterlichen Verlassenschaft zu verhelfen. Oder sagen wir vielmehr so: bei Gemeinderschaftsverhältnissen wird das Notherbrecht der Kinder schon durch die Abtheilung mit dem Vater vorweg realisiert, dagegen wo die Gemeinderschaft bis zum Tode des Vaters gedauert hat, ist es von einem stärkeren Rechte der Kinder, einem Antheilsrechte zu gesammter Hand, absorbiert. Darum, als die gemeinderschaftlichen (ganerbschaftlichen) Elemente im deutschen Rechte abzusterben beginnen, und damit die Schale wegfällt, welche das Notherbrecht in sich geschlossen hat, arbeitet sich das letztere zu selbständiger eigener Bedeutung heraus.

Die Rechte, welche die gesammte Hand der Ehegatten ausgebildet haben, lassen es ziemlich genau erkennen, wie mit dem Zurückweichen der gemeinderschaftlichen Ideen die Stellung der Kinder anfangs eine prekäre geworden ist und erst im Laufe der Zeit wieder durch Aufsteigen zu einem Notherbrechte sich verbessert hat. Im 13. Jahrhundert ist für die Kinder, trotz Verfangenschaftsrecht, die Gefahr vorhanden, ihre sichere Anwartschaft auf ihren Antheil am Hausgute durch das freie Verfügungsrecht der Eltern geschwächt, ja verloren gehen zu sehen. Denn die Gemeinderschaft zwischen Eltern und Kindern ist durch die gesammte Hand der Eheleute (Eltern) verdrängt, die Ehegatten sind einzig verfügungsberechtigt geworden, bisweilen allerdings noch unter Beispruchsrecht der Kinder, oft aber auch ohne solches, wie in Köln, wo die Eltern nicht nur unter Lebenden frei über ihr Vermögen disponieren, sondern auch eine verschiedene Vertheilung ihrer Verlassenschaft unter ihre Kinder anordnen können[1]. Was die Kinder in dieser Zeit noch schützt, ist die Unstatthaftigkeit letztwilliger Verfügungen; so sind die Kinder doch wenigstens nicht der Gefahr ausgesetzt, durch Testament der Eltern

[1] Schröder, Geschichte des ehel. Güterrechts II 2 S 37 Anm 32.

das Erbe zu verlieren, sie haben blos das weniger Gefährliche, weil weniger leicht Eintretende zu fürchten, dass die Eltern ihr Gut bei Lebzeiten wegschenken[2].

Aber auch das ändert sich, als die Unstatthaftigkeit letztwilliger Verfügungen, welche die Kinder vor Beraubung des elterlichen Erbes bewahrt hat, mehr und mehr zurücktritt, und die gerichtlichen Vergabungen ganzer Vermögen auf den Todesfall in einer Form möglich werden, welche gestattet, über all sein Gut mit gleicher Wirkung wie bei Testamenten zu verfügen, ohne selber schon Besitz und Genuss daran aufzugeben. Jetzt fängt das Recht an, wieder für die Kinder zu sorgen, indem es ihnen ein Notherbrecht constituiert. Jetzt heisst es: wer Kinder hinterlässt, darf nicht letztwillig verfügen[3]. Und so finden wir nun, dass bei letztwilligen Vermögenszuwendungen immer erklärt wird, der Testator sei dazu befugt, weil er weder Kinder noch Eltern mehr habe[4]. Ja im 14. und Anfang des 15. Jahrhunderts müssen auch weitere Verwandte zu solchen letztwilligen Verfügungen consentieren, weil sich dieselben erst noch Bahn zu brechen haben; seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts reduciert sich die Einwilligung, also das Notherbrecht, auf Kinder und Eltern.

Man blieb aber nicht bei diesem Notherbrechte der Kinder stehen: die weitere Descendenz verlangte gleiche Berücksichtigung, seit die Bedingungen des alten Rechtes, welche die Descendenz aus-

---

[2] Vgl. überhaupt Schröder a. a. O. II 2 S 31 ff. und mit theilweiser Abweichung in Bezug auf das Erbenwartrecht in den Forschungen zur deutschen Geschichte XIX 143.

[3] So Rechtsquellen von Basel Nr 69 (i. J. 1401): daz dehein unser burger nützit vermachen noch hingeben sol yemanden . . . umb daz die rechten erben nüt enterbet werdent und inen volge, daz inen billichen und durch recht werden sol. S. auch unten Anm 7. Wenn es schon in einer Urk. von 1260 (Trouillat II Nr 69), worin Gisela von Muspach all ihr Vermögen an das Kloster Olsberg vergabt, heisst: sine filio vel filia, filiis vel filiabus seu ascendentibus haeredibus, quibus necesse haberet legitimam portionem suae substantiae relinquere, existens, so ist das wohl nur der vom geistlichen Redactor (dem Official) in römische Form gebrachte Ausdruck des deutschen Erbenbeispruchsrechtes.

[4] Ungedr. Urk. des St. Peters Stifts zu Basel 1508: vor Schultheissengericht fragt Bryda Algowerin, ob sie ihres zeitlichen Gutes einen Erben setzen, ordnen und machen könne, dieweil sie weder Vater noch Mutter noch eheliche Kinder hätte. Das Gericht erkennt: ja, weil sie weder Vater noch Mutter noch eheliche Kinder habe. Basler Gerichtsbuch von 1477—1484: Eucharius Holtzach mit Oswald Holtzach seinem Vater und Vogt ordnete, schuf, satzte und machte zu seinem rechten Erben Frau Ursel Steinmetzin seine liebe Base, ob er seines lieben Vaters Tod erleben und nachmals ohne eheliche Kinder von seinem Leib geboren abgehen würde.

geschlossen hatten, mehr und mehr hinfällig wurden. So lange die alte, auf die Hufe gegründete Hausgemeinderschaft ein dem Erbrechte heterogenes Element repräsentierte, hatten die Geschwister als die näheren Angehörigen gegolten. Indem diese gegensätzliche Bedeutung des Hauses sich abschwächte und auch die Hausgenossen in das System der Verwandtschaftserbfolge eingefügt wurden, musste die weitere Descendenz auch den Vorzug vor den Geschwistern erlangen und sofort hinter den Kindern berufen werden. Daraus entwickelte sich dann weiter in einem allerdings nicht berechtigten Doctrinarismus auch ein Gegenrecht der Ascendenz: das Notherbrecht der Enkel und Urenkel rief das Notherbrecht der Grosseltern und Urgrosseltern hervor.

Es versteht sich, dass diese Bewegung nicht überall gleichmässig verlaufen und zum Durchbruch gelangt ist; oft und viel hat das Parentelensystem ihr widerstanden oder ist nur so weit gebrochen worden, dass die Grosseltern (unter Mithilfe der römischen Computation) neben den Geschwistern zum Erbe berufen wurden[5]. Aber wo die Grosseltern den Geschwistern und deren Nachkommenschaft vorgezogen sind, tritt als Motiv hiefür jeweilen mehr oder weniger deutlich der Gedanke hervor: weil die Grosseltern den Enkeln gegenüber gebunden sind, so ist es billig, auch die Enkel den Grosseltern gegenüber zu binden. In diesem Doctrinarismus ist schon das Kl. Kaiserr. II 13, 97 befangen: der keiser hat geerbet die kint mit des vaters gut . . . . glicher wise hat der keiser den vater wider geerbet von der kinte gut. Auch dürfte dieser Gedanke zu finden sein in der häufigen Wendung: hinwiederum, hingegen sind auch die Grosseltern berechtigt; so das Stadtr. v. Heilbronn[6]: dass hinführo die Enigkhlen, Uhrenigklein . . . . ihrer Anherrn, Uhranherrn . . . . verlassene Haab erben sollen, dessgleichen hinwiederumb Vatter, Muetter, Anherr, Anfraw . . . . in ihrer Kinder, Enigklen . . . Haab und Gueter zu erben zugelassen werden. Dasselbe Motiv etwas anders gefasst, als gegenseitige Zusammengehörigkeit von Ascendenz und Descendenz im Busen, liegt in den Sippzahlregeln vor: der Busen umfasse die gesammte gerade Linie auf- und abwärts, also auch alle Ascendenten, „wenne das erbe geth nicht usz deme buszeme unde usz der rechten lyneen uffwart

[5] So in vielen schwäbischen Statuten, in Colmar, in Friesland u. a. Vgl. Wasserschleben, Princip der Erbenfolge S 61 f. 75. 91. 138. 150.

[6] Wasserschleben a. a. O. S 73. Oder das Recht der Grafschaft Baden (das. S 96): hingegen sollen Grossvater und Grossmutter, auch wenn deren keine vorhanden, andre nächste Voreltern ihre Kindskinder und fernere Descendenten auch zu erben Recht haben. Ein Anklang daran übrigens schon in Roth. 170.

adder nyderwart, dye wyle der ebenbortige buszem da ist". Mit besonders bemerkenswerther Deutlichkeit spricht sich das Basler Recht aus: i. J. 1431 (RQ Nr 119) wurde Eltern gestattet, sich gegenseitig ihr Gut zu widmen und zu vergaben, wenn die Kinder mit ihren Ehegatten solche Vergabungsverträge abgeschlossen haben ohne Willen der Eltern und diese zu enterben unterstanden haben. Enkel und Grosseltern waren in dieser Hinsicht gegenseitig noch frei, weil die Enkel zwar Erbrecht, aber noch kein Notherbrecht hatten[7]. Eine Rathserkanntnis von 1522 (aufgenommen in die GO v. 1539 Art. 163) brachte das Repräsentations- und Notherbenrecht der Enkel zu bestimmtem gesetzlichen Ausdruck und liess sich dadurch zu dem weiteren Satze verleiten (Art. 163m, RQ S 367 f.): weil nun die Grosseltern ihres Guts halb gegen ihren Kindskindern verstrickt seien, so gebühre sich von natürlichem Rechte, dass die Kindskinder harwiederum gegen ihren Grosseltern gleichergestalt verbunden sein sollen, daher auch Enkel über ihr Gut in keinen Weg verfügen, sondern es ohn alles Mittel und Fürwort an ihre Grosseltern müssen fallen lassen. Dieses Notherbrecht der Grosseltern war eine Sonderbarkeit darum, weil die Geschwister immer noch den Grosseltern in der Erbfolge vorgingen, selber aber kein Notherbrecht hatten. Es bestand daher die Inconsequenz, dass das Notherbrecht der Grosseltern mit der Erbfolge nicht mehr im Einklang war, ein Erblasser nicht testieren konnte, wenn neben Grosseltern Geschwister vorhanden waren, obschon dann die Grosseltern nicht erbten, sondern diejenigen, gegenüber welchen er Testierfreiheit hatte. Erst das Mandat von 1635 (RQ Nr 347) hob diesen Widerspruch dadurch auf, dass die Grosseltern und überhaupt die ganze weitere Ascendenz den Geschwistern gleichgestellt wurden.

Auf solche Weise ist seit dem 14. Jahrhundert das sogenannte Dreiliniensystem Wasserschlebens (d. h. das System der Erbfolge nach der Ordnung der absteigenden, der aufsteigenden und der Seitenlinie) hie und da aufgekommen und im Anschlusse daran nebst Einfluss des römischen Rechtes einfache Gradnähe in der Seitenlinie. Mit Recht macht F. v. Wyss[8] darauf aufmerksam, dass im späteren Rechte vielerorten keine Verfügungsfreiheit mehr vorhanden oder solche doch sehr eingeschränkt sei, wo sie früher bestanden habe. Es erklärt sich das aus dem geschilderten Entwicklungsgange.

---

[7] Das alte Recht hatte laut einer darauf gehenden Bezugnahme in der Gerichtsordnung von 1539 Art. 163b (Rechtsquellen I 364 f.) den Satz: Wer weder vatter, muter noch eeliche kinder hat, dass der sin gut zu vermachen fry sin sol.

[8] Die letztwilligen Verfügungen, in Z f. schweiz. Recht XIX 78.

Dass nun aber überhaupt in diesem Stand der Dinge für particuläre Rechtsbildung ein freies Feld geöffnet war, wird nicht mehr verwundern. Es finden sich nun die verschiedensten Combinationen, unbedingter Vorzug der Ascendenz vor der Seitenverwandtschaft (incl. Geschwister)[9], andrerseits Einfügung der Descendenz in die Erbfolge mit den Geschwistern zusammen[10]. Besonders hat auch die Halbgeburt vielfach dazu gedient, die Parentelenordnung zu trüben: so in Hamburg, wo halbbürtige Geschwister mit den Grosseltern zusammen erbten, in Goslar, wo sie den Grosseltern sogar nachgesetzt wurden[11], was dann weiter oft auch eine Gleichbehandlung der Elterngeschwister mit den Geschwisterkindern, der Kinder von Elterngeschwistern mit Geschwisterenkeln veranlasste. Für uns hat es keinen Zweck, dies ins einzelne zu verfolgen.

II. Bei der Nachfolge in Lehn- und Hofgüter.

§ 190. A. Lehnserbfolge[1].

Neben der landrechtlichen Erbfolge hat sich im Laufe der Zeit eine besondere lehnrechtliche ausgebildet, wie das die wachsende Stärkung der Rechte des Lehnsmannes am Lehn mit sich brachte. Die Beneficien sind anfänglich auf Lebenszeit des Empfängers gewährt worden, haben daher im Volks- (Land-)Rechte und als Rechtsinstitut desselben die Stellung von Niessbrauchsgut eingenommen, wie denn auch die Ausdrücke jus beneficiarium und jus usufructuarium identisch verwendet erscheinen. Allmählich hat sich die Erblichkeit der Lehn (beneficia, feuda) Bahn gebrochen, aber in einem weit beschränkteren Maass und nach andern Regeln als die Vererbung des Allods, nach Maassgabe der Bedürfnisse des Lehnswesens und unter steter Berücksichtigung der Rechte und der Interessen des Lehnsherrn, sodass das Lehnsgut in dieser Beziehung vom Allod streng gesondert, als Sondervermögen dem Erbgange unterliegt. Dieser kann sich mit der landrechtlichen Erbfolge in das Allod unter Umständen decken, z. B. wenn der Erblasser blos einen Sohn hinterlässt; er weicht dagegen von ihr ab, sobald in der Person des oder der Allodialerben die Bedingungen der Lehnserbfolge nicht erfüllt sind.

---

[9] Beispiel: Saarbrücker Landrecht Kap. I Art. 2 (v. Kamptz III 380).

[10] So z. B. in Hamburg. Vgl. Wasserschleben, Erbenfolge S 132.

[11] Gosl. Stat. 2, 26 f. 32 f.; Wasserschleben, Princip der Successionsordnung S 111.

[1] Homeyer, Sachsenspiegel II 2 S 444—456. 467—469; Stobbe, Handbuch V 320—331.

Weil das Lehnrecht mit auf den Waffendienst und zwar den ritterlichen Dienst des Lehnsmannes basiert ist, so wird vor allem die Erbfähigkeit von dem Vorhandensein derjenigen Eigenschaften abhängig, welche zur Leistung dieses Dienstes befähigen: Stumme, Blinde, Hand- und Fusslose sollen nicht Lehnserben sein können[2], wegen ihrer natürlichen absoluten Unfähigkeit zur Waffenführung, und Heerschildlose sind ausgeschlossen wegen Unfähigkeit zu Ritterdienst. Hieher gehören besonders Geistliche und Weiber. Wir haben schon gesehen, dass die Lehnsunfähigkeit der Frauenspersonen durch eine Lehnsvormundschaft konnte unschädlich gemacht werden, wie überhaupt in der Folge dieses Hindernis mehr und mehr beseitigt und auch den Frauen das Erbrecht eröffnet worden ist.

Aber auch innerhalb der lehnsfähigen Verwandten war der Kreis der zur Erbfolge Berufenen aufs engste gezogen. In den ersten Jahrhunderten des Lehnswesens hatte man nichts andres im Auge gehabt als die Succession des Sohnes. Diese schon früh geübte Praxis zu einem festen Rechte zu gestalten erschien selbst den kühnsten Wünschen als höchstes Ziel, und noch lange ist man in Deutschland nicht darüber hinausgegangen, während sich doch in Italien schon ein weit ausgedehnteres Erbrecht entwickelt hatte[3]. „It ne erft nieman nen len wen die vader uppe den sone", sagt noch ganz kategorisch Ssp Lehnr. 21 § 3, und überhaupt wird in diesem Rechtsbuche mit so beharrlicher Regelmässigkeit immer der „Sohn" genannt, wo vom Lehnserben die Rede ist, dass man wohl annehmen darf, es sei bis zu dieser Zeit eine Succession entfernterer Kreise nicht bekannt gewesen. Nicht einmal der weiteren Descendenz möchte ich eine solche zugestehen, da die Gründe, die im Landrechte zu Erweiterung des Erbrechtes auf die Descendenz drängten, namentlich das Repräsentationsrecht, hier im Lehnrechte weniger zur Geltung kamen. Im Laufe des 13. Jahrhunderts, dieses für so manche Rechtsinstitute bedeutungsvollen Uebergangszeitraumes, ist die Erbfolge der gesammten Descendenz zum Durchbruche gekommen[4].

Dieser engen Begrenzung des Erbrechts gegenüber, wie sie der Ssp noch enthält, geht schon die Constitution Konrads II. (edictum de beneficiis) für Italien von 1037[5] sehr viel weiter, übereinstimmend

---

[2] Ssp I 4. Zwerge, Krüppel, Aussätzige konnten auch nach Landrecht nicht erben.

[3] Vgl. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte VI 60 f.

[4] Reichsspruch von 1299 (Pertz II 473): ex quo talis decederet sine heredibus descendentibus, bona vacant ecclesie. Homeyer a. a. O. S 451.

[5] Pertz II 39: Praecipimus ut cum aliquis miles de hoc saeculo migraverit,

mit Wipos Bericht: militum animos in hoc multum attraxit, quod antiqua beneficia parentum nemini posterorum auferri sustinuit. Diese Constitution Konrads II. ist der Ausgangspunkt für das Erbfolgesystem des liber feudorum und überhaupt des späteren Lehnrechts geworden, wonach alles Erbrecht durch den Begriff des feudum paternum, ervelên, bedingt und beherrscht ist. Entsprechend der Entwicklung des Erbrechtsgedankens im Lehnswesen kann ein Lehn von seinem ersten Empfänger nur an seine Söhne vererbt werden, denn es ist ihm persönlich verliehen, und schon die Vererbung auf die Nachkommen ist grosse Begünstigung. Die Ascendenz des Lehnsempfängers geht diese Belehnung nichts an, und so entsteht hier kein Erbrecht. Weder nach Kaiser Konrads Constitution noch nach dem liber feudorum, weder nach dem sächsischen Lehnrechtsbuche noch nach dem Reichsspruche von 1299 ist von Erbrecht der Ascendenten die Rede. Ausser der Descendenz werden zugelassen Brüder und Collateralen weiteren Grades: immer unter der Voraussetzung, dass die Erbansprecher von dem ersten Empfänger des Lehns abstammen, das Lehn also für sie feudum paternum ist. Mit dem Satze, dass das Lehn nicht aus der Nachkommenschaft des ursprünglich Belehnten herausfallen darf, ist die Erbfolge der Ascendenz an sich schon undenkbar, weil es dann nie einen Ascendenten innerhalb dieser Grenze giebt, denn alle Ascendenten, durch die der letzte Inhaber das Lehn ja erst erhalten hat, müssen schon todt sein, sonst hätte es der letztere nicht[6]. Der erste Empfänger vererbt das Lehn auch nicht auf seine Brüder, weil es für sie nicht feudum paternum ist; erst bei dem Sohne des ersten Nehmers erweitert sich das Erbrecht auf seine Brüder, bei dem Enkel auf die Vettern, und nach dem Reichsspruch von 1299 hört es mit dem dritten Grade auf.

In Deutschland haben zu der Zeit, da das Lehnrecht noch nicht über die Erbfolge der Descendenz hinausgeschritten war, Lehnsverträge dazu geholfen, die Succession in weiteren Kreisen zum voraus zu sichern.

Die Interessen des Herrn haben aber noch eine weitere Beschränkung herbeigeführt. Der Herr braucht sich eine Zertheilung des Lehns unter mehrere Söhne des verstorbenen Lehnsmannes nicht ge-

---

filius ejus beneficium habeat; si vero filium non habuerit et abiaticum ex masculo filio reliquerit, pari modo beneficium habeat; si forte abiaticum ex filio non reliquerit, et fratrem legitimum ex parte patris habuerit, . . . beneficium quod patris sui fuit habeat.

[6] Vgl. I F. 1 § 2—5. 20; besonders II F. 11. 12. 14. 26. 50.

fallen zu lassen, weil eine Zertheilung des Dienstes und somit neben viel Schwerfälligkeit eine Abschwächung der Leistungsfähigkeit des Guts die Folge davon wäre. Er kann also die Belehnung nur einem Sohne gewähren, worüber die mehreren Brüder sich zu verständigen haben. Alle Interessen aber, die des Herrn an Einheit des Dienstes und die der Söhne an Genuss des Gutes, werden durch Gesammtbelehnung gewahrt. Erfolgt eine solche nicht, so müssen die nicht belehnten Brüder, und müssen unter allen Umständen die nicht lehnsfähigen Allodialerben von dem Lehnserben entschädigt werden, und zwar nach Landrecht. Es ist das eine Folge davon, dass das Lehn einen Bestandtheil des Gesammtvermögens des Vasallen bildet und von ihm im land- wie im lehnrechtlichen Verkehre nutzbar gemacht wird. Ein Lehnsmann hat vermöge seines Lehns auch im landrechtlichen Verkehre und in der durch das Landrecht beherrschten socialen Stellung eine Rolle gespielt, die er vermöge seines Allods allein nicht hätte einnehmen können. Succediert nun auch ein Sohn kraft Lehnrechtes in das Lehn allein, so darf er doch landrechtlich seine Geschwister nicht aus der socialen Stellung hinausstossen, in der sie geboren und aufgewachsen sind, er muss sie landrechtlich ausstatten[7]. Mit der Lehnserbfolge hat das nichts zu schaffen, es ist ein rein landrechtlicher Gesichtspunkt, der aber deutlich zeigt, wie eng verwachsen im Leben der Allodial- und der Lehnsbesitz gewesen sind und wie entscheidend Lehnsbesitz für die ökonomische Basis der schöffenbarfreien Geschlechter geworden ist.

§ 191. B. Erbfolge in Hofgüter.

Die Succession nach Hofrecht ergreift in der Regel, wenn nämlich der Erblasser höriger Hofgenosse ist, das ganze Vermögen desselben, und eine Erbfolge in Allod nach Landrecht existiert daneben nicht, weil ja der Hörige im Landrecht gar keine Stellung hat. Die Erbfolge nach Hofrecht ist somit in diesen häufigsten Fällen keine Specialerbfolge neben einer generellen in das Allod oder Erbe. Aber es kann auch anders sein, der Besitzer eines Hofguts kann auch Allodialvermögen haben (s. oben Bd. I S 35 f.). Für beide Fälle sind die erbrechtlichen Grundsätze bezüglich des Hofgutes die gleichen und zwar durchweg denen des Landrechts analog gebildet, worüber noch ein kurzes Wort angemessen ist.

Das Erbrecht im Hofrechte hat sich dem Heimfallsrechte des

[7] Ssp I 14 § 1 u. 2; Gosl. Stat. 13, 17 f.; Homeyer II 2 S 456.

Grundherrn sehr allmählich abgerungen. In welchen Gestalten dieses herrschaftliche Heimfallsrecht sich das ganze Mittelalter hindurch und darüber hinaus erhalten hat, ist schon Bd. I § 32 erörtert. Es ist hauptsächlich für die Fahrnis in Geltung geblieben, während für die Liegenschaft das Erbrecht der Verwandten durchgedrungen ist. Und zwar findet sich hier vorwiegend nicht die enge Begrenzung auf einen kleinen Kreis von Berechtigten, obwohl je nach der Stärke der grundherrlichen Rechte hierin Unterschiede bemerkbar sind[1]. Im ganzen aber geht das Erbrecht des Hofrechtes dem landrechtlichen parallel, wie denn beispielsweise in der Schweiz den Offnungen der Grundherrschaften so gut wie den Stadt- und Landrechten der Satz angehört, dass Vatermagen bis ins vierte Glied den Muttermagen vorgehen[2]. Hier im Hofrecht haben ja auch die besonderen Gründe gefehlt, welche im Lehnrechte zu einer Beschränkung des erbberechtigten Kreises geführt hatten. Namentlich ist von Einfluss gewesen, dass die Besitz- und Erbverhältnisse nicht erst mit dem Hofrechte neu begründet wurden, sondern vorher schon bestanden hatten. Eine Menge Dörfer und Markgenossenschaften sind ja erst im Laufe der Zeit grundherrlich geworden, und haben dann ihr altes aus dem Landrechte stammendes Erbrecht beibehalten, blos mit den Modificationen, welche das darüber gestellte Herrenrecht nothwendig gemacht hat. So hat namentlich das Interesse des Grundherrn darin seinen Einfluss geübt, dass zur Verhinderung der Zertheilung der Hofgüter Vorzugsrechte, hier besonders des jüngsten Sohnes, sind eingeführt worden, sobald die früher die Regel bildenden Gesammthandsverhältnisse zu zerbröckeln begonnen haben.

Auf einen aus dem alten volksrechtlichen Dorfverbande herrührenden Zustand weist sehr entschieden auch das vielfach erhalten gebliebene Recht des Heimfalls der erblosen Güter an die Genosssame, hier nur umgestaltet in das Recht der nächsten Nachbarn[3]. Diese Umgestaltung erklärt sich vielleicht dadurch, dass die Bauern bei Unterwerfung ihrer Güter unter Grundherrschaft dem neuen Herrn die Befugnis eingeräumt hatten, mangels von Erben ihnen einen Nachfolger aus der Gemeinde zu bestimmen, wenn etwa UB. St. Gallen Nr 398 dahin darf verstanden werden: Post obitum meum sive uxoris, si mihi

[1] Beschränkung auf Kinder bei Grimm I 3 Z. 21 v. u. und sonst. Vgl. übrigens Bd. I S 138.

[2] Z. B. Stäfa, Altorf: Grimm, Weisth. I 47 § 23, I 14 § 34 u. sonst.

[3] Z. B. Grimm, Weisth. I 47 § 26, S 80 Z. 10 v. o., S 87 Z. 4 v. u., S 100 Z. 15 v. u., S 141 § 17, S 146 Z. 22 v. o., S 246 Z. 12 v. o.; Gierke in Z f. RG XII 471.

heres deest, tunc ad jus praepositi et advocati seu populorum pertineat quem ipsi elegerint mihi proximum fuisse, qui easdem res in eundem censum habeat sicut et uxor et filii.

III. Bei der Nachfolge in Heergewäte und Gerade.

§ 192. A. Erbfolge in Heergewäte.

Ad quemcunque hereditas terrae pervenerit, ad illum vestis bellica, id est lorica, et ultio proximi et solutio leudis debet pertinere. lex Angl. et Wer. 31. Diese Stelle, die älteste Nachricht über das Heergewäte, d. h. das Heergewand, vestis bellica, giebt auch zugleich den erwünschtesten Aufschluss über das Motiv des singulären Erbrechtes, das daran bestanden hat. Die hereditas terrae gelangt laut Art. 30 an den proximus paternae generationis, d. h. an den nächsten Schwertmag, ihm liegt auch in erster Linie die Pflicht der Blutrache ob; nehmen wir dazu, dass er ebenso das erste Anrecht auf die Munt der Hausangehörigen des Verstorbenen hat, also er der nächste zur Vertretung der Familie und ihrer Vestitur, kurz des gesammten vom Verstorbenen hinterlassenen Hauswesens Berufene ist, und diese Vertretung täglich mit der Waffe in der Hand durchzufechten in den Fall kommen kann, so verstehen wir, dass die der Hand des Verstorbenen entfallende Waffe, die durch seinen Tod ledig werdende Rüstung demjenigen zufällt, welcher nunmehr in der Herrschaft über das Haus und in Ausübung der damit verbundenen Rechte und Pflichten an seine Stelle tritt. So ergiebt sich die Erbfolge des nächsten Schwertmags in das Heergewäte.

Diese Specialsuccession hat sich nur im sächsischen Rechte erhalten, das süddeutsche kennt das Heergewäte blos noch in den früher (Bd. I § 32) besprochenen hofrechtlichen Reminiscenzen. Dem Sachsenspiegel ist das Heergewäte, entsprechend seiner ursprünglichen Bedeutung, nur bei Ritterbürtigen bekannt[1]; natürlich, denn es besteht aus der ritterlichen Waffenrüstung, Ssp I 22 § 4 zählt es vollständig auf: das Schwert, das beste Streitross gesattelt, der beste Harnisch für einen Mannesleib, ein Heerpfühl (Feldbett) und bescheidene Feldtoilette. Mehrere gleich nahe Schwertmagen theilen das Heergewäte, nur nimmt der älteste das Schwert voraus, Ssp I 22 § 5. Mangels von Schwertmagen erben nicht die sonstigen Verwandten, sondern das Heergewäte wird erbloses Gut und fällt an den Richter, Ssp I 28.

[1] Ssp I 27 § 2: Jewelk man von ridderes art erft . . . it herwede an den nesten svert mach. Svelk man von ridderes art nicht n'is, de let hinder ime erve to nemene, unde nein herwede.

Schon der Ssp I 22 § 4 deutet an, dass der alte Sinn des Heergewätes verkannt und verunstaltet worden, indem er zu der Aufzählung der einzelnen Gegenstände bemerkt, das sei das gemeine Heergewäte, doch setzen die Leute mancherlei Dinge hinzu, die nicht dazu gehören. Man hatte schon angefangen, den Begriff und das Recht des Heergewätes auf Gegenstände anzuwenden, welche zu dem alten Wesen desselben nicht mehr passten, insonderheit wenn man auch bei andern Ständen als der Ritterschaft, bei Leuten, welche gar nicht mehr oder nur ausnahmsweise und in Nothfällen die Waffen führten, dieses Institut zur Geltung brachte. In den Städten wurde als Heergewäte behandelt das Handwerkszeug und dann Alles, was der Mann im ausschliesslichen Gebrauche hat. Die Statuten der westfälischen Stadt Rüden von 1310[2] zählen für jeden Handwerker das Heergewäte auf, und da mag man sich noch gefallen lassen, wenn bei dem Schmied seine Hämmer, bei dem Zimmermann seine Beile und Barten aufgeführt werden, aber schon ins Lächerliche geht es, wenn als das Heergewäte des Schneiders seine Scheeren, als das des Wollenwebers seine Spuhlen und Kloben figurieren. — Die letzten Ausläufer dieses Rechtsinstituts liegen in dem Satze heutiger Gesetzgebungen, dass die Söhne auf die Waffen, die Kleider, die Bibliothek u. dgl. des Vaters ein Vorrecht vor den Töchtern haben, sei es als Voraus, sei es gegen mässigen Anschlagspreis.

§ 193. B. Erbfolge in die Gerade.

Die Gerade, im Mittelalter gleich dem Heergewäte nur als Institut des sächsischen Rechtes erhalten geblieben, hat uns im ehelichen Güterrechte schon einlässlich beschäftigt. In dem dort ins Auge gefassten Zusammenhange ist sie uns immer nur als die Aussteuer der Ehefrau, bezw. als der an die Stelle der Aussteuer getretene Fahrniscomplex begegnet, der bei Auflösung der Ehe an die Frau oder ihre Erben zurückfällt. Damit ist aber ihre Bedeutung im Rechte nicht erschöpft; sie ist auch Gegenstand einer Specialerbfolge. Diese Thatsache erklärt sich nicht aus der Eigenschaft der Gerade als Aussteuer, denn es ist kein Grund abzusehen, warum das, was die Tochter an Fahrnis aus dem elterlichen Hause in die Ehe mitgebracht hat, anderm Erbgange unterliegen sollte als eine ihr zugefallene Liegenschaft. Auch der Umstand, dass die Gerade die der Verwaltung der Hausfrau unterstellten Gegenstände umfasst, würde für sich allein kein

[2] UB. Westfalen (Seibertz) II Nr 540 Art. 45 ff. Auch bei Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 146 Nr 40.

völlig befriedigendes Motiv bieten. Höchstens wäre die Specialerbfolge dann genügend durch die Natur der Geradeobjecte an sich motiviert und verständlich, wenn es sich um Sachen handeln würde, welche von den Frauen allein zu gebrauchen sind und nur für sie einen Werth haben; aber das ist bei der Mehrzahl derselben nicht der Fall.

Immerhin steht das Specialerbrecht auch mit der Aussteuerqualität der Gerade und mit der von ihr in der Haushaltung eingenommenen Rolle in einem gewissen Zusammenhange. Ich denke darüber so:

Zunächst sehen wir, dass die Gerade durchaus nicht einzig und immer Aussteuer ist. Denn sie kommt im Vermögen jeder Frauensperson vor, auch unverheirateter Frauen, welche nie eine Aussteuer erhalten haben. Ssp I 27 § 1 sagt: jedes Weib (jewelk wif) vererbt ihre Gerade auf ihre nächste Niftel. Immer also, wenn eine Frauensperson stirbt, tritt eine Erbfolge in Gerade ein, und zwar succediert die nächste Niftel, d. h. die nächste weibliche Verwandte von Weiberseite.

Dieses Erbrecht der mütterlicherseits verwandten Weiber, das wir im Anfange der deutschen Rechtsgeschichte noch als die ganze Fahrnis beherrschend gefunden haben, hat sich nur noch für die Gerade erhalten. Warum das? Weil es die Gegenstände sind, welche in jedem Haushalte unter die Verwaltung der Frau gestellt bleiben und als die zur Aussteuer dienenden Sachen gebräuchlich sind. Diese zwei Umstände können stark genug wirksam gewesen sein, um das alte ausschliessliche Erbrecht der Mutterseite und der darin durch Weiber vermittelten weiblichen Verwandten festzuhalten, nachdem es sich im übrigen überlebt hatte. Sie wären aber aus sich allein kaum stark genug gewesen, ein solches Erbrecht gegenüber ursprünglich ausschliesslicher und vollständiger Agnatenerbfolge neu zu bilden. In den Gegenständen, welche der Verwaltung der Frauen anheim gegeben sind und gewöhnlich auch die Aussteuern bilden, hat sich also das alte Recht, die Succession der Weiber von der Mutterseite in die Fahrnis, erhalten; das ist auch sonst leicht verständlich: diese Gegenstände stehen nicht in dem nothwendigen Zusammenhange mit Grund und Boden und dessen Bewirthschaftung, ihr Schicksal konnte von dem der Liegenschaften gesondert gehalten werden; daher, als das Grundeigenthum der maassgebende Factor für das Vermögen und die Erbschaft wurde, und der Begriff des Erbes geradezu in dem Hofe, der Liegenschaft seinen Mittelpunkt fand, zog das unbewegliche Gut von den zum täglichen Gebrauch bestimmten Fahrnissen nur die zu seiner Bewirthschaftung nothwendigen Mobilien auch in den Bereich des Erbes, für das sich die neue Erbfolge gebildet hatte, und liess

die Haushaltungsgegenstände als Frauenfahrnis dem bisherigen Erbrechte des Weiberstammes zurück.

Die Gerade tritt als Witwengerade oder als Niftelgerade auf. Die erstere gehört nicht in das Erbrecht: bei Tod eines Ehemanns nimmt dessen Witwe die Gerade nicht kraft Erbrechts, denn der Mann vererbt nach Ssp I 27 § 2 nur Erbe und Heergewäte, sondern kraft ihres Antheils am Fahrnisvermögen (oben S. 394).

Ein Erbgang in die Gerade tritt nur ein, wenn eine Ehefrau, oder eine Witwe, oder eine unverheiratet gewesene Frauensperson stirbt. Dann fallen die Geradegegenstände an die nächste Niftel, welche also in allen diesen Fällen Specialerbin der Verstorbenen für die Gerade ist. Selbst den Söhnen geht eine solche, vielleicht weit entfernte Verwandte vor. Das Recht hat hier manche sinnige Einzelheiten ausgebildet: mit der Tochter theilt der weltgeistliche Sohn die Gerade, denn er darf nicht heiraten und hat daher keine Aussicht, dass ihm eine Braut die zur Ausstaffierung seines Hauswesens nöthige Aussteuer beibringen werde (Ssp I 5 § 3). Dem Witwer sodann muss die Niftel, damit er nicht des nothwendigsten Hausrats entblösst werde, als Competenzstücke zurücklassen sein Bett, seinen Tisch mit Tischlaken, seine Bank mit einem Pfühl, seinen Stuhl mit einem Kissen (Ssp III 38 § 5).

Erblose Gerade fällt wie erbloses Heergewäte an den Richter (Ssp I 28).

Zweiter Abschnitt.

Verfügungen auf den Todesfall.

Erstes Kapitel.

Künstliche Erbenschaffung.

§ 194. I. Affatomie und Thinx.

Das berühmte taciteische nullum testamentum (Germ. 20) erweist sich für die alte Zeit als vollkommen wahr, nicht blos in dem Sinne, dass letztwillige Verfügungen nach Art der römischen Testamente nicht zugelassen waren, sondern auch in dem weiteren, dass überhaupt einseitige und widerrufliche Vergabungen von Todes wegen keiner rechtlichen Anerkennung genossen. Wer Angehörige in Haus oder Sippe hinterliess, die von Rechts wegen zur Erbfolge berufen waren, konnte sich keinen andern Erben setzen. Blos dem Familien- und Verwandtschaftslosen eröffnete das Recht schon seit den ältesten Zeiten die Möglichkeit, sich einen Erben zu schaffen. Das Rechtsgeschäft, wodurch dieser Erfolg herbeigeführt wurde, die Affatomie des fränkischen Volksrechts, das Thinx oder Garethinx des langobardischen Edicts, wird in lex Rib. 48 als adoptare in hereditate bezeichnet.

Adfatimire will sagen: mit ausgestreckten Armen umfangen und an den Busen drücken, in den Schooss aufnehmen[1], also, da den

[1] Schade, Altdeutsches Wörterbuch 2. Aufl. S 156: as. fathmôs, beide ausgestreckte Arme; ags. fädhm, ausgespannte Arme, Busen, Schooss. Vgl. Wilbrandt, Etymologische Erklärung des verbum adfatimire, in Z f. DR V 182; v. Amira, Erbenfolge S 58 f. Eine volksetymologische Umgestaltung oder richtiger eine falsch-gelehrte Umdeutung des Wortes affatimire könnte das affratare im Regesto di Farfa II Nr 36 (v. J. 754) sein: Constat nos Bonualdum et Radulum

Busen die Leibeserben bilden, sich einen Leibeserben künstlich schaffen. Die Voraussetzungen, unter denen dieses Rechtsgeschäft steht, können sich mit einiger Sicherheit aus der Form desselben ergeben. Die lex Sal. 46 berichtet darüber, dass der Erblasser in gebotenem Ding vor dem Thunginus einem Mittelsmann (Salmann) sein Vermögen oder den Theil desselben, den er dazu bestimmt, in getreue Hand übergeben soll, und der Salmann nach Vornahme feierlicher Handlungen in dem Gute des Erblassers, welche seine Verfügungsgewalt constatieren, binnen zwölf Monaten nach Tod des Disponenten das Vermögen an den ihm bezeichneten Erben vor dem König oder im echten Ding zu übergeben hat (Bd. I S 215). Für uns ist hier besonders wichtig die traditio ante rege aut in mallo: es ist eine Handlung, die ursprünglich vor Gericht, also in der Versammlung des Volkes stattgefunden hat, daher sie im langobardischen Edict geradezu Thinx oder Garethinx heisst[2], und den König werden wir uns später an die Stelle des Volkes getreten denken dürfen. Das weist uns darauf, dass es sich um ein Vermögen handelt, welches durch den Tod seines Inhabers erblos würde; erbloses Gut aber fällt in ältester Zeit an das Volk zurück, und dieses bestimmt einen Abnehmer für dasselbe, worauf die oben S 616 mitgetheilte St. Galler Urkunde (Nr 398) deutet. Mit der Stärkung der Königsgewalt hat der König, auch hierin wie in andern Sachen das Volk ersetzend, das Recht auf erbloses Gut erhalten. Durch die Affatomie soll der Heimfall des Vermögens als erblosen Gutes an Volk oder König verhindert werden; es bedarf daher hiezu der Genehmigung des Heimfallsberechtigten, der Volksgemeinde oder des Königs, er muss den Nachlass zu Gunsten des in hereditatem adoptatus oder des heres appellatus (lex Sal. 46 § 1 i. f., § 2 i. f.) freigeben[3]. Demgemäss dürfen wir vielleicht für die älteste Zeit der lex Salica annehmen, dass nur in den Fällen, wo selbst bis in die letzte Generation hinauf kein Verwandter mehr vorhanden war, die Affatomie Platz greifen konnte, dass also jeder auch im letzten Grade erbberechtigter Verwandtschaft stehende Verwandte sie ausschliessen konnte. Ich sage: vielleicht, weil einerseits nach

germanos te Martianulum germanum matris nostre in substantiuncula nostra affratamus et in tertia portione te heredem esse volumus. — Affratare ist Aufnahme als Bruder, das spätere raffraracher.

[2] Vgl. Pappenheim, Launegild und Garethinx (Gierke, Untersuchungen zur deutschen Staats- u. Rechtsgeschichte XIV) bes. S 68; Schupfer im Archivio giuridico XXXI 509 ss.; ders., Nuovi studi sulla legge Udinese. Roma 1882.

[3] Ante regem = per regem: Sohm, Fränk. Recht und röm. Recht, in Z der Sav.-Stift., germ. Abth. I 35.

langobardischem Edict (Roth. 170) nur Kinder- und Elternlosigkeit, nach lex Rib. 48 sogar einzig die Kinderlosigkeit, als Voraussetzung des Thinx bezw. der Affatomie gilt[4], und andrerseits selbst bei Vorhandensein von Kindern dem Vater eine Affatomie über das durch Abtheilung mit ihnen freigemachte Vermögen gestattet ist (oben S 582). Dafür, dass ursprünglich auch bei den Langobarden die Statthaftigkeit des Thingierens durch das Vorhandensein von Verwandten beliebigen Grades ausgeschlossen war, dürfte in Roth. 360 eine Andeutung gefunden werden, wo die Zulassung eines Verwandten, qui res suas alii thingavit, als Eideshelfer verworfen wird, weil diese Thatsache eine gravis inimicitia bekunde; was noch immer als Ausdruck feindseliger Gesinnung galt, obschon das Recht sich bereits dazu hatte herbeilassen müssen, es zu erlauben, mag wohl früher ganz verboten gewesen sein.

Ueber den inneren Gehalt der Affatomie ist das in lex Sal. 46 beschriebene Verfahren sehr belehrend. Man fragt sich, wozu diese Weitläuftigkeit der Vergabung durch einen Mittelsmann gedient habe, und warum der Erblasser nicht direct demjenigen, den er zum Erben berufen (heredem appellare) wollte, das Vermögen per festucam in den Schooss geworfen habe. Die Antwort dürfte sein, dass damit dem Erblasser nicht gedient gewesen wäre: er wollte sich des Vermögens nicht sofort entäussern, und doch hätte er dem zu Adoptierenden nicht anders als durch sofortige Uebergabe ein festes Recht sichern können. Das Verfahren, wie es in der lex Sal. vorgeschrieben ist, hat nach Form und Inhalt die grösste Aehnlichkeit mit dem altrömischen fideicommissum, dessen Schwächen bezüglich Festigkeit des eingeräumten Rechtes es theilt. Dem Salmann war nicht aufgelassen, der Erblasser war nicht aus seinem Gute gegangen, er hatte es selbst während des vorübergehenden Wohnens des Salmanns in seiner Hütte schwerlich verlassen, die rechtliche Bedeutung der Uebergabe an den Salmann war (vgl. oben Bd. I S 216) eher Bevollmächtigung zu späterer

[4] Woraus wir freilich ebenso wenig schliessen dürfen, dass schon bei Kinderlosigkeit der Nachlass erblos wurde; das widerspricht allem, was wir sonst vom alten Erbrecht wissen. Wahr ist, dass hie und da von Confiscation des Vermögens kinderlos sterbender Personen die Rede ist, vgl. Roth, Beneficialwesen S 218; Fahlbeck, La royauté et le droit royal des Francs S 177. 220 f.; bes. Greg. Tur. VI 22: res Nonnichii comitis, quia absque liberis erat, diversis a rege concessae sunt. In diesem Falle handelt es sich entweder um Beneficien, die dem Heimfall unterlagen, oder um Confiscation eigenen Vermögens, weil dieser Graf durch falsche Anklage gegen den Bischof von Chartres scandalum seminaverat. Ein erbrechtliches Princip aber ist hieraus nicht zu abstrahieren.

Uebertragung an Statt des Erblassers; das war seiner Treue anheim gegeben worden, und der Hauptakt für den Uebergang des Vermögens ist daher nicht die Bestellung des Salmanns, sondern die definitive Tradition seitens des letzteren an den Destinatär; sie, nicht jene, bedarf der Erlaubnis des Volks oder des Königs und muss daher im echten Dinge oder vor dem König stattfinden.

Dagegen wird nun durch dieses Rechtsgeschäft eine wirkliche Universalsuccession hergestellt, nicht Singularsuccession in einzelne Gegenstände des Nachlasses. Die fortuna wird in den Schooss geworfen, der Bedachte wird als Erbe geschaffen und muss auch, wie das langobardische Recht das wohl in Roth. 174 und Areg. 10 deutlich genug zu erkennen giebt, mit den Activen des Erblassers auch dessen Passiven, soweit als der natürliche Erbe das thun muss, übernehmen[5].

Somit erscheint die Affatomie oder das Thinx des ältesten Rechts als eine eigentliche Aufnahme eines extraneus in den Busen, d. h. in die Eigenschaft des nächsten Erben, mit allen Wirkungen der Erbfolge. Sie führt zurück auf einen Rechtszustand, wo das Volk einem erblosen Manne einen Erben setzte (quem elegerint proximum fuisse, UB. St. Gallen Nr 398), und zeigt die Abschwächung dieses Rechts der Gemeinde darin, dass die Bestimmung des Erben dem Erblasser selbst überlassen ist. In diesem Stadium der Entwicklung ist der König in die Stelle des Volks getreten; wäre es schon früher geschehen, zu einer Zeit, da das Volk noch das Recht der Erbenernennung ausschliesslich selbst übte, so wäre wahrscheinlich der Verzicht auf diese Befugnis zu Gunsten des Erblassers nicht eingetreten, der König hätte sie nicht preisgegeben.

Bei dieser Auffassung des historischen Entwicklungsganges und der Stellung, welche die Affatomie in demselben einnimmt, wird, wie mir scheint, manches Räthselhafte, das dieses Institut umschwebt, gehoben, vor allem tritt nun sein inneres Motiv und damit auch seine spätere Entwicklung in ein klareres Licht und in einen verständlicheren Gesichtskreis. Gewöhnlich erblickt man in der Affatomie den ersten Angriff auf das Princip der absoluten Unstatthaftigkeit letztwilliger Verfügungen; sie soll eine Vergabung von Todes wegen gewesen sein, und ohne wesentliche Veränderung ihrer Natur in den späteren Vergabungen vor gehegtem Ding sich fortsetzen. Aber sie ist offenbar mehr als blosse Vergabung von Todes wegen, sie ist eigentliche Creation eines Erben, die Ausdrücke heredem appellare, in hereditatem adoptare, fortunam deputare u. dgl. sprechen zu entschieden

[5] Worüber Näheres bei Pappenheim S 69—75 nachzusehen.

dafür. Ebenso gewiss ist ferner, dass sie noch in fränkischer Zeit in eine blosse Vergabung auf den Todesfall übergeht. Das wäre gar nicht begreiflich, wenn die Affatomie zu dem Zwecke der Ermöglichung einer letztwilligen Erbeinsetzung im Widerspruche mit der bisherigen Ausschliesslichkeit des Verwandtenintestaterbrechtes wäre eingeführt worden; denn dann müssten wir sagen, der erste Sprung sei zu hoch genommen worden, und man habe sich auf der Höhe nicht halten können und habe wieder auf ein bescheideneres Maass zurückgehen müssen. Solches passiert etwa heutzutage bei Gesetzgebungen, die im Eifer über das Ziel schiessen und nach einiger Zeit die schärfsten Spitzen an ihrem Product wieder abzubrechen genöthigt sind. Aber für das Zeitalter der Völkerwanderung ist das nicht anzunehmen. Die Schwierigkeit verschwindet, wenn wir die Affatomie nicht als ein zu Gunsten der Testierfreiheit des Erblassers neu eingeführtes Institut, sondern als die Modification (und zwar Abschwächung) der vom Volke vorgenommenen Erbenwahl für den erblosen Mann betrachten. Denn nun begreifen wir, dass je mehr diese ursprüngliche Befugnis des Volkes, also die Herkunft der Affatomie, in Vergessenheit gerieth, auch diese letztere selbst ihr innerstes Wesen einer Erbeinsetzung verlieren musste, und sich nur durch Beugung unter das Princip der Vergabung von Todes wegen noch am Leben erhalten konnte. Die heredis appellatio der Affatomie ist nicht aus dem Motive einer freieren Gestaltung des Verfügungsrechtes auf den Todesfall entsprungen, bildet daher nicht den Anfang und den Ausgangspunkt der Bewegung, welche in der Aufnahme des römischen Testamentsprincips ihren Abschluss gefunden hat, sondern sie ist der letzte Ausdruck eines schon in fränkischer Zeit antiquierten Rechtsgedankens, und hat daher bald ihr inneres Wesen eingebüsst. Denn was wir unter den Karolingern als adfatimus, affatomia bezeichnet finden, ist nicht mehr die alte Erbenberufung, und selbst der Name verschwindet darum vollständig.

§ 195. II. Uebergang zur Vergabung von Todes wegen.

Die lex Ribuaria 48 kennt den adfatimus noch als die adoptio in hereditatem und fordert die Vollziehung vor dem König, aber sie hat für denselben schon eine wesentlich erleichterte Form eingeführt, womit sie zugleich den Uebergang zur Vergabung von Todes wegen ins Werk setzt: der adfatimus erfolgt per scripturarum seriem seu per tradicionem et testibus adhibitis, d. h. in der Form der traditio von Grundstücken per chartam gemäss tit. 59. Aber tiefer greifen zwei andere Veränderungen, die das Wesen des Instituts selbst er-

fassen, einmal die Erweiterung seines Anwendungsgebietes, indem nur noch das Vorhandensein von Kindern ein Hindernis für seine Vornahme bildet, und sodann in einem vom Gesetze speciell hervorgehobenen Hauptfalle, der Affatomie zwischen kinderlosen Eheleuten, der Verzicht auf Erbberufung im strengen Sinne, indem nach tit. 49 der überlebende Ehegatte blos das Recht erhalten kann, aus dem Vermögen Vergabungen an fromme Stiftungen zu machen und es zu seiner Nothdurft zu gebrauchen, im übrigen aber er als Usufructuar gilt und nach seinem Tode das Vermögen an die gesetzlichen Erben beider zurückfällt [1].

Damit ist aber die Einheit des Princips schon stark gefährdet, wie eben der ursprünglich maassgebende Gedanke schon in der Auflösung begriffen ist. Zwei einander von Haus aus fremdartige Institute gehen eine Verbindung ein: die adoptio in hereditatem (Affatomie) und die sonst schon üblichen donationes post obitum. Diese beiden Institute haben bisher neben einander einen ganz verschiedenen Zweck verfolgt: jenes die Creation eines Erben, dieses die Zuwendung eines einzelnen Vermögensstückes; beides hat sich in verschiedener rechtsgeschäftlicher Form vollzogen, und wenn auch Salmann und festuca bei den Vergabungen von Todes wegen ebenfalls figurieren können und figurieren, so ist doch damit nur ein äusserlicher Berührungspunkt hergestellt. Aber gerade an dieser äusserlichen Beziehung hält sich die Affatomie fest, während ihr innerstes Wesen in die Brüche geht, und sie gestaltet sich zu einer Vergabung von Todes wegen um und zwar zu einer neuen Art derselben, zu der Vergabung eines ganzen Vermögens oder einer Quote eines solchen.

Die Periode des fränkischen Reiches ist die Zeit des Uebergangs der Affatomie in die traditio post obitum. Das zeigt sich schon in Betreff der Form. In der eben angeführten Markulfischen Formel I 12 ist es noch der König, vor welchem die gegenseitige Vermögenswidmung zweier Ehegatten zu Niessbrauchsrecht stattfindet. Dem steht noch nahe genug die Vollziehung solchen Geschäftes in mallo ante comitem vel reliquos racineburgis [2]; aber wie gewöhnliche Vergabungen und Traditionen keiner gerichtlichen Mitwirkung bedürfen, so werden auch bereits die Zuwendungen per affatimum einfach in der Form der traditio

[1] Daher die auf diesen Titel angepasste Formel Marc. I 12 (Zeumer S 50 = Rozière Nr 253) sagt: Supraestis omnes res eorum usufructuario ordine debeat possidere, et post amborum discessum tam ad loca sanctorum quam benemeritis vel eorum propinquis debeant revertere heredis.

[2] Rozière Nr 252 = form. Sal. Merk. Nr 16 (Zeumer S 247).

cartae abgeschlossen[3]. Ebenso erscheint die Berufung von Grosskindern in das dem Grossvater durch Abtheilung mit den Kindern frei gewordene Vermögen unter dem Namen des adfatimus in der reinen Gestalt aussergerichtlicher traditio post obitum per chartam[4]. Aber bedeutungsvoller ist wohl der Umstand, dass selbst Vergabungen einzelner Sachen als affatimum bezeichnet werden, obschon doch hier der alte Sinn der Affatomie als einer Erbenberufung ganz zurückgetreten ist, wie z. B. die sogar a die praesente in Kraft tretende Zuwendung eines einzelnen mansus vom Grossvater an den Enkel affatimum genannt wird[5] und ein Schenker bei Vergabung einer villa unter Vorbehalt des Niessbrauchs sich der alten Form der Affatomie, der laesiwerpitio per manum regis, bedient[6]. Wir sehen daraus, dass eine völlige Amalgamierung der beiden Institute im Flusse begriffen ist, und zwar unter gegenseitiger Einwirkung und Mittheilung: die Affatomie wird zur donatio post obitum, und die Vergabung von Todes wegen kleidet sich etwa zur Seltenheit in die alte Form der Affatomie. Dass ein Schwanken der Meinungen dadurch hervorgerufen wird und Unsicherheiten entstehen, vermögen wir aus der Gesetzgebung jener Zeit deutlich zu erkennen. Unter Karl d. Gr. muss zu tit. 48 der lex Rib. die Zusatzerklärung gegeben werden: qui filios non habuerit et alium quemlibet haeredem sibi facere voluerit, coram rege vel coram comite et scabineis vel missis dominicis, qui tunc ad justitias faciendas in provincia fuerint ordinati, traditionem faciat[7]. Hier ist der Gedanke noch festgehalten, dass die Affatomie Erbenberufung sei, aber keine zwei Jahrzehnte später versteht man das nicht mehr, und das Cap. VII zur lex Sal. von 819 c. 10 (Behrend S 115) giebt eine wahre Verlegenheitsauskunft: De affatomie dixerunt, quod traditio fuisset. De hoc capitulo judicaverunt, ut sicut per longam consuetudinem antecessores eorum facientes habuerunt, ita et omnes qui in lege Salica vivunt, inantea habeant et faciant. Offenbar sollte die Frage gelöst werden, wie man sich in den Fällen, wo das Gesetz von Affatomie spricht, zu benehmen habe[8], und diese Frage wird dahin

[3] Rozière Nr 251 = form. Sal. Lindenbr. 13 (Zeumer S 276): per duas epistolas adfadimas. Ferner Rozière Nr 248 u. 249 = Marc. II 7. 8 (Zeumer S 79 f.) ebenfalls aussergerichtliche gegenseitige Vermögenswidmungen zu Niessbrauch unter Ehegatten.

[4] Rozière Nr 134 = form. Sal. Merk. Nr 24 (Zeumer S 250).

[5] Rozière Nr 168 = form. Sal. Merk. Nr 25 (Zeumer S 251).

[6] Rozière Nr 216 = Marc. I 13 (Zeumer S 51).

[7] Cap. in lege Rib. mitt. von 803 c. 8 (Boretius I 118).

[8] Im salischen Recht spricht von ihr ausser dem tit. 46 auch das Cap. I ad leg. Sal. c. 8 (Behrend S 91).

beantwortet, dass es eine traditio sei, mit der man es halten möge, wie es seit alter Gewohnheit gehalten worden. Die Schwierigkeit, in die man gerathen, ist dadurch natürlich nicht gehoben.

Worin lag denn aber die Schwierigkeit? Der eben angeführte Zusatzartikel zu lex Rib. 48 deckt sie uns auf, indem er heredem facere und traditionem facere identificiert, während doch beide Dinge ihrer Natur nach verschieden sind. Die traditio, die Sale, vermag nur Eigenthum (überhaupt dingliche Rechte) zu übertragen, nicht die Succession in ein Vermögen mit Forderungen und Schulden zu bewirken. Wir werden im weiteren Verlaufe sehen, dass das ganze Mittelalter mit seinen Vergabungen gesammter Vermögen oder Vermögensquoten an diesem inneren Widerspruche laboriert hat und nicht zu voller Klarheit über die juristische Natur dieser Vergabungen und zu sauberer Abgrenzung, sei es gegen das Erbrecht, sei es gegen das Sachenrecht, gelangt ist, bis unter dem Einfluss des späteren Testamentsrechtes die Ausbildung in erbrechtlichem Sinne hat erfolgen können. Die schon in früher fränkischer Zeit eingeschlagene und das Mittelalter hindurch festgehaltene Richtung geht auf ein Ausstossen des erbrechtlichen Elements aus der Affatomie und ein Hinüberleiten derselben unter die Grundsätze der Uebertragung des Eigenthums an einzelnen Sachen auf den Todesfall (wovon der § 99 gehandelt hat).

Das wichtige Resultat, das durch diese Bewegung ist erreicht worden, besteht darin, dass eine Vergabung von ganzen Vermögen oder von Vermögensquoten auf den Todesfall gleich den Vergabungen einzelner Sachen, also grundsätzlich ohne erbrechtliche Wirkung für den Bedachten, ermöglicht wird. In diesen Vergabungen ganzer Vermögen lebt die alte Affatomie, allerdings verkümmert, fort, denn sie entstammen ihrer inneren Natur nach doch nicht den Vergabungen einzelner Sachen, obschon sie sich denselben vollständig angeschlossen haben; die Idee, die sie erzeugt hat, stammt vielmehr aus dem Samen der Affatomie. Das zeigt sich sofort, schon in karolingischer Zeit, in einer sehr beachtenswerthen Erscheinung. Bekanntlich kann eine Fahrnissache nicht auf den Todesfall verschenkt werden, so dass der Schenker sie bis zu seinem Tode behält, die Erben sie dann herausgeben müssen (s. oben S 199). Nun finden wir aber schon seit dem 8. Jahrhundert Vergabungen von Fahrniscomplexen, Fahrnisvermögen auf den Todesfall in Uebung. Von sachenrechtlicher Seite wäre man nie dazu gekommen, denn welcher Anlass hätte bestehen können, für Fahrniscomplexe zu gewähren, was man bei einzelnen Fahrnissachen beharrlich verweigerte? Diese Vergabungen lassen sich nur als Aus-

fluss der Affatomie denken, sie erscheinen noch als Berufung zur Nachfolge in das Vermögen. Man sehe nur den Wortlaut einiger derselben:

UB. St. Gallen Nr 191: Ego A. trado ad monasterium s. Galli quicquid in die exitus mei de hac luce in peccuniali causa non datum et non usatum reliquerim, id est caballis domalibus cum cetero troppo, caballis cunctis, auro argentoque, scuta cum lanceis, vestibus vel omnibus utensilibus, quas in die obitus mei non datas alicui et non usitatas reliquerim, trado ut nullo contradicente quicquid in die obitus mei reliquerim, ad cenobium permaneat stabilitate perpetua ad habendum.

C. d. Fuld. Nr 202: Ego L. trado ad s. Bonifatium quicquid elaboravi id est psalterium lectionarium euangelium antiphonarium gregorialis omelie de plurimorum sanctorum dictis calicem et patenam; de pecoribus caballos II boves II porcos XX oves XX, ea ratione ut hec habeam ad vitam meam, post obitum vero meum vos firmam in omnibus habeatis potestatem [9].

Ebenfalls als der Affatomie entstammend haben die Vergabungen von Grundeigenthum in dem zur Zeit des Todes vorhandenen Bestande zu gelten, quantum mihi contingit a die presente et post meum discessum quantum elaboravi, oder res meas quas habeo in loco W. et ibidem conquisivi aut inantea conquirere possum u. dgl. [10].

Solche Vergabungen von Fahrniscomplexen oder von gegenwärtigem und zukünftigem Vermögen wären ursprünglich in der Form einfacher Tradition, wie sie hier auftreten, nicht möglich gewesen; das ist nur dadurch erreicht worden, dass die Affatomie in der Form der traditio und in Unterwerfung unter ihre rechtliche Bedeutung und Wirkung dieses Gebiet hat behaupten können.

---

[9] Andere Beispiele C. d. Fuld. Nr 280. 309. 508. 539. 540, immer elaboratum nostrum in Fahrnis. Aus späterer Zeit Henneberg. UB. I Nr 45.

[10] Vgl. etwa C. d. Fuld. Nr 24. 87. 104; UB. St. Gallen Nr 114. 119. 371. 445.

Zweites Kapitel.

Vermögensvergabungen von Todes wegen.

§ 196. I. Allgemeines.

Noch in fränkischer Zeit ist, wie wir sahen, die Affatomie zur traditio geworden. Ob das blos äusserlich der Fall gewesen ist, d. h. ob sie ihr inneres Wesen als heredis adoptio bewahrt und es nur in der Form der Tradition (Sale, Eigenthumsübertragung) zur Erscheinung gebracht hat, oder ob es auch auf innerlicher Umwandlung beruht und ein Preisgeben der Erbenberufung in sich geschlossen hat, ist schon im Vorstehenden zu Gunsten der letzteren Alternative beantwortet; im Folgenden ist dies genauer zu erweisen.

War einmal — darüber lässt uns doch wohl das spätere fränkische Recht nicht im Zweifel — die Affatomie als die Zuwendung von ganzen Vermögen oder von Vermögensquoten oder von Fahrniscomplexen gedacht und demgemäss in die Bahn der traditio gewiesen, so ergab es sich von selbst, dass sie fortan das Schicksal der letzteren theilte. Hiezu gehörte in erster Linie ihre Unterwerfung unter das Requisit der gerichtlichen Fertigung genau in dem gleichen Maass, in welchem dasselbe für die Uebertragung des Eigenthums an einzelnen Liegenschaften sich gebildet hatte. Als Vergabungen in gehegtem Ding, als „Gemächde" vor Gericht oder vor Rath treten daher regelmässig die Rechtsgeschäfte auf, die hier in Betracht kommen.

Für das sächsische Landrecht bezeugt uns das Ssp II 30: Sve so ime erve to seget nicht von sibbe halven, denne von gelovedes halven, dat hebbe man vor unrecht; man ne moge getügen, dat dat gelovede vor gerichte gestedeget si.

Es wird darüber gestritten, was hier unter „Erbe" gemeint sei: ob Erbschaft, hereditas, Nachlass, das ganze Vermögen, oder ein einzelnes Gut, eine in Erbgang gefallene Liegenschaft. Mir scheint, es dürfe der Ausdruck gar wohl auf beides bezogen werden, und sicherlich passt er auf beide Fälle gleich gut, weil Tradition auf den Todesfall für ganze Erbschaften wie für einzelne Immobilien in derselben Form stattfindet. Wie im Magdeburger Schöffenrecht es keinen Unterschied in der juristischen Behandlung macht, ob beispielsweise ein Ehemann seiner Ehefrau die Hälfte seines Vermögens oder ein bestimmtes Haus auf seinen Todesfall vor gehegtem Ding zuwendet, so

macht auch wohl der Verfasser des Sachsenspiegels diesen Unterschied nicht, und so ist auch die Ansicht zutreffend, dass Ssp II 30 zur Giltigkeit einer solchen Vergabung auf den Todesfall gerichtliche Fertigung fordere, wie bei Uebertragung unter Lebenden. Denn „stedigunge, stedegen" ist, wie wir von früher (S 87) wissen, das banno stabilire, das Bannwirken des Richters nach der gerichtlichen Aufbietung des tradierten Gutes, womit der Akt der gerichtlichen Fertigung abgeschlossen wird. Ja ich möchte eben daraus, dass die Stedigung und nicht die Auflassung als das Hauptrequisit genannt ist, schliessen, der Sachsenspiegel habe vorzugsweise, wenn nicht ausschliesslich, hiebei an Vergabung ganzer Vermögen oder Vermögenstheile gedacht; für ein einzelnes Grundstück hätte er wohl eher von Auflassung vor Gericht gesprochen (dat ime dat gut vor gerichte upgelaten, gegeven si). Aber das Auflassen, das Geben mochte ihm nicht recht zu passen scheinen für das künftig erst zu Erwerbende, das in dem Vermögen doch mit inbegriffen war, oder für Fahrniscomplexe, für die der Ausdruck nicht hergebracht war. Das Magdeburger Recht freilich hat dieses Bedenken überwunden und spricht rückhaltlos von Auflassung der Gerade, der Fahrnis in gehegtem Dinge.

Für das süddeutsche Recht führt die berühmte Stelle des Schwsp 22 denselben Grundsatz aus, den uns Ssp II 30 für das sächsische Recht überliefert. Die Stelle ist schon oben S 124 behandelt, sie gilt ebenso gut für Vergabung einzelner Liegenschaften wie für solche ganzer Vermögen; wenigstens spricht auch für letzteres die Gleichstellung des Bedachten mit dem Erben bezüglich der Wiederentziehung des Zugewendeten, in dem Satze: ez mac der man dem diu gabe gegeben ist verwürken wider jenen, der im si da gap, daz si im slehtes uz der hant get, als ein sun sin erbe verwürken mac wider sinen vater.

Im ganzen haben sich diese Vermögensvergabungen in alles, was mit der gerichtlichen Fertigung einzelner Liegenschaften zusammenhängt, eingefügt: Erbeneinspruchsrecht, rechte Gewere u. s. f. gilt für sie in gleicher Weise. Eine Schwierigkeit aber ergab sich dann, wenn das Vermögen nicht im Gebiete einer einzigen Gerichtsgewalt gelegen war. Das Magdeburger Recht hat in dieser Hinsicht wohl ohne Zweifel unter dem Eindrucke, dass die Eifersucht der particulären Gerichtsherrlichkeiten die Durchführung einer einheitlichen Behandlung unmöglich mache, anerkannt, dass die Vergabung sich „alleyne czu deme erbe und gute daz in der stat gerichte gelegin ist", ziehe[1]. In Süd-

[1] Magd.-Bresl. syst. Sch.-R. IV 1, 20. Näheres bei Simon, Juris Saxonici de foro competenti praecepta S 25 f.; Stobbe, Handbuch V 181 Anm 9.

deutschland und in fränkischen Gebieten hat man sich wohl leichter über die Schwierigkeiten der praktischen Durchführung hinweggesetzt und die Vergabung des Vermögens als eines Ganzen ohne Rücksicht auf die Belegenheit der einzelnen Stücke zugelassen. Ich schliesse das nicht nur aus der früher (S 538) bemerkten Thatsache, dass die gerichtliche Einweisung von Erbansprechern in den Nachlass, er möge im weiten Deutschen Reiche liegen wo er wolle, von dem Gerichte des Sterbehauses ohne Umstände vorgenommen wurde, sondern finde es auch urkundlich bestätigt [2].

§ 197. II. Das Recht des Magdeburger Schöffenstuhls.

Die Rechtsquellen, welche uns die Praxis des Magdeburger Schöffenstuhls überliefern, geben uns ein so vollständiges Bild dieser Vergabungen von Todes wegen, und zeigen uns zugleich, welch eine eminente Rolle diese Geschäfte im Rechtsleben des späteren Mittelalters gespielt haben, dass es wohl gerechtfertigt ist, wenn wir sie einer speciellen Betrachtung unterziehen.

Wir lassen dabei auf der Seite die Vergabung einzelner Liegenschaften oder Fahrnisstücke, welche in den §§ 99 und 115 behandelt ist. Hier interessiert uns nur die Vergabung von ganzen Vermögen oder Vermögensquoten und Fahrniscomplexen, sowie (was sich an diese Rechtsbildung angeschlossen hat) von Geldsummen.

Erstes Erfordernis für die Rechtsbeständigkeit dieser Vergabungen gegenüber den Erben des Vergabenden ist Vollziehung derselben in echtem Ding und seitheriger Ablauf von Jahr und Tag ohne Widerspruch der Erben, gleichwie wir das schon bei der Vergabung einzelner Grundstücke gefunden haben. Eine nicht in gehegtem Dinge gefertigte Vergabung steht jederzeit der Anfechtung der nächsten Erben offen.

Dergestalt durch gerichtliche Fertigung werden auf den Todesfall zugewendet:

1. ganze Vermögen oder Vermögensquoten [1]. Ein besonders

[2] So giebt 1460 vor Schultheiss zu Basel Johann Ner seinem unehelichen Sohne Peter einer unwiderruflichen Gabe von Todes wegen das Weiherhaus zu Hiltalingen, „so in des margraven von Rötelen land lit", ein Haus in Basel und Zinse und Gülten an verschiedenen Orten (ungedr.). Arnold, Zur Geschichte des Eigentums S 371: Vergabung betr. Güter zu Schliengen vor Basler Schultheissengericht (v. J. 1292).

[1] Allis daz her hot adir ymmir gewinnyt, is sy an erbe ader an varndir habe, noch syme tode czu tun und czu lozin. Magd.-Bresl. syst. Sch.-R. IV 1, 20. 22. 40, IV 2, 81 u. sonst.

häufiger Anwendungsfall ist — wie schon bei der alten fränkischen Affatomie — der von gegenseitiger Vergabung unter Eheleuten, so, dass der Ueberlebende mit dem Vermögen thun möge was er will[2].

2. Fahrniscomplexe, welche besondere Vermögen bilden, also Heergewäte und Gerade[3]. Will sich der Eigenthümer solcher Gesammtheiten schon bei Lebzeiten des Besitzes derselben entäussern, so mag er sie aus freier Hand durch einfache Uebergabe und ohne Hinderung seitens der Erben weggeben[4]. Sollen aber solche Complexe mit Erfolg auf den Todesfall verschenkt werden, ohne dass der Schenker sich des Besitzes entäussert, so muss die Form der gerichtlichen Fertigung (in welche die Affatomie übergegangen ist) gewählt werden, womit auch das Widerspruchsrecht der nächsten Erben in Kraft und Wirksamkeit tritt[5]. Das Motiv des Widerspruchsrechtes ist hier also nicht, dass Fahrnisübertragung ohne Besitzübergabe unstatthaft ist (denn sonst würde dasselbe nicht nach Jahr und Tag untergehen), sondern dass der Erbe der Entfremdung des Nachlasses als eines Ganzen, das als Immobile gedacht und behandelt ist, sich widersetzen kann.

3. Geldsummen, sowie einzelne Fahrnisstücke: „eyn benumpt gelt adir ander varnde habe“[6]. Auch hier mag man an die Stelle der mit der sofortigen Besitzentäusserung verbundenen, aber dafür von Erbenlaub unabhängigen Vergabung eine erst auf den Todesfall zur Ausführung gelangende, aber dafür dem Erbeneinspruch unterliegende Zuwendung treten lassen.

---

[2] In den Hallischen Schöffenbüchern viele solcher Vergabungen unter Eheleuten, in der Art, dass sie sich gegenseitig alles zuwenden und der Ueberlebende damit thun soll was er will. Oft ist beigefügt, dass falls die Ehegatten Kinder erhalten sollten, die Witwe einen Kindestheil haben soll: so S 406 Nr 53, S 407 Nr 59, S 475 Nr 581 u. 582 u. öfter; für sich selber behält der Mann dagegen auf sein Ueberleben vor, er wolle des ganzen Guts gewaltig sein, so lange er lebt: S 439 Nr 304, S 440 Nr 305. 308. 312. 313, S 443 Nr 328. 333, S 448 Nr 368.

[3] Wasserschleben, Rechtsquellen S 94 c. 145: ich gebe uff yn geheget ding meynem junchern allis . . . gerade . . . ; das. S 116 c. 239. Nicht dagegen (v. Martitz, Ehel. Güterrecht des Ssp S 250 Anm 27) spricht syst. Sch.-R. IV 1, 7; Glog. RB. c. 39, wo der Ehefrau die Vergabung der Gerade untersagt wird, weil sie sie noch nicht habe, sie ihr erst mit des Mannes Tod anfalle. Aber Frauenspersonen, welche die Gerade schon hatten, durften sie dergestalt vergaben.

[4] Wasserschleben S 180 c. 47, S 422 c. 76.

[5] So heisst es in der Anm 3 angef. Stelle Wasserschleben S 94: des ist der selben drey swestern (der Vergaberin) eyn yczlicher man komen yn gehegit ding und wedirsprochin gobe von gerade weyn bynne jar und tag also die gobe geschen ist.

[6] Magd.-Bresl. syst. Sch.-R. IV 1, 17. 21. 35.

Alle diese Vergabungen in gehegtem Ding konnten unter mannigfachen Modalitäten erfolgen, wonach sich auch ihre Wirkung bestimmte: die Quellen sprechen in diesem Sinne von Gaben mit Unterscheid und Gaben ohne Unterscheid, d. h. Vorbehalt [7].

Die Gabe ohne Unterscheid gilt fest und kann vom Vergabenden weder durch Widerruf noch durch anderweitige Vergabung, zu der es gerichtlicher Fertigung bedarf, unwirksam gemacht werden. Denn sobald er vor Gericht anders verfügen will, erhebt der Erstbedachte erfolgreichen Einspruch. So ist dem Vergabenden alle weitere Disposition auf den Todesfall und ebenso die Veräusserung von Liegenschaften auch unter Lebenden [8] abgeschnitten, nicht aber die Weggabe von Fahrnis und Geldsummen, weil er dazu der gerichtlichen Fertigung nicht bedarf, er also hinter dem Rücken des Bedachten thun kann was ihm beliebt; und wenn er z. B. Fahrnisgegenstände, die er ohne Unterscheid, also vorbehaltlos, in gehegtem Dinge vergabt hat, nachher an einen andern veräussert, so muss sich der Bedachte das gefallen lassen, weil er gegen den dritten Besitzer aus allgemeinen Rechtsgründen kein Vindicationsrecht hat.

Bei den Gaben mit Unterscheid bestimmt sich die Verfügungsfreiheit des Vergabenden genau nach Inhalt und Umfang des gemachten Vorbehaltes. Macht er davon keinen Gebrauch, so hat die Vergabung völlig gleiche Wirkung wie die ohne Unterscheid. Das rechtliche Wesen dieser Vergabungen bleibt ja überhaupt davon, ob Vorbehalte gemacht werden oder nicht, unberührt, so gut wie irgend ein anderes Rechtsgeschäft doch dieselben Wirkungen hat, mag es von Anfang an bedingungslos abgeschlossen gewesen oder die Bedingung erfüllt worden sein. Das gilt namentlich in Bezug auf den wichtigen Satz, dass der Bedachte, auch wenn er vor dem Vergabenden stirbt, sein Recht auf seinen Erben überträgt, gleichviel ob die Vergabung mit oder ohne Unterscheid stattgefunden hat. Der Satz selbst, in unzweifelhafter Bestimmtheit auch für die Gabe mit Unterscheid durch

[7] „Underscheid, undirscheit" heisst jeder beliebige Vorbehalt, z. B. in syst. Sch.-R. IV 1, 20 die Bedingung, dass die Enkelin des Vergabenden nicht zu ihren Jahren komme. Gewöhnlich aber ist einfach der Vorbehalt des Widerrufs gemeint, also Gaben ohne Unterscheid die bedingungslosen, Gaben mit Unterscheid die mit dem Vorbehalt anderweitiger Verfügung, „der herschafft und macht seynes erbes und gutis, die weyle her lebte": Wasserschleben S 119; „die wile her lebt, daz her selbir do mete wil tun und lozin": syst. Sch.-R. IV 1, 22.

[8] Syst. Sch.-R. IV 1, 27 erwähnt den Fall, dass wenn einer seinen Hof auf den Todesfall vergabt hat und ihn dann nachher verkaufen will, der Bedachte binnen Jahr und Tag widersprechen soll.

Magd. Fr. I 12 d. 4 ausgesprochen[9], erklärt sich von selbst aus dem Umstande, dass es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, welches sofort ein festes Recht in der Person des Erwerbers begründet, nicht blosse Anwartschaft oder Erbaussicht oder wie man es nennen möchte. Nur in einem Falle fand kein Uebergang auf den Erben des vor dem Vergabenden sterbenden Bedachten statt, nämlich dann, wenn der Vorbehalt gemacht war, of he sinen dod levede (wenn der Bedachte den Tod des Gebers erlebe), wo sich die Ausnahme aus dem Sinne des Vorbehaltes von selbst erklärt[10].

Der Bedachte geht den Erben vor und steht den Erbschaftsgläubigern nach, denn „die schult ist mit der gift vorgebin und blibin unde volgin dem brudir unde synyn geerbin, alzo di gift uz wisit" (syst. Schöffenr. IV 1, 20).

§ 198. III. Gemächde oder Geschäfte in Süddeutschland[1].

Die Gemächde oder Geschäfte der süddeutschen Rechte entsprechen durchweg den Magdeburger Vergabungen in gehegtem Dinge, indem sie sich gleich diesen den für die Uebertragung des Eigenthums an Liegenschaften jeweilen üblichen Formen anbequemen.

Wir haben gesehen, dass schon früh Fahrnisse vermittelst der traditio per cartam der Uebertragung auf den Todesfall ohne sofortige Besitzentäusserung theilhaftig geworden sind. Der Schwsp 22 stellt Ausfertigung eines Briefs mit endehaftem Siegel als gleichwerthig neben die gerichtliche Fertigung. Dergestalt finden wir im 13. Jahrhundert Vergabungen von Todes wegen theils durch Brief, theils durch Uebertragung vor Gericht sowohl für einzelne Sachen als für Vermögenscomplexe vollzogen. Aus der Heimat des Schwsp und als Illustration zu seinem Art. 22 überliefern die Augsburger Urkunden die Thatsache, dass Vergabungen auf den Todesfall durch Urkunde mit anhangendem Stadtsiegel gefestet werden, meistens allerdings bei

---

[9] Ab eyn man bey gesundem leibe syn gut weg gebe vor gehegetem dinge, unde doch der selbin gobe ym dy herschafft behilde zcu syme leibe, stirbet der geber unde dy gobe blibet unwedirrufen, so hat dy gabe crafft unde macht. Stirbit aber der begobete man, is erbit uff synen nehesten. Vgl. dazu v. Martitz S 248 Anm 20.

[10] Dieser Fall könnte vorliegen in Wasserschleben, Rechtsquellen S 245 c. 99 b. Vgl. übrigens v. Martitz S 248 Anm 21, dessen Unterscheidung ich nicht für richtig halte.

[1] Fr. v. Wyss, Die letztwilligen Verfügungen nach den schweiz. Rechten der früheren Zeit, in Z f. schweiz. Recht XIX 68 ff.

einzelnen Liegenschaften[2], doch auch für „allez, daz wir haben, ez si eigen, garten, hüser, hofstete, varnde gut, chlein unde groz[3]“. Dieselbe Form der traditio per cartam tritt in der Zürcher Urkunde von 1287 auf[4], wo Eheleute diversos pannos de Beroweto et alias res estimatas ad sexaginta libras denariorum der Aebtissin vergaben, und die Einfügung dieser Fahrniszuwendung in das System der Grundeigenthumsübertragung mit Niessbrauchsvorbehalt eigenthümlich consequent auch nach der Seite durchgeführt wird, dass die Aebtissin erklärt, sie habe diese sechs Stücke Berower Tuch und andere Sachen sechs Wochen und drei Tage lang in ruhigem Besitze gehalten und dann den Schenkern wieder usumfructum et liberam amministrationem concediert (vgl. oben S 121). Ebenso im Anschluss an die oben S 629 erwähnte St. Galler Urkunde, die Vergabung des Berthold von Pfeffingen vom Jahre 1267[5]: legavi de uxoris et liberorum meorum libera voluntate post mortem meam monasterio de Luzila optimum equum meum et arma mea omnia quibus uterer si in acie bellantium dimicarem. Weiter, ausgedehnt auf alle gegenwärtige und zukünftige Fahrnis, erfolgt im Jahre 1274 von Zürcher Eheleuten eine Schenkung an das Kloster Oetenbach, welche neben Liegenschaften res alias mobiles quascumque habebant vel habituri erant in vita vel in morte umfasst[6]. In Basel spielen zu dieser Zeit die sogenannten Mechnisse eine grosse Rolle, wodurch Eheleute sich gegenseitig auf den Todesfall ihre Fahrnis vor Gericht vergaben[7]. Endlich als Beispiel von Zuwendung eines ganzen Vermögens die Urkunde von 1295[8], wodurch J. Gebzo „mit mines brüder wissende und willen, der min recht erbe ist“, dem Kloster Wettingen „als min guet ligenz und varenz, das ich han oder iemer gewinne, nach minem tode, ob ich

---

[2] UB. Augsburg I Nr 62. 69. 71. 98. 126. 160. 162. 172. 176. 196. 198. 210.

[3] UB. Augsburg I Nr 55.

[4] G. v. Wyss, Geschichte der Abtei Zürich, Urk. Nr 301.

[5] Trouillat II Nr 129. Eher hieher gehörig als unter den Gesichtspunkt des Seelgeräts (§ 200), weil die Vergabung mit Erbenlaub erfolgt.

[6] G. v. Wyss, Geschichte der Abtei Zürich, Urk. Nr 238.

[7] Z. B. Arnold, Zur Geschichte des Eigentums S 371: vor mir in gerichte einander machten alles das varnde gut das iendert im kunigriche oder anderswa hatten. Diese Mechnisse zu Basel waren nur auf ein Jahr giltig und mussten daher immer wieder erneuert werden, schwerlich (wie F. v. Wyss a. a. O. S 117 annimmt) darum, weil die Ausschliessung einseitigen Widerrufs sollte gemildert werden, sondern weil Vergabung von Fahrnis ohne Besitzentäusserung doch immer noch etwas Fremdartiges war, das dadurch ausgeglichen werden sollte.

[8] Schmid, Geschichte von Uri II 109; Blumer, Rechtsgesch. der schweiz. Demokratien I 194.

ane liberben stirbe, lidekliche und eigenliche und ewekliche ze besitzenne" überträgt.

Diese Geschäfte oder Gemächde bezeichnen sich selbst in der Regel als donationes irrevocabiles inter vivos, unwiderrufliche Gabe unter Lebenden. Der Widerrufsvorbehalt ist zwar nicht ausgeschlossen, kommt aber bis ins 14., ja mannigfach bis ins 15. Jahrhundert hinein kaum vor. Ebenso sind in dieser ersten Zeit die Vergabungen keine einseitigen Rechtsgeschäfte, sondern werden von dem Bedachten entgegengenommen, so dass demselben sofort das ihm zugedachte Recht (Eigenthum oder Leibzucht) erworben ist und also auch von ihm vererbt wird, wenn es auch noch unter Frist steht. Auch hier wird aber später mehr und mehr die Bedingung beigefügt, dass der Bedachte selbst den Tod des Vergabenden erleben müsse. Solche Annäherungen an das Testamentsprincip haben sich je nach localen Verhältnissen und Einflüssen zu verschiedenen Zeiten vollzogen, und es kann z. B. auffallen, dass während in Zürich schon seit dem Anfang des 14. Jahrhunderts, in Bern sogar noch früher, diese Bewegung beginnt, in Basel, der Bischofsstadt, wo man von Seiten des geistlichen Gerichts eher ein Hindrängen auf römisches Testamentsrecht erwarten sollte, ein starres Beharren bei dem alten Rechte in der Oberhand bleibt. Allerdings liegen Bischof und Rath seit dem 14. Jahrhunderte mit einander in nie ruhendem Streite wegen der letztwilligen Verfügungen, aber der Zankapfel ist weniger die Form und der Inhalt derselben als die Berücksichtigung der Erben und mittelbar die Competenz: der Rath beschwert sich, dass vor dem geistlichen Gerichte des Officials letztwillige Verfügungen ohne der rechten Erben Wissen und Willen geschehen, verbietet daher deren Errichtung vor Official und erklärt blos die vor Schultheissengericht vollzogenen anerkennen zu wollen[9]. Dagegen was den Inhalt betrifft, so geht die Praxis des geistlichen und des weltlichen Gerichts durchaus einig in der Richtung, dass alle letztwilligen Verfügungen donationes irrevocabiles inter vivos seien, welche in die Hand des vor Gericht anwesenden Bedachten niedergelegt werden und sofort das Eigenthum in seiner Person begründen[10].

[9] Rechtsquellen von Basel I Nr 39, Rathserkanntnis von 1386. Früher hatte das geistliche Gericht auf die Erben noch Rücksicht genommen, z. B. ungedr. Urk. des St. Peters Stifts von 1369: Coram officiali Clara de Schönenberg pro perpetuo anniversario in ecclesia S. Petri Bas. per modum testamenti s. ultime voluntatis redditus annuos legavit. Volens quod heredes sui in premissis dominos S. Petri non impediant. Ceterum filia fratris Clare, Anna de Schönenberg, tanquam heres proximior consensit.

[10] So heisst es von den Schenkern: transferentes libere et irrevocabiliter omne

So sehr hält man an dem Princip des sofortigen Eigenthumsübergangs mit Niessbrauchsvorbehalt fest, dass selbst bei Fahrnisvergabung eine reelle Tradition an den Bedachten in irgend welcher Weise bewerkstelligt (oder auch nur fingiert) wird und den Tag nachher eine Rückgabe zu Leihe stattfindet [11].

Früher als hier in Alamannien treten auf fränkischem Boden diese Vergabungen inter vivos hinter den Testamenten zurück, wie wir sie im § 201 besprechen werden. Wie ein Anklang an die ribuarische Affatomie muthet es an, wenn noch im Jahre 1254 von Frankfurter Eheleuten geurkundet wird: hereditaverunt ecclesiam ad tronum sic quod post mortem ipsorum equalem porcionem percipere debet de omnibus bonis eorundem mobilibus et immobilibus cum reliquis pueris sepedictorum [12]. Bevor wir aber die Entwicklung der Testamente betrachten, ist doch das juristische Wesen dieser Vergabungen von ganzen Vermögen oder Vermögensquoten festzustellen.

§ 199. IV. Rechtliche Natur der Vergabungen.

Wir haben den Gang der Rechtsentwicklung in der Weise aufgefasst, dass die alte Erbenberufung, die Affatomie, losgelöst von ihrem ursprünglichen Boden, sich in die Form einfügte, welche durch die donatio post obitum für die Zuwendung einzelner Liegenschaften auf den Todesfall schon früh geschaffen war. Es muss sich jetzt noch fragen, ob es nur bei der Annahme der äusseren Form geblieben ist, und das innere erbrechtliche Element, die Erbenberufung, sich auch in diesem neuen Gewande lebenskräftig forterhalten hat, oder ob nicht vielmehr mit der Anbequemung an diese neue, dem Erbrechte fremde Form eine Preisgabe des alten Wesens hat verbunden sein müssen. Modern ausgedrückt: haben wir es bei solchen Vergabungen

---

jus et dominium in donatarios amodo libere habendum . . . usumfructum rerum donatarum donatarii concesserunt donatoribus percipiendum pro tempore vite ipsorum, Trouillat II Nr 504, wo doch daneben der Vorbehalt des Widerrufs für den Fall der Nachgeburt von Kindern. Andere Fälle das. Nr 496, und wohl auch Nr 487 u. 471, wo einer omnia et singula bona sua mobilia et immobilia que nunc habet et que ipsum in posterum habere continget, que relinquet in morte, mit der Ermächtigung zu sofortiger Besitzergreifung vergabt.

[11] Ein Beispiel aus vielen: Basler Gerichtsprotokoll von 1410 ff.: 1416 Febr. 19. Item do gab Henman Schrätz der kürsener burger ze Basel einer redlichen steten ewigen unwiderruflichen gabe under den lebenden Greden siner natürlichen tochter alle seine varende habe. Febr. 20: Item do lieht widerumbe Grede demselben H. Sch. ireme vatter die varende güter so er ir vormals geschenkt.

[12] C. d. Francof. (Böhmer) S 90.

von ganzen Vermögen oder Vermögensquoten mit einem Erbvertrage zu thun, durch welchen der Bedachte als Erbe zur Succession in den Nachlass berufen wird, oder handelt es sich, wie bei der Vergabung einzelner Liegenschaften, um sofortige Eigenthumsübertragung mit Niessbrauchsvorbehalt, ohne irgend ein erbrechtliches Element? Es empfiehlt sich, die einzelnen Anwendungsfälle aus einander zu halten.

1. Am wenigsten Veranlassung zu Modificationen in erbrechtlichem Sinne bestand bei den Vergabungen einzelner Liegenschaften auf den Todesfall. Das Verhältnis blieb auf sachenrechtlichem Boden: durch die traditio per cartam oder die gerichtliche Fertigung ging das Eigenthum auf den Bedachten über, der kraft dieses Rechts den Vergabenden an jeder weiteren, über den vorbehaltenen Niessbrauch hinausgehenden Verfügung hindern konnte, und bei Tod des Schenkers (laut syst. Schöffenr. IV 1, 17 i. f.) die vergabte Liegenschaft als Eigenthümer vorwegnahm, ohne damit für die Schulden des Erblassers aufkommen zu müssen. Auch die in späterer Zeit etwa vorbehaltene Befugnis des Schenkers, bei Leibesnothdurft oder wegen undankbaren Verhaltens des Bedachten das Gut zu veräussern oder die Gabe zu widerrufen, vermochte jene Grundanschauung nicht umzustossen: die Eigenthumsübertragung erschien dann blos unter eine Bedingung gestellt.

2. Bei Vergabung einer Geldsumme oder einzelner Fahrnisgegenstände könnte schon eher der Gesichtspunkt zur Geltung gelangen, dass ein Rechtsgeschäft vorliege, das wir etwa Vermächtnisvertrag nennen würden. Ein wichtiger Schritt zu dieser Auffassung war nun zweifelsohne dadurch vollzogen, dass man den Bedachten den Gläubigern des Erblassers nachstehen liess[1]. Andererseits aber hielt man doch daran fest, dass durch die gerichtliche Fertigung der Bedachte ein schon bei Lebzeiten des Vergabenden auf seinen Erben transmissibles Recht habe, wenn nicht ausdrücklich durch die Clausel of he sinen dod levede das Gegentheil vorbehalten war, und so hat sich aus der alten Auffassung der donatio inter vivos ein neues Princip nicht fest herausgebildet.

3. Dasselbe gilt nun aber auch für die Vergabung von ganzen Vermögen, Vermögensquoten oder Specialvermögen (Heergewäte, Gerade). Es tritt uns hier ein merkwürdiges Beispiel von der Zähigkeit des Rechtes in Beibehaltung althergebrachter Grundanschauungen (in unserm Falle über das Erbrecht) vor Augen. Gegenstand der Ver-

[1] Syst. Sch.-R. IV 1, 35; Magd. Fr. II 2, 7 u. sonst; Stobbe, Handbuch V 188 Anm 39.

gabung war unzweifelhaft jedenfalls in der bei weitem grössten Zahl der Fälle das als Nachlass gedachte Vermögen in seiner Einheit, nicht blos eine Mehrheit von einzelnen Objecten; die Nachfolge in dasselbe sollte ferner kraft des einheitlichen Rechtstitels der gerichtlichen Fertigung, somit als Universalsuccession stattfinden und musste demgemäss nothwendigerweise an die Stelle der gesetzlichen Erbfolge treten: so sollte man denn auch erwarten, dass derartige Vergabungen geradezu als Erbenberufungen, die Succession des Bedachten als Erbfolge wären bezeichnet worden, und neben die Erbfolge auf Grund Gesetzes sich eine solche auf Grund unwiderruflicher Vergabung unter Lebenden, also Erbvertrages, gestellt hätte. Es ist höchst charakteristisch, dass so ziemlich alle rechtlichen Consequenzen dieser Annahme ungehindert in der Praxis zur Geltung gekommen sind, dennoch aber dieselbe Praxis sich beharrlich geweigert hat, den Bedachten grundsätzlich als Erben anzuerkennen. In höchstem Maass lehrreich ist hierüber ein Magdeburgisches Schöffenurtheil[2]: ein Mann hatte seiner Ehefrau in gehegtem Dinge die Hälfte seines Vermögens auf seinen Todesfall vergabt unter Vorbehalt freier Herrschaft während seines Lebens; nachher hatte er ein Haus erworben für sich, seine Erben und seine ehelichen Nachkommen. Bei seinem Tode nahmen seine Verwandten und gesetzlichen Erben dieses Haus für sich allein in Anspruch, weil der Verstorbene es kraft seines Vorbehalts freier Herrschaft für sich und seine Erben gekauft habe. Die Witwe antwortete: ich gehöre auch zu den Erben; der Mann hat mich vor gehegtem Dinge Erbeling gemacht und als sein gemachter und bestätigter Erbling habe ich die Hälfte des Hauses anzusprechen. Der Magdeburger Schöffenstuhl ertheilte den Spruch: da der Mann sich die Herrschaft seines Gutes vorbehalten hat, als er seine Frau begabte, und nachmals das Haus ihm und seinen Erben gekauft und vor Gericht empfangen hat, so hat die Frau nicht Theil an dem Hause, denn sie ist in dem Kaufe verschwiegen. Dieser Spruch ist dadurch so charakteristisch, dass der von den Parteien so präcis fixierte Streitpunkt, ob der Bedachte ein gemachter Erbe und als solcher dem gesetzlichen Erben gleichgestellt sei, vom Gerichte gar nicht geprüft und entschieden wird, vielmehr die Frage, die zu entscheiden war, die Frage, ob die Frau zu den Erben gehöre, von vorneherein stillschweigend als verneint angenommen ist. So wenig also konnten sich die Magdeburger Schöffen auch nur in die Möglichkeit hineindenken,

[2] Bei Wasserschleben, Rechtsquellen S 118 c. 246 (es steht auch bei Böhme, Diplom. Beiträge VI 151 f. und Kraut, Grundr. 5. Aufl. § 148 Nr 46).

dass durch gerichtliche Vergabung eine Erbfolge könne begründet werden[3]. Und fragen wir nun weiter, wie sich denn die Schöffen das Recht des Bedachten in solchem Falle gedacht haben, so giebt uns dasselbe Urtheil einen Anhaltspunkt: die Abweisung des Petitums der Witwe wird damit motiviert, dass der Mann sich die Herrschaft vorbehalten hatte; daraus folgt, dass wenn der Mann vorbehaltlos vergabt hätte, die Frau auch an dem Hause zur Hälfte berechtigt wäre, und zwar nicht als Erbin (so wenig wie im andern Falle), sondern kraft der donatio irrevocabilis inter vivos. In der That blieb, wenn man die Erbqualität des Bedachten verwarf, nichts anderes übrig als Eigenthumserwerb unter Lebenden anzunehmen. Und das war allerdings die durchschlagende Auffassung: man konnte sich noch nicht entschliessen, Andere als die Blutsfreunde Erben zu nennen und als solche zu behandeln, und das zeigte sich in einem wichtigen Punkte praktisch wirksam. Die Erben hatten unter allen Umständen das Einspruchsrecht gegen Veräusserung liegender Güter (nach Magdeburger Recht wenigstens der ererbten) kraft ihrer Erbeigenschaft, der Bedachte dagegen konnte, falls der Vergabende sich die Herrschaft vorbehalten hatte, kein Einspruchsrecht üben, und selbst falls vorbehaltlos alles jetzt vorhandene und künftig zu erwerbende gegeben war, stand ihm ein Widerspruch gegen Veräusserung nicht als Erben, sondern als Eigenthümer zu[4].

Diese Auffassung des Rechtsgeschäfts als eines Eigenthumserwerbes alles gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens unter Lebenden mag uns unbefriedigend und unzureichend erscheinen, aber damals hat man sich damit beholfen so gut es ging. Namentlich wurde der bei der Liegenschaftsveräusserung geltende Satz, dass Einspruch gegen die vor Gericht erfolgte Fertigung binnen Jahr und Tag zu erheben sei und dass man sich durch Schweigen während dieser Zeit völlig verschweige, auch hier bei den Vergabungen ganzer Vermögen unumwunden zur Anwendung gebracht. Und weiter ist bemerkenswerth, wie man den Satz, dass der Bedachte den Gläubigern des Erblassers nachstehen müsse, in diese Anschauung einfügte: die Schulden, die der Vergabende gemacht hat, sagt syst. Schöffenr. IV 1, 20, sind mit der Gift vergabt und folgen dem Bedachten. Sie sind eingeschlossen in die Ver-

[3] Vielleicht steckt im syst. Sch.-R. IV 1, 22 das gegentheilige Princip verborgen, aber es müsste doch immerhin durch eine etwas künstliche Paraphrase daraus gewonnen werden.

[4] Zum gegentheiligen Schluss gelangt Stobbe, Handbuch V 191 Ziff. 3 a. E., weil er diese Vergabungen schon als wirkliche Erbverträge auffasst.

gabung und gehen dergestalt auch mit auf den Erwerber des Vermögens über.

Wenn man sieht, wie bestimmt die Quellen immer Erbnehmer, Erben u. dgl. einerseits und die, denen aufgelassen ist, andererseits unterscheiden, so kann man nicht von Erbverträgen reden. Die damalige Auffassung hat das entschieden abgewiesen, in Magdeburg so gut wie in Süddeutschland, wo lieber zu dem Auskunftsmittel gegriffen wurde, dass gesagt wurde, der Erblasser nehme den Bedachten zu einem Theilgenossen an, also er nehme ihn in die Gemeinderschaft mit sich auf, woran sich dann leichter in der Folge die Auffassung anschloss, dass der Bedachte Theilgenosse und Erbe werde, und so der Uebergang zum Erbvertrag vermittelt wurde[5]. Ich kann nur das auf S 628 Gesagte wiederholen: diese Vergabungen ganzer Vermögen sind bezüglich ihrer juristischen Natur noch nicht abgeklärt und jedenfalls noch nicht als Erbverträge unter ein erbrechtliches Princip gestellt.

Drittes Kapitel.

Einseitige letztwillige Verfügungen.

§ 200. I. Seelgeräte.

Bisher haben wir nur von Vergabungen gesprochen, welche als zweiseitige Geschäfte aufgetreten sind, und zwar als (vorbehaltlose oder unter Bedingungen verschiedener Art gestellte) Eigenthumsübertragungen von dem Vergabenden an den Bedachten. Es ist das aber im Mittelalter nicht der einzige Weg geblieben, auf welchem man Verfügungen von Todes wegen hat treffen können. Es sind schon früh letztwillige Dispositionen daneben getreten, welche in einer einseitigen Handlung des Erblassers bestehen. Diese Form hat sich zuerst Eingang verschafft bei den Seelgeräten, Jahrzeitstiftungen, anniversaria, d. h. Verfügungen zu Gunsten einer kirchlichen Anstalt für das Heil der Seele und in der Regel mit der Auflage einer jährlich am Todestage des Erblassers zu lesenden Seelmesse, wodurch die Seele berathen wird (animae consulitur): daher der Name Seelgerät.

---

[5] S. hierüber F. v. Wyss in Z f. schweiz. Recht XIX 100 f.

Es versteht sich von selbst, dass dergleichen Zuwendungen an eine Kirche auch in der Form der Vergabungen vor Gericht in die Hand des Repräsentanten der Kirche, also nicht als einseitige Verfügungen vorgekommen sind. Darüber lassen unzählige Beispiele keinen Zweifel[1], und im Grunde waren alle Vergabungen an die Kirchen von jeher in remedium animae vorgenommen, also Seelgeräte gewesen. Aber wie mancher verschob eine solche Bewidmung und Jahrzeitstiftung von Jahr zu Jahr, solang er sich der Gesundheit erfreute, bis er durch schwere Krankheit auf das Lager geworfen war, und nun im Angesichte des Todes erst die Sorge für das Heil der Seele ihn das lang Versparte zu vollführen antrieb. Nicht nur vor Gericht zu treten war ihm unmöglich, sondern selbst den Repräsentanten der kirchlichen Anstalt rechtzeitig an sein Sterbebett zu bringen war ihm oft versagt, und so sprach er vor denen, die ihn umgaben, seinen letzten Wunsch und Willen aus und legte vertrauensvoll die Ausführung desselben in ihre Hand. Dabei handelte es sich weniger um Vergabung von Fahrnisstücken, welche daher auch gemäss dem, was in § 115 gesagt worden, in der Regel nur dann gestattet blieb, wenn der Kranke die Sachen noch über das Bettbrett reichen konnte[2], sondern gewöhnlich um Zuwendung einer Geldsumme oder einer

[1] Beispielsweise Magd. Fr. I 12, 1: eyn man mag syn ... gut vor gerichte vorgeben wy manchen personen her wil ... adir czu selgerethe. UB. Augsburg I Nr 62: daz selbe drittail des vorgen. zehenden han ich geben ze selgerete dem heiligen gaiste ouf das spital ze Auspurch. Das. Nr 162. 196: Vergabung eines Hofs zu einem rechten Seelgeräte, do ich (Vergabender) wol gane unde gesitzen mohte. Mon. Bo. III 355 Nr. 44, IX 29 Nr 21: Wir geben unser hub zu Auw dem gotzhus zu Schledorf für ein recht aigen zu rechtem selgerät. Des zu urkund geben wir diesen brief u. s. w. Das. IX 203 Nr 111, X 88 Nr 55: Ich Elisabeth v. Enne gebe zu rechtem selgeret an Kl. Pollingen güter, und setze sie derselben bei meinem lebenden leibe in nutz und gewer, also dass sie sie eweclich haben und niessen sollen. Das. X 90 Nr 57: Ich Bertold der Seiler gebe, verschaffe und vermache meinen halben Hof zu M. nach meiner Wirtin Irmi Tod dem Gotteshaus zu P. an meinem Todbette zu einem rechten Selgerät nach ihrem Tod zu niessen und zu haben als ihr eigenlich Gut. Darüber dieser Brief. Das. X 272 Nr 36: Vor dem Richter zu Dachau will eine Frau einen Hof zu rechtem Seelgerät an das Kloster Unterstorf schaffen, und bittet das Rechtsbuch darum zu lesen, wie sie den Hof fertigen solle. Darüber enthielt das Buch nichts. Darauf wird gefunden: die Verwandten sollen zu Widerspruch aufgerufen werden; erfolgt kein Einspruch bis zum nächsten Gericht, so solle die Frau den Hof fertigen mit Gerichts Hand für recht Eigen.

[2] Ein Beispiel für Vergabung einer Fahrnissache zu Seelgerät Trad. Garst. Nr 11 (UB. des Landes ob der Enns I 124): das Kloster kauft liegendes Gut de pretio catenule, quam marchionissa in extremis suis ob remedium anime sue dari constituit.

Rente, wofür bisher nur der Weg gerichtlicher Fertigung offen gestanden hatte[3]. Nicht nur die Kirche, auch die religiöse Anschauung und Ueberzeugung des Volkes forderten die Respectierung solcher letzten Willen Verstorbener, und so wurden sie vom Rechte gleich den gerichtlichen Vergabungen anerkannt und geschützt und vielfach hinsichtlich des Beweises begünstigt[4]. Sie hiessen gleich diesen auch Geschäfte oder Gemächde, wie ja dieser allgemeine Ausdruck auf beide gleich gut passte, denn „sein Gut schaffen" bedeutete überhaupt Vergabung auf den Todesfall[5].

So setzt der Schwsp (W.) 127, (L.) 147[6], ferner (W.) 142, (L.) 161 voraus, dass immer der Seele ihr Theil geschafft werde. Er stellt die Sache sogar so dar, dass es eine Pflicht der Erben sei auch mangels ausdrücklicher Erklärung des Erblassers, und dass der Fahrnisnachlass zunächst damit belastet sei. Um so mehr wurde darauf gehalten, dass eine bezügliche Anordnung des Verstorbenen ausgeführt werde. Aber indem die weltliche Gesetzgebung dergestalt den religiösen Anschauungen vollauf Rechnung trug, liess sie von Anfang an das Interesse der Erben nicht aus dem Auge und zog sie dieser Seelgerätbestellung bestimmte Schranken; denn sie konnte und wollte es nicht darauf ankommen lassen, dass unter dem Titel von Seelgeräten übermässige Zuwendungen errichtet und das Erbrecht der Verwandten illusorisch gemacht werde. Bei gerichtlicher Fertigung bestand immer noch das Einspruchsrecht der Erben; sollte es durch Vergabungen im letzten Augenblicke des Lebens unter dem Vorwand des Seelgeräts bei Seite geschoben werden können? Dazu bestand keine Neigung. Vielfach wurde vorgeschrieben, dass solche im Todbette angeordneten Seelgeräte ein bescheidenes Maass nicht übersteigen dürfen[7], ja eine Menge Statuten haben den Umfang, welchen Seelgeräte im Todbette

---

[3] So Mon. Bo. IX 203 Nr 111: Vergabung von 20 Pfund Pfennige.

[4] Stadtr. von München Art. 208 lässt einen Einzelzeugen als genügend zu.

[5] Die totscheft, Todgeschäfte des Münchner Stadtrechts Art. 208 sind eben diese Seelgeräte.

[6] So sol man der sele ir teil geben, unde daz ander geliche teilen under wip unde under kint.

[7] In Basel wurde 1386 jede letztwillige Verfügung anders als vor Schultheissengericht für unkräftig erklärt, „wand von gottes ordenung niemant sinen rechten erben ane redlich kuntlich sache enterben sol". Eine Rathserkanntnis von 1401 gestattet Vermächtnisse von „barschaft daz gemünzet gelt ist", und fügt bei: „doch so mag ein yeklich persone durch siner selen heil willen ein bescheiden selgerete in sinem totbette, ob es vor nüt beschehen wer, besetzen, machen und ordenen, nach dem als si in eren harkomen ist und gutes nach tode verlasset ane geverde". RQ von Basel I Nr 39. 69. In Zürich sind noch i. J. 1484 Seelgeräte, die ohne

nicht überschreiten dürfen, genau normiert, so Augsburg[8], Soest, Münster, Hannover[9], Wetzlar[10], und andere bei Stobbe, Handbuch V 205 f. angeführte.

Diese Anerkennung von Seelgeräten gab immerhin der freien Disposition auf dem Todbette nur einen mässigen Spielraum. Die Regel blieb vor der Hand noch Vergabung vor Gericht oder höchstens mit vorher eingeholter Erlaubnis des Rathes. Aber im Laufe der Zeit wird der für die Seelgeräte in das Recht aufgenommene Grundsatz erweitert und so der Uebergang zu dem neueren Testamentsrechte vermittelt. Davon soll noch kurz im folgenden Paragraphen die Rede sein.

§ 201. II. Testamente.

Es sind uns schon in dem, was wir bisher betrachtet haben, zwei verschiedene Strömungen der deutschen Rechtsentwicklung sichtbar geworden: die eine hält mit äusserster Zähigkeit für alle Vergabungen auf den Todesfall das Erfordernis gerichtlicher Fertigung in die Hand des Bedachten fest und lässt daher selbst für Seelgeräte kaum oder nur ungern eine Abweichung zu: ein typisches Beispiel hiefür ist das Magdeburger Recht[1]. Die andere lässt schon früh zum mindesten

---

vorherige Rathserlaubnis im Todbette errichtet werden, als ungiltig erklärt worden: v. Wyss in Z f. schweiz. Recht XIX 95 ff.

[8] Stadtb. von Augsburg Art. 73 § 8 (Meyer S 144): im Todbette und ohne Erbenlaub darf man zum Seelenheil geben den zehnten Theil des fahrenden Gutes. Ein späterer Zusatz zu Art. 112 (Meyer S 187) gestattet dem Vater Verfügung über einen Kindestheil.

[9] Soester Schrae Art. 164 (bei Seibertz, UB. von Westfalen II 406) verglichen mit Statut von Münster (bei Niesert, Münsterische Urk.-Samml. III 109) und Statut von Hannover (bei Pufendorf, Observ. jur. IV app. S 204): jeweilen der zehnte Theil des Vermögens.

[10] Guden, Sylloge S 490: Statut der judices, scabini, consules et universi cives Wetflarienses von 1319, betr. Verbot der Veräusserung von Liegenschaften an todte Hand, excepto quod unusquisque nostrum sive vir sive mulier testamentum in remedium anime sue de suis bonis usque ad summam unius marce vel infra condere potest vel legare pro suo libito voluntatis clericis aut religiosis quibuscunque. Et est sciendum, quod predictum testamentum excedere non debet summam unius marce predictam annui et perpetui redditus, sed pocius infra.

[1] Vgl. etwa Magd. Fr. I 12, 1 u. 2: Fahrende Habe darf man im Siechbette weggeben, wenn man sie noch selbst von sich reichen kann, dann ist sie aber sofort und definitiv weggegeben. Das ist keine Vergabung von Todes wegen. In allen andern Fällen ist gerichtliche Fertigung nothwendig. Dass einseitige testamentarische Verfügungen zu Magdeburg zulässig gewesen, finde ich nirgends deutlich bezeugt, und der Schöffenspruch in Magd. Fr. I 11, 3 behandelt ein zu specielles

Seelgeräte in sehr freier Form und durch einseitige Verordnung auf dem Todbette zu und schreitet rasch über das Erfordernis gerichtlicher Fertigung hinweg zu Gestattung einseitiger Verfügungen in notarialischer und selbst privater Urkunde. Die hier und dort jeweilen maassgebenden Motive sind oft schwer zu ermitteln und auch keineswegs immer dieselben: strenges Festhalten am Erbenwartrechte hat meist der gerichtlichen Fertigung zur starken Stütze gedient, erklärt aber nicht alles; viele äussere Umstände haben mitgewirkt, in Magdeburg mag das Ansehen des Schöffenstuhls und die von ihm starr festgehaltene althergebrachte Praxis Abweichungen davon nicht haben aufkommen lassen; dann sind vielfach stärkere oder schwächere kirchliche Einflüsse thätig gewesen. Wir lassen nun zunächst jene gerichtlichen Vergabungen bei Seite und werfen unsern Blick auf die Entwicklung der zweiten Strömung, um dann zum Schlusse noch darauf zurückzukommen, wie auch die gerichtliche Fertigung in späterer Zeit zu demselben Ziele auszulaufen genöthigt gewesen ist.

Es sind diese einseitigen Verfügungen auf den Todesfall nicht durchweg eine Erweiterung der Seelgeräte, etwa so, dass sich allmählich an diese Stiftungen zum Seelenheile auf dem Todbette noch weitere Gaben zu Gunsten von Freunden angesetzt hätten. Es kommt das vor, und einer der ältesten Fälle (der in der Constitution des Kaisers Friedrich I. von 1165 erwähnte) gehört hieher. Aber häufiger sind die letztwilligen Verfügungen bei gesundem Leibe, wo also ein äusserliches Hindernis für Fertigung vor Gericht nicht vorlag. Dergleichen Anordnungen, die sich sofort gern Testamente nennen — welchen Ausdruck ich daher auch der Kürze wegen im Folgenden brauche —, erzeigen sich als vorherrschend, wenn nicht ausschliesslich aus der geistlichen Praxis hervorgegangen.

Schon längst hatten die Weltgeistlichen das Recht der Errichtung einseitiger letztwilliger Verfügungen geübt. Die Kirche hielt darauf, dass es geschehe, und wenigstens das im Kirchenamte Erworbene auf diese Weise wieder der Kirche zurückfliesse, nicht den Laienhänden der Erben zufalle. Selbst die von den Geistlichen erst auf dem Todbette angeordnete Vertheilung ihrer Fahrnis würde entgegen der Anfechtung der Erben und dem von ihnen geltend gemachten Rechtssatz (Geben in Leibesschwäche gilt nicht) von Kaiser Friedrich I. unter Berufung auf das römische Testamentsrecht aufrecht erhalten[2]. Aus

---

Verhältnis, als dass er gegenüber den allgemein lautenden Sätzen anderer Entscheide ins Gewicht fallen könnte.

[2] Const. von 1165 Pertz II 138. Aehnlich die von 1173 das. S 142.

dem 13. Jahrhundert haben wir eine grosse Anzahl solcher Testamente von Geistlichen. Sie sind entweder vor dem Official des geistlichen Gerichtes oder einem Notar zu Protokoll gegeben und von diesem verbrieft oder von dem Testator selbst in Privaturkunde verfasst oder erst im Todbette den Umstehenden mündlich anvertraut[3]. Ihr Inhalt lautet durchweg im wesentlichen übereinstimmend dahin: ordinavi de rebus meis, oder meam ultimam condo voluntatem tali modo: 1. zuerst sollen meine Schulden bezahlt werden; 2. stifte ich meine Jahrzeit (Seelgerät); 3. vermache ich (lego) genannten Kirchen, Altären, Privatpersonen genannte Sachen (Liegenschaften, Renten, Fahrnisse, Geldsummen)[4]; 4. was übrig bleibt, sollen die Testamentsexecutoren nach Belieben vertheilen, oder dgl.[5]. Eine förmliche Erbeinsetzung findet sich anfangs noch nicht, kommt aber seit dem 15. Jahrhundert hie und da vor[6].

---

[3] Man nehme etwa folgende Beispiele: Errichtung vor dem Official Trouillat II Nr 278, hier Tradition alles beweglichen und unbeweglichen Vermögens an das St. Leonhards Stift in Anwesenheit des die Gabe entgegennehmenden Probstes, und dann verschiedene Legate an genannte Legatare, die nicht gegenwärtig sind. Ungedr. Urk. von 1294 im Archiv des St. Peters Stifts zu Basel: Coram officiali Cunradus canonicus testamentum suum nuncupativum fecit. Notariatsurkunde ebenda von 1265: Ego magister Johannes scolasticus sic ordinavi testamentum meum (folgen die Legate); chartam per manum magistri Burchardi notarii feci conscribi. Guden, Sylloge S 628 förmliche Notariatsurkunde. Privaturkunden, immerhin oft von einem Bischof, Capitel oder sonstigen höhern Geistlichen mitbesiegelt, UB. von Augsburg I Nr 121; Mon. Bo. IX 162, XXXVIII Nr 5. 129. 214. 229. 281. 285; Guden, Sylloge S 618. 625; Quellen von Köln (Ennen und Eckertz) II Nr 490. Für Testamente im Todbette giebt den Beleg das erwähnte Reichsgesetz von 1165.

[4] Zuwendung von Grundstücken ist doch schon im 13. Jahrhundert recht häufig und unterliegt auch wohl keinem Anstande in Gebieten, wo das Einspruchsrecht der Erben nur noch für Kinder oder sonst sehr nahe, in casu nicht vorhandene Verwandte besteht.

[5] Man vergleiche etwa: Mon. Bo. IX 162: nach Tod des Testators soll der Abt des Klosters, dem die Hauptliegenschaft vermacht ist, se de omnibus proventibus meis libere intromittat, debitoribus meis omnibus exinde satisfaciat, exequias meas honorifice peragat, et si quid de proventibus superfuerit, sibi et suo monasterio reservet. Guden, Sylloge S 618: was übrig bleibt, inter meos pauperes consanguineos ac inter Christi pauperes utiliter distribuatur. Guden, Sylloge S 628: omnia alia committo discretioni manufidelium meorum.

[6] Ungedr. Urk. des St. Peters Stifts zu Basel von 1447: Vor dem Bischof macht der Probst zu St. Peter, ne intestatus decedat, testamentum ultime sue voluntatis. Et quia heredis institutio caput et fundamentum est omnis testamenti, idcirco ipse testator in omnibus suis bonis mobilibus et immobilibus rebus, juribus et actionibus presentibus et futuris universalem heredem sibi fecit, instituit, ordinavit et ore suo proprio nominavit et esse voluit ecclesiam S. Petri. Uebrigens ist

Wie somit der wesentliche Inhalt des römischen Testamentes (die heredis institutio) diesen Verfügungen nicht eignet, so ist ihnen auch die römische Testamentsform fremd geblieben. Man darf durchaus nicht sagen, die Kirche und die Geistlichkeit habe, weil nach römischem Rechte lebend, das römische Testamentsrecht eingeführt. Man kann überhaupt mit der Behauptung, die Kirche habe nach römischem Rechte gelebt, nicht vorsichtig genug sein. Im Eherecht hat sie sich die deutschen Grundsätze angeeignet, ihre Verwandtschaftsberechnung ist die germanische, auch ihr Testamentsrecht ist deutschen Ursprungs: es ist ein Anwendungsfall der deutschrechtlichen Fideicommisse, der Vergabungen vermittelst Salmannen. Regelmässig wird der letzte Wille in die treue Hand solcher Mittelspersonen gelegt; dass es nicht immer geschieht, beweist nichts gegen die Herkunft der Testamente von diesem Institute, weil man schon früh in der Verbriefung durch den Official oder einen Notar einen genügenden Ersatz dafür glaubte finden zu können. Man sollte daher erwarten, dass diese Form der Errichtung letzter Willen keinem Widerstande im weltlichen Rechte begegnet wäre. Das wäre wohl auch nicht der Fall gewesen, wenn sich diese Vergabung zu Handen eines Salmanns zu der Form der Gerichtlichkeit bequemt hätte, die im weltlichen Rechte für alle Vergabungen aufgekommen war. Aber gerade das weltliche Gericht (das Officialgericht scheute man nicht) wurde wegen der von Erben und sonst zu gewärtigenden Schwierigkeiten, auch wohl weil sich die Geistlichen für solche Sachen, die sie als der weltlichen Gerichtsbarkeit entzogen betrachteten, ihm nicht unterwerfen wollten, perhorresciert. Um so mehr hielt dann der weltliche Herr wieder auf seinem Rechte. Da lag die Wurzel so vielfacher Conflicte.

Es war somit nicht eigentlich ein in Form und Inhalt dieser Testamente neu auftretendes Princip, das denselben einen der deutschrechtlichen Anschauung befremdlichen Charakter gegeben hätte; namentlich fiel ausser Betracht die Frage der Widerruflichkeit. Denn einmal waren die Testamente der Geistlichen nicht nothwendig widerruflich, sehr viele gaben sich selbst als unwiderrufliche Vergabungen dar, und andererseits waren auch bei den vom weltlichen Rechte aus-

---

doch zu beachten, dass es sich hiebei mehr nur um eine formelle Frage handelt. Materiell lag eine Erbeinsetzung vor, wenn der Erblasser, wie es oft geschah, einer Kirche alles sein Gut „legierte“ und ihr die Bereinigung seiner Schulden überband. So in einigen der obigen Beispiele, ferner ungedr. Urk. des St. Peters Stifts zu Basel von 1318: ein Caplan dieses Stifts donat mortis causa omnia bona sua mobilia et immobilia, quae in morte sua reliquerit, an diese Kirche, ita ut ecclesia ipso defuncto bona libere assequatur.

gebildeten gerichtlichen Vergabungen alle möglichen Vorbehalte bis zu dem des vollen Widerrufs zulässig. Aergernis gab vielmehr die Heimlichkeit, welche sich in die Schrift und in das Geheimhalten der Salmannen verbarg und nicht an das helle Licht des Volksgerichts und damit unter die Augen und die Beurtheilung der Genossen und die Controle der Angehörigen zu treten wagte. So lang nun dieses Testieren auf die Geistlichen beschränkt blieb und diese auch noch, wie gerade manche der obigen Beispiele zeigen, auf ihre Verwandten dabei gebührende Rücksicht nahmen, wagten weder diese noch die weltliche Herrschaft ein Einschreiten dagegen, auf welches die Kirche mit allen ihren Strafen bis zur Excommunication würde geantwortet haben. Das weltliche Recht liess die Geistlichen hierin gewähren und begann erst unruhig zu werden, als auch die Laien mehr und mehr sich dieser Form der Errichtung letzter Willen namentlich vor den Officialen bischöflicher Gerichte zu bedienen anfingen. Ein Ausweg wurde oft darin gefunden, dass man die Form der gerichtlichen Controle abschwächte, ohne sie doch im Princip aufzugeben. Die Praxis hat sich in dieser Beziehung sehr verschieden entwickelt. Man hat anfangs etwa noch die Erklärung des Testators, bezw. die Vorlegung der Testamentsurkunde vor Gericht oder Rath verlangt[7], womit wohl übereinstimmt die Praxis zu Frankfurt am Main, wo der Rath sein Stadtsiegel zur Besiegelung des letzten Willens giebt[8], was doch wohl auf ein Bewilligungsrecht desselben hindeutet. Oder man hat die Errichtung des letzten Willens vor zwei Rathsmannen oder zwei Schöffen zugelassen[9]. Die Kirche ihrerseits hat dabei ihr Interesse dadurch gewahrt, dass sie als nothwendigen Bestandtheil des Testamentsinhalts eine Vergabung zum Seelenheil (Seelgerät) zur Anerkennung gebracht hat[10].

Ausserordentlich viel kam jeweilen darauf an, ob die weltliche Gewalt mit der geistlichen Macht auf gutem oder auf gespanntem Fusse stand. So z. B. schien in Basel zu der Zeit, da die bischöfliche Autorität noch nicht offen beanstandet war, das Testament auch bei den Laien Eingang zu finden; der Basler Bürger Rudolf Haldahüseli

---

[7] Gosl. Stat. 9, 17 (zweiter Text). Ueber das Princip der Zulässigkeit von Testamenten Privileg von K. Wenzel für Goslar von 1390, das. S 122 Z. 31 f.

[8] C. d. Francofurt. (Böhmer) S 315. 317. 362. 391.

[9] In Lübeck, Cod. II Art. 103 (Hach S 297); in Köln, Verordnung von 1387 in Quellen von Köln (Ennen und Eckertz) I 207 f. Doch sind da auch notarialische Testamente zulässig. Das Testament der Mabilia, filia Apollonii Errebolt, von 1233, in Quellen von Köln II Nr 138, ist durch Schreinsbucheintrag vollzogen.

[10] Vgl. Stobbe, Handbuch V 198 Anm 9.

errichtete 1296 ein solches vor dem Official „secundum jus et consuetudinem civitatis Basiliensis“ [11], und aus der ersten Zeit des 14. Jahrhunderts finden sich vielfach solche Aktenstücke. Aber die Vergabungen unter Lebenden vor Schultheissengericht behielten doch die Oberhand, und ganz sicher war doch immer nur die Uebertragung vor weltlichem Gerichte. So, als der reiche Krämer Johann Stamler im Jahr 1379 vor dem Official sein Testament errichtet hatte [12], wodurch er in der St. Peters Kirche eine grosse Pfründe stiftete, fand er es doch zweckmässig, es im folgenden Jahre 1380 vor dem Schultheissen in der Form zu wiederholen, dass er den ebenfalls vor Gericht erschienenen Dekan des St. Peters Stifts zu Handen dieser Pfründe in Gewalt und Gewer der hiezu vergabten Häuser und Renten setzte, seine Ehefrau ihren Consens dazu geben liess und darauf diese Güter wieder zu Leibgeding empfing [13]. Also noch vollständig Vergabung unter Lebenden mit sofortiger Eigenthumsübertragung. Im Jahre 1386, zu einer Zeit, da die Verhältnisse zwischen Bischof und Stadt aufs äusserste gespannt waren und namentlich der Rath eben erst das Schultheissenamt durch Verpfändung erworben hatte, womit die Streitigkeiten zwischen Rath und Bischof über die Competenz von Schultheissen- und Officialgericht begannen, erfolgte dann jene Rathserkanntnis (oben § 198 Anm 9), welche alle Errichtung letzter Willen anders als vor Schultheissengericht strengstens verbot.

Der entscheidende Schritt für den Uebergang von den eigentlichen (zweiseitigen) Vergabungen unter Lebenden zu den Testamenten geschah wie hier in Basel so auch anderwärts, wo man das alte Princip festgehalten hatte, dadurch, dass man die Anwesenheit des Bedachten vor Gericht und dessen Entgegennahme der Schenkung fahren liess. Dazu hatte man namentlich von der Seite her Anlass, dass mit der Hauptvergabung an den anwesenden Bedachten doch mehr und mehr auch andere Zuwendungen verbunden wurden. Sehe ich ab von den Bewidmungen unter Eheleuten, die im Grunde nur äusserlich hieher gehören, innerlich einem ehegüterrechtlichen Zwecke dienen und daher in unserer Frage nicht ausschlaggebend sind, so finde ich unter den Vergabungen von Todes wegen über ganze Ver-

---

[11] Trouillat II Nr 491.

[12] Einseitig, ohne Anwesenheit des Bedachten, petens a nobis officiali, sibi litteras testimoniales per nos fieri de premissis.

[13] Ganz so auch eine letztwillige Vergabung des Joh. Ner, Probstes zu St. Peter, zu Gunsten seines unehelichen Sohnes Peter, den er auch in Gewalt und Gewer setzt und von dem er die Güter zu Leibgeding zurückerhält, noch im Jahre 1460.

mögen ungemein häufig solche, welche einer Hauptverfügung, etwa einer grossen, mit dem Hauptstücke des Vermögens dotierten Stiftung bei einer Kirche, noch eine Menge kleiner Legate aller Art über Fahrnisstücke und Geldsummen an Verwandte und Freunde folgen lassen. Alle diese Legatare wurden aber von jeher nicht beigezogen, es blieb bei dem Hauptbedachten. Und hierin gab man zuerst dem geistlichen Rechte nach, dass man die Vergabung als ein einseitiges Geschäft zuliess. Das scheint in Zürich nach den von F. v. Wyss a. a. O. mitgetheilten Belegen aus den Gemächdeprotokollen schon früh eingetreten zu sein; auch anderwärts ging man im 15. Jahrhundert dazu über. Die Oeffentlichkeit vor Rath oder Gericht war gewahrt, das genügte; das Interesse der Erben konnte durch die Controle der Behörde gehandhabt werden; nur wenn keine einspruchsberechtigten, oder wie man jetzt sagte, keine nothwendigen angeborenen Freunde vorhanden waren — und der Umfang dieser Notherben war bereits eng gezogen (§ 189) —, so gab das Gericht seine Einwilligung[14]. So mündete nun auch hier die Rechtsentwicklung in dasselbe Resultat aus, das anderwärts (Köln, Frankfurt) schon zwei Jahrhunderte früher erreicht worden war.

Eine zweite wichtige Concession an das Testamentsrecht lag darin, dass man das persönliche Erscheinen des Erblassers vor dem Gerichte erliess, wenn derselbe wegen Krankheit sein Haus nicht verlassen konnte. Man verzichtete damit auf das allmählich auch für die gerichtliche Fertigung in Anspruch genommene Requisit voller Körperkraft[15]. Der Rath oder das Gericht schickte jetzt eine Deputation aus seiner Mitte vor das Haus, aber der Kranke musste wenigstens noch Kraft genug haben herunter zu kommen auf die Gasse und da seinen Willen zu eröffnen. Schliesslich verstand man sich auch dazu, den Kranken im Bett zu lassen und ihm die Deputation ins Zimmer zu schicken[16].

---

[14] Ungedr. Urk. des Spitals zu Basel 1460: der Schultheiss macht ein Gericht in der Spalenvorstadt vor dem Orthaus zum schwarzen Rade, und kam vor ihn Frau Grede von Bartenheim, obschon schwach an Körper, und da sie weder Vater, Mutter noch eheliche Kinder hätte, auch sonst keine nothwendigen angeborenen Freunde, machte sie also durch letzten Willen, dass man ihre Häuser verkaufen und das Geld dem Spital geben solle.

[15] Man bemerke nämlich: dieses Requisit galt ursprünglich nur für das Verschenken von Fahrnis, bei der gerichtlichen Fertigung war davon gar keine Rede. Jetzt, im Kampfe mit dem Testament, wird auch die Nothwendigkeit der gerichtlichen Fertigung damit motiviert, dass der Erblasser doch noch so viel Kraft habe, um vor Gericht zu gehen. Vgl. Stobbe, Handbuch V 205.

[16] Vgl. Rechtsquellen von Basel I Nr 264 Art. 108 u. 109 (S 330).

War man einmal so weit gegangen, so konnten auch Erleichterungen für die Gesunden nicht mehr so leicht versagt bleiben. Man gestattete zwar nicht sofort Errichtung von Privattestamenten, die Heimlichkeit sollte noch ausgeschlossen bleiben, aber man liess zu, dass der Erblasser seinen letzten Willen schriftlich dem Rathe oder Gerichte übermittelte und diese Behörde nach Kenntnisnahme davon ihre Genehmigung ertheilte. Daraus ist dann schliesslich siegreich die Einreichung des verschlossenen Testaments an das Gericht hervorgegangen[17].

§ 202. III. Testamentsexecutoren.

Wie wir eben gesehen, ist der Ausgangspunkt für die Testamente nicht im römischen Rechte, sondern in dem deutschrechtlichen Institute des Anvertrauens einer Vergabung in die treue Hand von Salmannen zu finden. Es ist daher die Regel geblieben, dass der Erblasser Testamentsexecutoren ernennt und denselben die Vollziehung seines letzten Willens anvertraut. Die Testamentsexecutoren sind nichts anderes als Salmannen[1]. Daraus ergiebt sich auch der rechtliche Charakter derselben. Das kanonische Recht spricht etwa von ihnen in einer Weise, welche könnte annehmen lassen, das Verhältnis sei als eine Art von Mandat aufgefasst worden[2]. Aber das deutsche Recht hat sie ihrer alten Bedeutung gemäss als Vormünder angesehen. Es ist hier im wesentlichen auf das in § 49 Ausgeführte zu verweisen. Dort ist aus einander gesetzt, wie die Ernennung des Salmanns auf die causae commendatio per festucam zurückführt, worin die Ernennung zum Muntboro gelegen hat. Und die Erinnerung an diese Herkunft des Instituts hat sich bei den Testamentsexecutoren leichter erhalten können als bei den für Uebertragung eines einzelnen Grundstücks bestellten Salmannen, weil ihnen eine vollständige Vermögensverwaltung und Vermögensliquidation anvertraut wird. Es werden auch die Testamentsexecutoren hie und da geradezu Vormünder genannt[3].

---

[17] F. v. Wyss a. a. O. S 104 f.

[1] UB. des Hochstifts Halberstadt I Nr 306 (v. J. 1184): Prepositus R. in extremis agens de curia sua testamentum condidit, ordinavit namque cum salmannis sive testatoribus suis, ut curia archidiacono conferretur.

[2] c. 19 X de testam. 3, 26: executores testamenti post mandatum susceptum cogi debent testatoris explere ultimam voluntatem.

[3] Schöffenurtheil bei Wasserschleben, Rechtsquellen S 101 c. 178 (auch bei Böhme, Diplom. Beitr. VI 133): hat ern bruder zcu vormunde gekorn zcu volbrengin die gobe. Urk. von 1332 bei Beseler, Erbverträge I 280 Anm 6:

Immerhin hat sich das Institut der Testamentsexecutoren schon früh von seiner ursprünglichen Wurzel in einer wichtigen Beziehung, nämlich in der Art und Weise der Bestellung, emancipiert. Diese war im alten Rechte durch einen zweiseitigen Akt erfolgt, an welchem sich der Vergabende und der Salmann in rechtlich bedeutsamer Weise bethätigten: jener durch die Sale, das fidei committere, dieser durch Gelöbnis (fidem facere) der dereinstigen Vollziehung. Und wo man die Vergabungen durch gerichtliche Fertigung gegenüber dem Testamente starr festhielt, blieb es auch dabei und erfolgte die Vergabung in die Hand des Testamentsexecutors, falls ein solcher beliebte (denn häufig war seine Verwendung da nicht). Es brachte es nun aber die ganze Tendenz der Testamente, die auf möglichst principielle Durchführung des Grundsatzes der Einseitigkeit der Verfügung hindrängte, nothwendig mit sich, dass der Testamentsexecutor nicht mehr zur Testamentserrichtung brauchte zugezogen zu werden. Als Uebergangsform mag etwa der Modus betrachtet werden, dass die von dem Official oder dem Notar ausgefertigte Testamentsurkunde dem Testamentsexecutor übergeben wurde; in der späteren Zeit bildete die Ernennung der Testamentsexecutoren blos noch einen Artikel in dem Testamente, wovon möglicherweise die zu dieser Besorgung Berufenen nichts wussten, bis mit dem Tode des Erblassers das Testament eröffnet wurde[4]. Es ist übrigens natürlich, dass in dieser Beziehung die verschiedenen Modalitäten sich neben einander im Gebrauche erhielten, je nachdem es dem Testator jeweilen passte.

Dagegen entspricht es vollständig der alten Bedeutung des Salmanninstituts als einer commendatio causae, dass die Testamentsexecutoren die Ausführung des letzten Willens und die Ausrichtung der Legate ausschliesslich in ihre Hand bekommen und die Liquidation, so weit sie dazu nöthig ist, besorgen, ohne seitens der Erben irgend wie Weisungen und Vorschriften annehmen zu müssen[5]. Nicht nur übertragen sie, nicht die Erben, vermachte Liegenschaften durch Auflassung und gerichtliche Fertigung kraft ihrer fideicommissarischen Gewalt[6], sondern wo ein bestimmtes Capital mit der Auflage, es in

---

heft ghekoren hern Jane to einem vormunden unn salmanne eres gudes: wat he dar mede deit, dat scal stede unn ganz wesen, alse icht dat se silven didde. — Auch Pauli, Abhandl. aus dem lüb. Rechte III 316: ein vogteilicher Charakter.

[4] So Trouillat II Nr 491.

[5] Quellen von Köln (Ennen) V Nr 119. Stobbe, Handbuch V 262 f.

[6] Beispiel: ungedr. Urk. des St. Peters Stifts zu Basel von 1327: coram officiali executores testamenti Rudolfi scolastici S. Petri . . . altari quod testator construi in testamento jussit, deputant in dotem domum testatoris.

einer Rente anzulegen, legiert ist, sind sie es, welche die Rente kaufen und sie dem Bedachten alsdann fertigen[7], und wo das Vermögen zu liquidieren ist, damit die Legate ausgerichtet werden können, führen sie die Liquidation durch[8]. Kraft der in der Bestellung zum Testamentsexecutor liegenden Commendation (nach späterer Auffassung Sale) gelten sie auch berechtigt, sofort mit dem Tode des Erblassers vom Nachlasse Besitz zu ergreifen, ein Anspruch, der etwa so rücksichtslos gegen die Erben practiciert wird, dass das weltliche Recht ihn abzuerkennen veranlasst ist[9].

---

§ 203. Schlusswort.

Ist das hier zum Schlusse gelangte Werk nicht allzuweit hinter der im Eingange gestellten Aufgabe zurückgeblieben, so wird nun, hoffe ich, bei dem Leser, der mir bis zu Ende hat folgen mögen, der Eindruck nicht fehlen: das deutsche Recht des Mittelalters ist ein ebenso reich angelegter und planvoll gefügter als in harmonischer Uebereinstimmung mit der socialen und wirthschaftlichen Entwicklung des deutschen Volkslebens ausgebildeter Bau gewesen, darum auch wahrlich nicht das geringste Stück der deutschen Cultur, um so glänzender und bewundernswerther, als es mitten aus dem Volke herausgewachsen, vom allgemeinen Rechtsbewusstsein getragen, das geistige Leben der ganzen Nation auf dem Rechtsgebiete offenbart, ein von den Schöffengerichten sicher gehandhabtes Gewohnheitsrecht, nicht ein dem Volke entfremdeter Alleinbesitz eines Juristenstandes. Als solches Schöffen- (d. h. Gewohnheits-)Recht ist es zu seiner höchsten Blüte gediehen, wie sie im 13. Jahrhundert entfaltet ist. Bei dieser Blüteperiode bin ich im wesentlichen, dem Zwecke meiner Arbeit gemäss, stehen geblieben. In dieser Zeit stehen die das Recht schaffenden Organe noch in einer von Leben strotzenden Kraft, die Schöffengerichte der freien Leute fühlen sich noch als die Träger des alten

---

[7] Beispiel: ungedr. Urk. des St. Peters Stifts zu Basel von 1323: die Testamentsexecutoren des Priesters Johann v. Morswiler contulerunt redditus unius libre in anime Johannis de M. remedium capelle in Morswiler, quos redditus eis vendiderat Johannes Zweibrot.

[8] Beispiel: das. Urk. von 1316: die Testamentsexecutoren des Probstes Heinrich v. Wilen recognoscunt se domum (ejus) pro C libris et L solidis solutis et in pios usus secundum ordinationem testamenti conversis vendidisse.

[9] Rechtsquellen von Basel I Nr 74.

Volks- (Land-) Rechts, und das Gefühl des Zusammenhangs der einzelnen Stammesrechte unter einander und ihres Ursprungs aus einheitlicher Rechtsidee ist allgemein verbreitet.

Von da an aber führt die politische Entwicklung Deutschlands rasch diese Rechtsorgane der Verkümmerung entgegen; die Volksgerichte, die Hüter und Pfleger des Volksrechtes, weichen den herrschaftlichen Gerichten in den neuen Territorien. Noch kommt es zu einer Nachblüte vorab in den Städten, welche altfreies Schöffenthum sich bewahrt haben, zumal wenn durch ein weites Geltungsgebiet ihres Rechtes der Blick für das grosse Ganze der Rechtsordnung geschärft bleibt, wie bei dem Magdeburger Schöffenstuhl. Aber wo die Schöffengerichte untergehen und die Handhabung des Rechts an die herrschaftlichen Vögte und Amtleute überantwortet wird, ist die alte Quelle verschüttet, durch die es sich früher reich sprudelnd ergossen hat. Und da jetzt der Juristenstand die Führung übernimmt, so tritt das römische Recht auf den Plan.

Wie ganz anders aber hat sich die Rechtswissenschaft bethätigt als ihre Schwester, die Kunst der Renaissance! Diese hat das Alterthum nicht wieder in die Herrschaft eingesetzt, sondern mit ihrem Geiste neu durchdrungen oder vielmehr das überlieferte Nationale mit dem Geiste des Alterthums befruchtet und neu belebt. Was hätte die Rechtswissenschaft leisten können, wenn sie das einheimische Recht mit der den Römern abgelernten Kunst des juristischen Denkens und Ausdruckes durchdrungen und neu gestaltet hätte! Sollen wir es als einen Beweis für die Inferiorität der deutschen Juristen des Humanistenzeitalters ansehen, dass sie diese von der Kunst gelöste Aufgabe nicht einmal ernstlich anzugreifen versucht haben? Es darf wohl auf jene Juristen ein Wort Anwendung finden, das einer der ihrigen in Bezug auf die Scholastik des Bartolus und seiner Zeitgenossen gesprochen hat: temporum vitium est, non hominum[1]. Die Quellen des

[1] Es findet sich in einem Briefe des Bonifacius Amerbach an seinen in Padua studierenden Sohn Basilius vom 18. Dec. 1553 (in der Briefsammlung Amerbachs auf der Basler Bibliothek). Der hübsche Passus lautet so: der Vater ermahnt den Sohn, die philosophischen Studien nicht zu vernachlässigen, quandoquidem futuro jurisconsulto philosophiae maxime moralis ac rhetorices cognitionem necessariam esse, vel Papiniani et reliquorum jureconsultorum responsa Pandectis inserta satis superque declarant. Quod autem in Bartolo ceterisque interpretibus nostris hujusmodi ornamenta non inveniantur, temporum vitium est, non hominum; quibus si in feliciora haec saecula incidissent, nihil doctius fuisset, nihil elegantius, nihil φιλοσοφώτερον, longeque aliam nobis legum explicandarum πραγματεῖαν quam accepimus reliquissent. Nos sane culpandi potius, qui de vetere instituto pertinaciores nihil remittimus. Nec tamen dubito, litteris ac studiis tam feliciter ad pristinam

nationalen Rechts fliessen zu ihrer Zeit nicht mehr und damit sind die Mittel zu seiner Erkenntnis abgeschnitten. Aber untergegangen ist das deutsche Recht nicht, und die Juristen jener Zeit haben sich unbewusst ihm gebeugt und alles, was von ihm lebenskräftig gewesen, nur mit dem Gewande des römischen Rechtes bedecken, nicht beseitigen können[2]. Je mehr wir in dem Verständnis des deutschen Rechtes vorschreiten, desto sicherer wird die Ueberzeugung werden, dass das, was wir Reception des römischen Rechts nennen, doch nichts andres als eine Renaissance des nationalen Rechtes, eine Neugestaltung und ein reicherer Ausbau desselben vermittelst der römischen Jurisprudenz gewesen ist und immer mehr werden muss. Wir stehen noch in den ersten Anfängen der Erkenntnis deutschen Rechtes; in der Zukunft wird sich sonnenklar die Thatsache enthüllen, dass das nationale Recht dem deutschen Volke nicht verloren gegangen ist, sondern in dem heutigen Privatrechte fortlebt, ausgebaut und systematisch vollendet mit der Technik des römischen Rechtes.

---

dignitatem saeculo tam felici properantibus paulo post veteri verbo locum fore ἄλις δρυός, quo eos qui invento frumento glandes fastidiebant usos esse proverbium declarat.

[2] Im Sachenrecht ist vorwiegend das System römisch, das Material deutsch. Im Obligationenrecht ist das Grundprincip des Vertragsrechtes deutsch, das Erbrecht ist überwiegend, das Familienrecht vollständig deutsch, und das Dotal- und Peculien- und Tutelrecht schlottert bedenklich um seine Glieder. Man vergleiche nur beispielsweise, wie das Urtheil von Wolfenbüttel bei Seuffert, Archiv XXXII Nr 150 sich abmüht, um den Satz, dass Kinder in väterlicher Gewalt ihren Verdienst dem Vater erwerben, aus dem justinianischen Rechte zu rechtfertigen. Wie leicht wäre die Begründung mit dem deutschen Rechte gewesen, das dem Gerichtshofe unbewusst im Blute gelegen hat.

Sachregister zu Band I und II.

(Die römischen Zahlen verweisen auf den Band, die arabischen auf die Seite. A bedeutet Anmerkung.)

Abdicatio, Auflassung II 75.
Absacitum se facere II 70.
Abschichtung s. Schichtung.
Absonderung, der Kinder II 40; des Sohnes, Aufhebungsgrund väterlicher Gewalt II 435. 438 f.
Accrescenz unter Gemeindern I 243, II 408. 461. 471. 528; bei Gesammtschuld II 258 f.
Achtebrot, Achtschnitter s. Ahte.
Actiengesellschaft I 281. 294. 304 f.
Adel I 161.
Adelsrecht, bei Gemeinderschaft I 231 f.; im ehelichen Güterrecht II 317. 332; bei Widerlegung II 371; bei Morgengabe II 378; im Erbrecht II 576. 599.
Adfatimus s. Affatomie.
Adjudication eines Guts giebt die Gewere II 37; Eigenthumserwerbsart II 65; A. von Reallastberechtigungen I 347 f.
Adoptare in hereditatem II 621 f.
Adoption durch Haarabschneiden II 435; Einkindschaft nicht A. II 478.
Adulterare II 284.
Advocaticii homines I 169.
Aergerung des Guts bei Leibzucht II 127.
Affatomie, ursprüngliche Bedeutung II 621, I 215; im späteren fränkischen Rechte II 582. 625; Uebergang in die traditio post obitum II 626 f.; A. nicht die Grundlage des fränk. Gesammthandsrechts der Eheleute II 320, nicht der Verfangenschaft II 462.
Afterleihe I 355.
Agnation II 272 f.
Ahnen, Vierahnenbeweis I 166 f. 172. 179.
Ahte II 183 A 18.
Aldius I 127. 182.
Alluvio, alveus derelictus II 66 A 4.
Almend I 263 f. 306 f.; Zubehörde der Güter I 362.
Alpgenossenschaften I 295.
Alterstermine I 54, II 489 f.
Altersvormundschaft s. Minderjährigkeit.
Amund I 183.
Andelanc, Fechtbinde II 71 A 20.
Anevang, Klagart im Klagensystem I 385; Gegensatz zu schlichter Klage I 389 A 9; bei Besitzeinweisung in einen Nachlass II 563.
Anevangsklage bei Fahrnisvindication II 7. 215 ff.
Anevelle, bei Lehn II 515.
Anfall, im Sinne von nudum jus, nuda proprietas II 25. 80. 128; Anfall der Erbschaft II 559 f.; lediger Anfall I 244 A 15.
Anrüchigkeit I 195.
Ansedel II 576. 578.
Antritt der Erbschaft II 560. 570; Verzicht auf Antritt II 570 f.
Anwartschaft s. Wartrecht.
Armenhäuser, juristische Personen I 324.
Arrha, Begriff I 76 f.; bei Verträgen II 247. 253 f.; bei Eheschluss II 283.
Arrhalverträge II 253 f.
Ascendenz, Erbrecht ders. II 585. 602. 607 f.
Asto animo I 62.
Auflassung, Wesen derselben II 74; ihre Verwendung II 76 f., I 78. 205. 218. 221. 241. 350. A. des Rentenrechts I 356, bei Lehnsrückgabe II 166, bei Rückgabe eines Zinsguts II 181; keine Auflassung bei Leibzuchtsbestellung II 125, bei Satzung II 141, bei Belehnung II 155.
Aufsagen des Lehns II 166.
Augment de dot II 370.
Ausländer I 144 f.
Ausradung II 293. 368.
Aussetzung der Kinder II 431.
Aussteuer der Ehefrau II 293. 367; siehe auch Heimsteuer.
Aviatica terra II 575.

Balemundung II 512.
Bannrechte I 336.
Bannus regis I 111.
Bannwasser I 369.
Bannwirken über Liegenschaften II 86.
Bauernstand I 180.
Bedemund I 143.
Beilager siehe Beischlaf.
Beisassen I 291. 307.
Beischlaf, eheschliessender Akt II 282. 287.
Beisitz, des überlebenden Ehegatten II 342, der Witwe II 295. 298. 326. 348, im ostfälischen Recht II 357. 359, mit den Kindern II 451 f.
Bekümmern = verpfänden II 128 A 1. 201.
Beneficium = Lehn II 154; = Niessbrauch II 168.
Beneficium abdicationis s. renunciationis siehe Schlüsselrecht.
Berechnung der Verwandtschaft II 588 f.
Bergregal I 369 f.
Bergwerksgenossenschaften I 302 f.
Besatz eines Guts, Pertinenz I 360.
Besitz, juristischer II 9. 14. 21. 38; siehe Gewere.
Besitzeinweisung II 34; gerichtliche des Erbansprechers II 562 f.
Besitzentsetzung s. Dejection.
Besitzstörung II 45.
Besserung des Guts, bei Leihe I 355, II 173 f.; unterliegt dem Heimfallsrecht II 185.
Besthaupt I 139 f.; Reallastnatur desselben II 184; beim Dreissigsten II 568.
Bestorben sein in der Were II 40. 561. 565.
Beweisen = in den Besitz einweisen II 42.
Beweisurkunde I 87.
Bienenschwarm, Eigenthumserwerb II 194.
Biergelden I 166.
Bifang II 66. 316.
Blutsverwandtschaft II 272.
Bodenregal II 98.
Bona mercatoria II 58.
Borgen = verbürgen od. darleihen? II 245.
Brautkauf II 277 f.
Breve I 87.
Brief und Siegel, Vergabung durch B. u. S. II 124; bei Satzung II 147; bei Vergabung auf den Todesfall II 635.
Bumede I 143.
Bürgen als Pfand gesetzt II 232. 240. 251.
Bürgerstand I 180.
Burgfrieden I 233.
Bürgschaft II 250 f.
Busen II 586 A 2. 583.
Busse der Liten I 185.
Buteil I 139; Reallastnatur II 184.

Capitale I 63.
Capitalgenossenschaften I 281. 302.
Capitalistenalpen I 296.
Captura s. Bifang.
Carta I 88.
Cartularii I 184.
Casus s. Zufall.
Censualis I 136. 186.
Census s. Zins; census pro investitura II 26 f. 120. 147.
Cerocensualis I 137.
Cession I 214.
Chorherrncapitel, juristische Personen I 323.
Cirographum I 92. 167.
Cloaken II 53.
Cognation II 272 f.
Coheredes I 230. 271.
Collatio feudi II 155.
Collation, bei Erbtheilung II 569; geistlicher Aemter I 381.
Commendatio in manus I 113. 121. 318; causae I 204. 216.
Communio bonorum prorogata II 472.
Communionsdeichung I 298.
Communis manus I 223 f.; siehe gesammte Hand.
Communitas villanorum I 266.
Comparticipes, Ganerben I 230.
Compasculatio II 53.
Componere = solvere II 231.
Compositio I 63; der Frau im Kaufpreis enthalten II 280.
Concessio bei Leihe II 178.
Concubinat II 282.
Concurrenz der Parentelenglieder im Erbrecht II 599.
Condominial- und Consolidationsprincip bei Verfangenschaft II 462.
Confirmation bei geistlichem Amt I 381.
Conjugium initiatum und consummatum II 290.
Consortes, Ganerben I 229 f.
Convenientia II 228. 239 f.
Conventionalstrafen I 64; werden wadiert II 238. 242. 244; als Reugeld II 257.
Copula carnalis siehe Beischlaf.
Corporation I 255. 281. 323 f.
Culpa siehe Fahrlässigkeit.

Dachtraufe II 53.
Dagewardi, Dageskalken I 185. 299.
Debitum, für Wergeldschuld II 543.
Deichgenossenschaften I 296 f.
Dejection II 38. 40. 44 f.
Deichpfand I 297.
Deliberationsrecht des Erben innerhalb des Dreissigsten II 568.
Delictsklagen, Ersatz durch Civilklagen bei Sachen II 7; bei Obligationen II 231.

Delictsschulden, der Ehefrau, Haftpflicht des Mannes II 383; des Hauskindes, Haftpflicht des Vaters II 449. 450; des Mündels, Haftpflicht des Vormunds II 497; der Gemeinder II 545; des Erblassers, Haftpflicht des Erben II 546.
Denarialis homo I 183.
Denarii tryphales II 384 A 7.
Denarius bei Freilassung I 82 A 13.
Depositum, Vindication desselben II 214.
Descendenz, Erbrecht II 579 f. 609 f.
Desponsatio s. Verlobung.
Detention bei Liegenschaften und bei Fahrnis I 395, II 9.
Diebe, sind rechtlos I 193. 195, ehrlos I 197.
Dienstbotenlohn s. Gesinde.
Dienste, Reallast I 352; bei Zinsgütern II 182.
Dienstleute, schöffenbare I 174.
Dienstrecht I 26 f.
Dispositivurkunden I 88.
Dolus II 263 f.
Domcapitel, juristische Personen I 323.
Dominium = Herrschaft I 33. 95. 284 f. 316, II 16 f. 48; directum und utile I 287, II 48 f.
Donatio ante nuptias, Einfluss auf die dos II 306.
Donatio nuptialis bei den Burgundern = dos II 301.
Donatio post obitum II 118 f.
Dorfetter I 263.
Dorfgenossenschaft I 262.
Dorfpatriciat I 291.
Dos der Ehefrau, bei den Germanen II 294 f.; im sal. Recht II 306 f.; im rib. Recht II 313 f.; im alam. Recht II 326 f.; im bair. Recht II 343; im westfäl. Recht II 345 f.; im ostfäl. Recht II 345. 357 f.
Dotalicium II 370 A 1; s. Widerlegung.
Dotation, von Königinnen I 310. 312; von Kirchen I 316; der Ehefrau, wesentlich zu vollkommener Ehe II 282. 285.
Douaire II 309. 311 f.
Dreifelderwirthschaft II 52 f.
Dreiliniensystem in der Erbfolge II 611.
Dreissigster I 361, II 39. 567 f.
Drittheilsrecht, im ehel. Güterrecht von Meissen II 363.
Dursone I 82.

Ebenbürtigkeit I 155 f.
Echte Noth, Begriff I 59; wiefern bei Ueberschuldung II 550.
Echtlosigkeit I 198.
Effestucatio s. exfestucatio.
Ehe, unebenbürtige I 158. 167. 178; zwischen Freien u. Unfreien I 187; zweite Ehe der Witwe unstatthaft im alten Recht II 295, im sal. Recht II 307.
Eheabreden s. Eheverträge.
Ehebeschränkungen im Hofrechte I 142.
Ehebruch II 291 f.
Ehebruchstrafen II 283 f.
Eheconcordate im Hofrechte I 144.
Ehefrau, Dispositionsfähigkeit in Haushaltungssachen II 382.
Ehehindernisse, Berechnung der Gradnähe II 591. 595.
Eheliches Güterrecht s. Güterrecht der Ehegatten.
Eherecht = portio statutaria II 330. 423 f.
Ehescheidung II 291; Sonderung der Güter in Folge solcher II 395.
Eheschliessung II 277 f., durch Beischlaf vollzogen II 282; Consens des Vaters II 432, der Eltern II 433.
Eheschulden II 405 f.
Ehestiftung s. Eheverträge.
Eheverbot II 290. 591. 595.
Eheverträge, überhaupt II 426; Einfluss auf Ausbildung des ehelichen Güterrechts II 305.
Ehevogtei, durch Trauung begründet II 287; allen Güterrechtssystemen gemeinsam II 380 f. 397; Verschärfung zu ausschliesslichem Verfügungsrechte des Mannes II 418.
Ehre, bürgerliche I 190 f.
Ehrenwort II 245; Verpfändung desselben II 247 f.
Ehrlose, lehnsunfähig II 166.
Ehrlosigkeit I 196.
Ehrschatz I 141, II 183.
Eid, im Rechtsformalismus I 48; als wadia II 245; des Bürgen II 252.
Eideshilfe als Ebenbürtigkeitsrecht I 157.
Eigen, ursprünglicher Sinn II 17; freilediges II 47. 51, durchschlächtiges II 47 A 3; Erb- und Kaufeigen II 58.
Eigenliche Gewere s. Gewere.
Eigenschaft = Eigenthum I 33 A 2. 284, II 48. 51. 181.
Eigenthum, ursprünglicher Begriff I 67, II 47; Gegensatz zu Grundherrschaft I 284 f.; lebenslängliches II 17 A 17; getheiltes I 287, II 48 f.; geistiges I 341. Erwerb des E. bei Immobilien II 66 f., bei Mobilien II 193 f.; Gerichtlichkeit II 81 f., rechtliche Wirkung derselben II 100 f. Uebertragung auf den Todesfall II 117 f.; s. auch Vergabung.
Einkindschaft II 476 f.
Einleitung = Einweisung in den Besitz II 41 A 19. 564.
Einweisung s. Besitzeinweisung.
Einwerfungspflicht bei Erbtheilung II 569.

Einzinserei II 186 f. Retractrecht der Einzinser II 61.
Eltern, Erbrecht II 584 f. Rechtsverhältnisse zwischen E. und Kindern II 431.
Emancipatio Saxonica II 441.
Emphyteusis s. Erbleihe.
Enkel s. Descendenz.
Entführung s. Raubehe.
Erbabfindung II 570.
Erbanfall s. Anfall.
Erbantritt s. Antritt.
Erbberechtigung II 573 ff.
Erbe, das, Begriff II 537. 556. Specialerbfolge in Erbe II 555 f. 573 f.
Erbe, der II 573 f.
Erbeigen II 58.
Erbeinweisung, gerichtliche II 562 f.
Erbengewere s. Gewere.
Erbenlaub I 226 f. 339. 361, II 54 f.; bei Leibzuchtsbestellung II 59, bei Satzung II 142. 149, bei Lehnung II 59. 156, bei Zinsleihe II 180; bei Erbgut, nicht bei Kaufgut II 199. Aufforderung zur Geltendmachung bei Liegenschaftsverkauf II 85 f.; wiefern E. bei Fahrnisübertragung II 197 f.; bei Morgengabe II 378; des Hauskindes II 445. 448; wiefern Grund der Nichthaftung der Liegenschaften für Erbschaftsschulden II 550 f.
Erbfolge, Wesen derselben (Universalsuccession) II 532 f.; Gegenstand derselben II 540 f.; in Lehn II 612, in Heergewäte II 617, in Hofgut II 615, in Gerade II 618.
Erbfolgeordnung II 528. 573 f. 595 f. 609 f.
Erbgebühr, bei Hörigen I 137.
Erbgut, opp. Weichbildgut, in Westfalen II 350 f.; in Lübeck II 356. 425; in Ostfalen II 359 f.
Erbhaus s. Sterbehaus.
Erbleihe I 354, II 173 f.
Erbloses Gut, Anfall an den Richter II 557. 591. 622; bei Heergewäte II 617, bei Gerade II 620. Daher richterliche Vormundsbestellung mangels Verwandter II 500.
Erblosung II 61.
Erbmassen II 555 f.
Erbpacht, der Formeln von Angers II 168.
Erbrecht, ursprüngliches Princip II 521 f.; der Mutterverwandtschaft II 522 f., der Parentel als eines Ganzen II 599; als Ebenbürtigkeitsrecht I 157, Standesrecht I 194. E. in Fahrnis u. Liegenschaften II 525 f. 575 f.; der Ehegatten II 421 f.; im ostfälischen Recht II 393 f. 422, im fränk. Gesammthandsrecht II 408.
Erbschaftsantritt s. Antritt.
Erbschaftserwerb II 559.
Erbschaftsklage II 539.
Erbsühne, bei Wergeld II 541 f.
Erbtheilung II 569; im Hofrechte I 139.
Erbverbrüderung I 234.
Erbvertrag I 234; liegt nicht in den Vergabungen von Todes wegen II 639. 642.
Erbverzicht II 570.
Errungenschaft, eheliche, Begriff II 367; im sal. Recht II 310; der salischen Königinnen I 310; im rib. Recht II 313. 316; im ostfränk. Recht II 320. 325; im sächs. Recht II 346 f. 350. 392.
Ersitzungstermine, römische II 112.
Erstgeburtsrecht II 569; bei Liegenschaften II 578 f., bei Heergewäte II 569.
Ervelên II 614.
Erwerb der Erbschaft s. Erbschaftserwerb.
Etiketten I 340.
Exactionspapiere I 212 f.
Execution bei Reallasten I 349.
Executivische Forderungen (bei Wadiation) II 233. 237. 240 f.
Exfestucatio, Auflassung II 75.
Exire de praedio II 68. 70.
Exuviae I 140.

Fabrikzeichen I 340.
Facultas = Vermögen II 537.
Faderfio II 368 A 1.
Fahne, bei Belehnung II 156.
Fahrlässigkeit II 263 f.
Fahrnis, Begriff I 332 f.; Gewere an F. II 189; Eigenthumserwerb an F. II 193. Uebertragung, Erfordernisse II 197; Pfandrecht an F. II 201 f. Erbrecht in F. II 522. 525 f. 574 f.; Haftung der F. für die Erbschaftsschulden II 545 f. 550 f.
Fahrnisgemeinschaft, im ostfäl. Recht II 390 f.
Fahrnisklage II 5 f. 209 f.
Fall, im Hofrechte I 139. 246; vor dem Dreissigsten zu entrichten II 568.
Fallrecht = Rückfall des Nachlasses nach seiner Herkunft II 527 f. 607.
Fälschung, macht ehrlos I 197.
Familie, Begriff im alten Recht II 271 f.; keine juristische Person I 258. Haftpflicht der F. für Wergeld II 541 f.
Familiengut I 228.
Farae I 260.
Feldwege II 52.
Fenster in eines Andern Hof II 53.
Fertigung, gerichtliche, der Liegenschaften II 81 f.; bei Leibzuchtsbestellung II 126; bei Satzung II 141. 149; bei bäuerlicher Leihe II 178 f.; bei städtischer Erbleihe II 179 f. Ausdruck für Währschaftsleistung II 114.

Festuca, Begriff I 76 f.; Verwendung bei Bevollmächtigung I 204, bei Auflassung II 74 f., bei Wadiation II 232, bei Affatomie I 215.
Feudum paternum II 614.
Fideicommissarius I 220.
Fidelis manus I 220.
Fidem facere, fides facta I 79. 221, II 232 f.; s. Wadiation.
Filii = Kinder II 574.
Fischereirecht I 368. 369. 372.
Fiscus I 308.
Flüsse, öffentliche I 364 f.; Regalität derselben I 368.
Forderung, als activer Vermögenswerth I 374.
Formalcontract II 228. 245. 248.
Formalismus I 45 f.
Formeln I 71.
Formloser Vertrag II 227.
Forstregal I 371.
Fortuna = Vermögen II 537.
Frauenspersonen, Waffenunfähigkeit I 115; Vormundschaft derselben II 508 f.; ihr Erbrecht in Lehn II 613.
Fräuleinsteuer II 371.
Freiämter, Freiamtleute I 169; ihr Eigen II 97.
Freie I 161.
Freie Strasse, Gerichtsplatz II 82.
Freigelassene I 161. 182 f.
Freigüter in Westfalen II 91 f.
Freilassung per denarium I 82 A 13. 155 A 2. 183.
Fremde I 145. Liegenschaftserwerb durch Salmannen I 223.
Frevel, Frevelbusse = Verzugsbusse II 243.
Friedewirken bei gerichtlicher Fertigung II 84.
Friedlosigkeit I 111.
Fristen I 56 f.
Frohnden I 338. 352.
Früchte, Verdienen derselben II 195.
Fund, Eigenthumserwerb II 194.
Fundus ecclesiae I 316.
Fürnossenrecht, bei Retract II 61 A 4.
Fürpfand II 147 A 10. 148; für Rentenschuld II 151; für Sicherung des Frauenguts II 398.
Fürsprechen, Ebenbürtigkeitsrecht I 157; Standesrecht I 194.

Gabe = traditio II 73.
Gabella hereditatis I 147.
Ganerben I 228 A 2. 230.
Ganerbschaft I 232 f. 271.
Garethinx I 183, s. auch Thinx.
Gebäude, sind Fahrnis I 335. 360 f.
Gedeih und Verderb, gemeinsamer I 246, II 405. 453 A 4. 455. 465. 468. 470.
Gedigene I 135.
Gedinge, bei Lehn II 35. 158 f.; Gewere des Gedingsmannes II 42. 157. 159.
Gefahr, Tragung der G. bei Pfand II 202. 209.
Gefälle, rechtliche Natur I 336.
Gefolgeschaft, Aufnahme in G. wiefern Aufhebung der väterl. Gewalt II 436.
Gehöferschaft I 294.
Geistliche, Waffenfähigkeit, Unterwerfung unter Munt I 116; erben Gerade II 620; erben kein Lehn II 613.
Geloben, Gelöbnis I 79; juristische Bedeutung II 245.
Gemächde II 635. 644.
Gemeindebürgerrecht I 292.
Gemeinden I 289 f.
Gemeinderschaft, im allgemeinen I 223 f., II 54; bei Einzinserei II 187; bei Eheleuten II 342. 348. 400 f.; zwischen überlebendem Elterntheil und Kindern II 450 ff.; Einfluss auf das Erbrecht der Descendenz II 579 f.
Genealogiae I 260.
Generalerbfolge im Unterschiede von Universalsuccession II 533.
Generatio II 587 f.; generatio paterna und materna II 522. 527. 604.
Genossenlosung II 61.
Genossenschaft I 225. 258. 262 f.
Genossenschaftliche Rechte an Grund und Boden II 51.
Genosssame, im Ständerecht I 156; der Eheleute II 287.
Genosssamenehe II 322. 332. 337.
Gerade, im Hofrecht I 138; = hereditas materna II 577; = Aussteuer II 293. 368; = Gegenwerth der Aussteuer II 299. 357. Gewere an G. I 334. Specialerbfolge in G. II 274. 556 f. 618. Anfall an auswärtige Erben ausgeschlossen II 341. Verfügungsrecht der Ehefrau darüber während der Ehe II 382 f.; im ostfäl. R. II 390 f. 393. G. braucht der Vater vor dem Dreissigsten nicht auszuweisen II 567.
Gerechtigkeit = Realrecht I 292.
Gerichtliche Functionen, als Ebenbürtigkeitsrecht I 157.
Gerichtsbarkeit, rechtliche Natur I 336.
Gerichtsherrliche Bestätigung der Liegenschaftsveräusserung II 89 f.
Gesammtbelehnung I 233. 238. 240, II 615.
Gesammte Hand I 223; im Obligationenrecht II 258 f., im ehel. Güterrecht II 400 f.; im rib. R. II 314, im ostfränk. R. II 319, im westfäl. R. II 349.
Gesammteigenthum I 227.
Gesammtforderung II 258.
Gesammtschuld II 258 f.; bei Einzinserei II 187.

Geschäfte = letztwillige Verfügungen II 635 f. 644.
Geschlechtsreife, Erfordernis für Eheschluss II 288 f.
Geschlechtsvormundschaft II 508 f.
Geschwister, Erbrecht II 584 f.; Vorzug vor den Enkeln II 583.
Geschwisterkinder, erster Grad der Sippe II 592.
Geschreite II 188.
Gesinde, vor dem Dreissigsten nicht zu entlassen II 567.
Gesindelohn zahlt der Erbe II 549. 550.
Gespilderecht II 61.
Gesunt (Gesundheit) verwetten I 104.
Getheilenzugrecht II 61.
Gewalt s. väterliche Gewalt.
Gewandfall I 142.
Gewässer I 364 f.
Gewerbsgenossenschaft I 298.
Gewere, ursprüngliche Bedeutung I 98. G. verschieden an Liegenschaften und Fahrnis I 333, II 7; an Rechtsamen I 336; an Reallastberechtigungen I 338; an Renten I 357; an öffentlichen Sachen I 366.
— an Liegenschaften. Begriff II 20. Correspondieren von G. und dinglichem R. I 378. Erscheinungsformen II 18; unrechte G. II 21; gemene oder blote G. II 22; ledigliche G. II 22 A 5. 37; hebbende G. II 22; eigenliche, Leibzuchts-, Satzungs-, Lehns- und Leihegewere II 22 f.; G. zu Vormundschaft II 18 f. 26 A 1. 381. 391. 495 f.; mehrfache? II 25 f.
— des Heiligen bei Kirchen I 320; des Lehnsmanns im Landrecht II 29; des Zinsmanns II 31; des Erben II 39. 565; des Gedingsmanns II 42. 157. 159. G. zu Vormundschaft des Vaters II 443. G. von Mann und Frau an Frauengut im ostfäl. Recht II 388 f. Leibzuchtsgewere der Ehefrau II 126. Satzungsgewere des Gläubigers II 135.
— Merkmal der G. die Nutzung II 22.
— Erwerb II 33; bei Uebertragung II 33; bei Adjudication II 37; bei Erbgang II 39; durch Ablauf von Jahr und Tag II 37; bei Leibzuchtsbestellung II 126; bei Satzung II 142. 149; bei Belehnung II 155 f.; bei Zinsleihe II 178.
— Wirkungen II 42 f.
— Schutz II 44 f.
— rechte II 38 A 13; auf Grund gerichtlicher Fertigung II 103 f.; Ursprung derselben II 86 f.; zählt auch dem Erben II 40; bei Vergabungen auf den Todesfall II 120 f.; bei Leibzuchtsbestellung II 126; bei Satzung II 142. 146; im Lehnrecht II 157.
Gewere an Fahrnis II 189 f.; beschlossene G. II 191. G. der Tochter an der geerbten Gerade II 456 A 11. G. an Sachen der Reisenden II 191. G. über Gerade und Morgengabe bei Beisitz von Mutter und Sohn II 192. 456.
Gewerkschaft I 302.
Giebellichter II 53.
Gliederung der Sippe I 260, II 587.
Gottespfennig II 255 A 5.
Gottesurtheile I 48. 197.
Grade der Verwandtschaft II 589.
Grafschaft, rechtliche Natur I 336.
Grenze der Verwandtschaft II 591 f.
Grundbuch, Anfänge II 116. Eintragung der Liegenschaften auf den Namen des andern Ehegatten II 404, der Kinder bei Verfangenschaft II 463.
Grundeigenthumserwerb Fremder I 147.
Grundherrlicher Retract II 62.
Grundherrschaft I 33. 284.
Grundruhrrecht I 367, II 195.
Grundtheilrecht II 462. 467 f.; Verhältnis zu Verfangenschaft II 468.
Grundzins I 353, s. Zins.
Gült I 356, s. Rente.
Gütergemeinschaft, westfälische II 354 f. 408 f.; universelle und particuläre II 365; zwischen überlebendem Elterntheil und Kindern II 470 f.; Beginn mit dem Beilager II 287.
Güterrecht der Ehegatten, Gegensatz von Güterverbindung (Verwaltungsgemeinschaft) und Gütergemeinschaft II 305. 364 f. Güterverbindung nicht das ursprünglich allein herrschende System II 305. 320; allen Systemen gemein die Munt des Ehemanns II 379 f. 383; aber nicht Alleinherrschaft des Vormundschaftsprincips II 397 f. Trennung von Güterverbindungs- u. Gütergemeinschaftssystem im alamann. R. II 329 f. Mischung mit erbrechtlichen Elementen im westf. R. II 408 f., mit gegenseitigen Leibzuchtsrechten der Eheleute II 413 f. Ausschliessliches Verfügungsrecht des Ehemanns über das Ehevermögen II 417 f.; s. Gütergemeinschaft, Güterverbindung, gesammte Hand der Eheleute, Aussteuer, Heiratsgut, Errungenschaft, Leibzucht, Morgengabe, dos, Witthum, Widerlegung.
Güterverbindung II 337 f.; im ostfäl. Recht II 387; in der Schweiz II 396 f.
Gutgläubiger Besitzer, behält die Früchte II 196; bei Fahrnisklage II 214 f.
Gutsbeschlag, Pertinenz des Guts I 360 f.

Haften, Haftung II 226.
Haftgeld s. arrha.
Haftpflicht für Zufall bei Pfand II 202 f. 209; für Schaden I 62 f., II 262.
Halbgeburt, Erbrecht derselben II 586. 612; bei Verfangenschaft II 466.
Halbpacht II 172 A 12. 174.
Halm I 76; bei Auflassung II 75 f.
Hammerwurf I 65.
Handänderungsgebühr I 138, II 183.
Handdienste I 352.
Handelsmarke I 340.
Handgemal I 166 f. 175. 185. 232 A 17.
Handlohn II 183 f.
Handlungsfähigkeit, im allgemeinen I 199; volle H. Wirkung der Volljährigkeit II 437. H. des Hauskindes II 444 f.; des Mündels II 498.
Hand muss Hand wahren II 212 f.
Handschlag, als wadia II 245; des Bürgen II 252; als arrha II 254.
Handschuh, Symbol der Herrschaft I 96, II 67 f.
Handwerker, Veruntreuung anvertrauter Sachen durch H. II 214.
Haubergsgenossenschaft I 295.
Hauptfall, Hauptrecht I 141.
Hauptmängel verkaufter Thiere I 61.
Hauptsache, opp. Zubehörde I 358.
Haus s. Gebäude, Familie.
Hausgenossenschaft = familia II 271.
Hausgut I 227, II 303 f.; des Königs I 310 f.
Hauskind, vermögensrechtliche Stellung II 442 f.; sein Arbeitserwerb II 442; Rechtsgeschäfte desselben II 445; Delicte desselben II 450.
Hausmarke I 77. 232 A 17. 340 f.
Haus- und Grundbriefe II 147 A 12.
Heergewäte, Begriff II 617; Specialerbfolge II 274. 556 f. 617; Theilung desselben II 569; im Hofrecht I 138; Anfall an auswärtige Erben ausgeschlossen II 341.
Heerschild I 173 f.; nothwendig für Erbgang in Lehn II 613.
Heer- und Hoffahrt, bei Lehn II 163.
Heimfall des Guts von Eheleuten an die Herrschaft II 322 f. 337 f. 341; des Zinsguts bei Zinssäumnis u. a. II 185; des Hofguts an Grundherrn und Genossen bei Erblosigkeit II 616.
Heimsteuer II 318. 369.
Heirat der Töchter, Aufhebung der väterlichen Gewalt II 438. 441.
Heiratsgut II 368.
Heiratszwang, im Hofrecht I 143.
Heredes, speciell Kinder II 573.
Hereditas, juristischer Begriff im alten Recht II 537; aviatica II 575.
Hinlichs voirwerden = Eheverträge.
Hofgüter, Erbfolge II 615.
Hofmarke I 340.
Hofrecht I 26 f.
Hofspeise II 393, s. Mustheil.
Homagium, hominium s. Huldigung.
Homo synodalis I 176.
Honorarium II 183.
Hörige I 133. 181.
Hörigkeit I 35. 134 f.
Hospitäler, juristische Personen I 324.
Hubengüter I 290.
Huldigung, bei Lehn II 156.
Hut, bei Belehnung II 156.
Hypotheca = Fürpfand II 148.
Hypotheciertes Darlehn, sein Ursprung II 153.

Jagdregal I 370.
Jahr, zu seinen Jahren kommen II 491 f.
Jahr und Tag, Bedeutung I 57. Besitz von Jahr u. Tag vor Wiederverleihung eines erworbenen Guts II 37. 121. 126. Erwerb der Gewere nach Jahr u. Tag II 37. 46. Termin für Ausübung des Retractrechts II 64. Gerichtliches Aufgebot von Liegenschaften auf Jahr u. Tag II 86 f. Wirkung des Besitzes von Jahr u. Tag bei rechter Gewere II 104 f. Termin für gerichtliche Einweisung in einen Nachlass (Sterbehaus) II 563 f.
Jahrzeit s. Seelgerät.
Jahrzeitstiftungen I 325.
Jan (Theilrecht) I 295.
Ignorantia I 62.
Immobilien s. Liegenschaften.
Impedimentum legitimum I 59.
Indivision I 231.
Infamia I 195.
Inhaberpapiere I 212 f. 357. 375.
Insula in flumine nata II 66.
Integritas I 265. 360. 365.
Interimswirthschaft II 454.
Investitura, ursprüngliche Bedeutung I 97; per ramum arboris I 74; bei Eigenthumsübertragung II 68; im Lehnrecht I 382, II 154; bei bäuerlicher Leihe II 178; bei Amtsübertragung I 321 A 27. 381; bei Salmannsbestellung I 219. Gegensätzlichkeit zur traditio II 71 f.; sog. symbolische II 70. 76; propria und abusiva I 383.
Investiturstreit I 321.
Irrthum, Berücksichtigung im Rechte I 61.
Juden I 147 f.
Jüngster Sohn, Vorrecht im Erbgang II 579.
Juristische Personen I 253 f.
Jus ad rem I 380 f.
Jus compasculationis, compascendi, compascui II 53.

Jus primae noctis I 143.
Jus recadentiae, revolutionis, im Erbrecht II 607.

Kaiserrecht, Begriff im Mittelalter I 17.
Kämpfer I 193.
Kanonisches Eherecht II 290.
Kaufeigen II 58; von Erbenlaub unabhängig II 199.
Kaufleutenrecht II 322.
Kaufpreis, bei Brautkauf, wofür bezahlt? II 279 f.
Kaufvertrag II 253. Kauf der Braut II 277 f.
Kinder, Erbrecht derselben II 573 f. 607 f.; naturales und legitimi II 282. 285. Kind im Mutterleibe I 101.
Kinderzeugen bricht Ehestiftung II 428.
Kirchen, rechtliche Eigenschaft I 314 f.
Kistenpfand II 201.
Klagbarkeit der pacta nuda II 250.
Klagen, dingliche und persönliche I 347. 384 f.; auf Gut und um Schuld I 385 f.; um Anevang I 385; von Erbes wegen II 539.
Klöster, rechtliche Eigenschaft I 314 f.
Klostergelübde, wiefern die Ehe trennend? II 291; wiefern vom Vater den Kindern auflegbar? II 432.
Knie s. generatio.
Königsbann I 111, II 483.
Königsschutz, Königsfrieden II 483.
Kopfzins I 136.
Koppelhut II 53.
Krüppel I 102.
Kuhessen, Kuhrecht I 295.
Kunkeltheil, bei Errungenschaft II 325.
Kurmede I 141.
Kux I 302 f.

Laesiwerpitio I 215 f.
Landfrieden, Zusicherung des Pfändungsrechts II 208.
Landrecht I 25 f.
Landsassen I 164 f. 176. 185, II 351.
Landsgewere II 33.
Landsiedelleihe II 174.
Laten s. Liten.
Laudemium II 183.
Launechild I 81.
Lebensfähigkeit I 101.
Legen des Frauenguts an Erb u. Eigen II 331. 333. 398.
Legitimation durch nachfolgende Ehe II 434.
Lehn, im allgemeinen II 153 f.; mit Gedinge II 35; rechtes Lehn und Zinslehn II 154; Specialmasse bei Erbgang II 555 f. 612.
— Lehnsvertrag und Lehnsinvestitur I 382, II 154. Lehnsbrief II 156. Lehnserrichtung II 153. Lehnsverhältnis II 161. Lehnsdienste II 163. Lehnsmuthung oder Sinnen II 165. Beendigung des Lehnsverhältnisses II 166. Aufsagen des Lehns II 166. Lehnssatzung II 130 A 4. Lehnsgewere II 24 f., siehe auch Gewere. Lehnserbfolge II 612.
Lehnrecht I 26 f. Bildung desselben I 31. Einfluss auf die Standesbildung I 171 f.
Lehnsfähigkeit I 38. 173. 194.
Lehnsretract II 62.
Lehnsuntreue, bewirkt Ehrlosigkeit I 196.
Lehnsvormundschaft II 514 f.
Lehnung = Lehnserrichtung, Lehnsinvestitur.
Lehnware, Lehnwere II 44. 164.
Leibding, beim sächs. Adel zu Gunsten der Ehefrau II 372.
Leibgedinge der Ehefrau, im alam. R. II 327. 373; gegenseitiges der Eheleute II 332 f. 413 f., s. Leibzucht.
Leibhuhn I 137.
Leibzins I 136.
Leibzucht II 16. 18. 125; vom Erbenconsens abhängig II 59; sächsische, ob die dos der lex Sax.? II 345 f. 359 f. 374. Recht der Ehefrau am Leibzuchtsgut I 361.
Leibzuchtsgewere s. bei Gewere.
Leichenweg II 53.
Leihe II 153; rechtliche Natur der L. II 177 f.; bäuerliche II 167 f.; erbliche II 173 f. L. zu Mergelrecht, zu Waldrecht II 174. Leihebrief II 179. Gewere bei bäuerlicher Leihe II 31.
Leprosorien I 324.
Letztwillige Verfügungen s. Testamente, Vergabungen auf den Todesfall, donatio post obitum, Seelgerät.
Libellcontract II 173.
Lichterrecht II 53.
Liegenschaften, Begriff I 332 f.; gegensätzliche Behandlung gegenüber der Fahrnis II 7 f.; im Erbrecht II 522. 525 f. 555. 574 f.; haften nicht für Erbschaftsschulden II 550 f.
Lineal-Gradualfolge II 597.
Liten I 161. 182 f. 188 f.
Litkauf II 255 A 5.
Losungsrecht II 60 f.

Magen, Magschaft II 586 A 2.
Magsühne, bei Wergeld II 541.
Mala hareda, Malschatz, Malgerade II 293 A 4. 301. 368.
Mängel einer verkauften Sache I 61.
Mannschaft, homagium II 156.
Mansus servilis, litilis, ingenuilis I 189; vestitus und absus I 360, II 174 A 14.
Mantelrecht s. Schlüsselrecht.

Manus I 95; potestativa, vestita I 96; manus fidelis I 220.
Maritagium I 143.
Mark I 263.
Markgenossenschaft I 262.
Marklosung II 61.
Mechnis II 636.
Mediani I 162.
Mediator, Bürge II 241. 252.
Mediocres I 162.
Mehrjährigkeit I 54 f. 201, II 444 f. 489.
Meier, Meierrecht II 176.
Meisterrecht in Zünften I 300.
Melioratio I 355, s. Besserung.
Memoratorium I 87.
Mercipotus II 255 A 5.
Meta II 281.
Minderjährige = Unmündige II 489; haften für Schaden II 263, s. Vormundschaft, Handlungsfähigkeit.
Minderjährigkeit, Altersgrenze II 489.
Ministerialen I 174.
Minofledi I 162.
Minores I 162.
Misshandlung, schwere, Ehescheidungsgrund II 292.
Missio in bannum bei Liegenschaften II 86. 144 f. 545. 552 A 22.
Mitschuldner II 252.
Mittelfreie I 175 f.
Mobiliarklage s. Fahrnisklage.
Mobilien s. Fahrnis.
Momper = Vormund II 380 A 3.
Morgengabe, Ursprung II 296 f.; ihr Wesen im allgemeinen II 374 f.; ihre Gestalt im sal. R. II 306, im rib. R. II 313, im ostfränk. Witthumsrecht II 319, im sächs. R., ob dos der lex Sax.? II 345 f.; Specialerbfolge in M. II 556 f.
Morgengabgebäude, Frist zum Wegführen I 361, II 568.
Mortgage II 137. 143.
Mortuarium I 140 f.
Mühlengenossenschaften I 301.
Mulefe II 194 A 5.
Mündel, Handlungsfähigkeit desselben II 447; s. Vormund und Vormundschaft.
Mündigkeit II 489.
Mundialrechte, Basis der familia II 273; ehegüterrechtliches Element II 379 f.
Munt, ursprünglicher Begriff I 95, Wesen I 105 f., Motiv I 113 f., Inhalt I 123 f., Fälle I 120 f.; als Militärrecht über Vasallen I 131 f., über Fremde I 145, über Juden I 148, über Kirchen I 207. 315 f.
— ursprüngliche Basis des Lehnsbandes II 161; Motiv der Lehnsvormundschaft II 515; im Eherecht: Munt des Ehemanns, nicht durch Brautkauf erworben II 280, durch Trauung II 287. Anfall der M. an den nächsten Schwertmag II 273, s. auch Vormundschaft, väterliche Gewalt, Ehevogtei.
Muntbrief I 112.
Muntmann, in den Städten I 134.
Muntschatz, Kaufpreis der Frau ist nicht M. II 280.
Mustheil II 393.
Muthung des Lehns I 243, II 165.
Mutschar, mutschieren I 247.
Mutter, ob Vormünderin der Kinder? II 452. 494.
Muttermagen, im Vormundschaftsrecht II 493; im Erbrecht II 527. 595. 602. 603 f.
Mutterrecht II 272. 522 f.

Nachbar, Erbrecht desselben II 616.
Nachbarliche Rechte betr. Grundeigenthum II 51.
Nachbarlosung II 61.
Nachkinder II 477.
Nachwährschaft für Viehhauptmängel I 61.
Negligentia I 61.
Neurodzehnt, Novalzehnt I 352.
Nexticantichio II 235.
Nichtigerklärung der Ehe II 292. Sonderung der Güter bei N. II 395.
Niessbrauch II 7. 14 f. 17. 26. 36. 168 f.; s. auch Leibzucht.
Niessbrauchsvorbehalt bei Eigenthumsübertragung II 118.
Niftel II 393 f. 619.
Niftelgerade II 396. 620.
Notarialische Fertigung von Liegenschaften II 115.
Notherbrecht II 608 f.
Nothweg II 53.
Nothwehr I 62, II 262 f.
Nota, bei festuca und Urkunde I 76. 78. 86. 92.
Notitia I 87.
Nutzeigenthum I 287, II 49.
Nutzen und Gefahr des Pfandes II 203.
Nutzungsgenossenschaften I 289.
Nutzungspfand II 134. 137.
Nutzungsrechte der Genossen in der Mark I 274 f. 284.

Obereigenthum I 287, II 49.
Oberherr und Unterherr II 49.
Obervormundschaft der Sippe II 274. 485; des Königs? I 119, II 483.
Obligation, Begriff des deutschen Rechts I 373 f., II 225; begreift die Reallasten nicht I 345.
Obsequium I 121. 126.
Occupation, Eigenthumserwerb II 65.
Officia der Handwerker I 299.
Ordrepapiere I 211.

Pacht II 170 f.
Pacta nuda II 250.
Parentela = Sippe II 271. 586 A 2; jetziger Sprachgebrauch II 588.
Parentelenordnung II 528 f. 595 f.
Paternum genus II 604 A 4.
Patrimonialgerichtsbarkeit I 31. 133.
Patronat, rechtliche Natur I 336.
Persönlichkeit der Rechte I 24. 145. 152.
Pertinens I 128, s. Hörige.
Pertinenz s. Zubehörde.
Petitorisches Verfahren II 44 A 1.
Pfaffe, Nachlass desselben II 556; erbt auch Gerade II 557. 620.
Pfand, Pfandrecht s. Satzung, Satzungsrecht.
Pfand, abniessendes und unabniessendes II 143.
Pfanddeichung I 298.
Pfandlehn II 130.
Pfändungsclausel II 207.
Pfändungsrecht II 205 f.; bei Wadiation II 241; für versessene Zinse II 185. 206.
Pfeilschuss I 66.
Pfleghafte I 164 f., II 99. 351.
Pflug (Theilrecht) I 294.
Pflugwenderecht II 53.
Portio statutaria s. Eherecht.
Possessorisches Verfahren II 44.
Praeceptum regis I 110.
Praecipuum, bei Einkindschaft II 477.
Prädialservitut I 339. 343.
Praestaria II 168 f.
Precaria II 168 f.; remuneratoria, oblata, data II 169; in Italien II 173.
Primi I 162.
Prozessformalismus I 52.
Procreatio, progenies s. generatio.
Propriété littéraire et artistique I 341.
Pueri, im Sinne von Kindern beiderlei Geschlechts II 574 A 4.

Raffrarachement I 231, II 621 A 1 a. E.
Raubbusse, bei Frauenraub II 280 f.
Raubehe II 277 f.
Räuber, rechtlos I 193. 195, ehrlos I 197.
Raub- und Wechselverträge, im Hofrecht I 144.
Realcontract II 228; sog. benannte Realcontracte II 233. 246.
Realexecution I 384.
Realgemeinde I 292.
Realgerechtsame I 363.
Reallast I 338. 344 f. 375; ihre Stellung im heutigen Rechtssystem II 220.
Reallastnatur der Leihegefälle II 183.
Reception fränkischen Rechts I 20 f.
Recht, gemeines und particuläres I 13 f.
Rechte, dingliche und persönliche I 330. 376 ff.; relativ dingliche Rechte? I 380.
Rechtlosigkeit I 192 f.
Rechtsame I 336.
Rechtsfähigkeit I 100 f.
Rechtsformalismus I 45 ff.
Rechtskreise (Land-, Stadt-, Lehn- und Hofrechts) I 23 f.
Rechtsplastik I 65 ff.
Rechtsquelle I 13 f.
Rechtsschablone I 53 f.
Rechtssprache I 65.
Rechtssprichwörter I 65.
Redditus s. Rente.
Regalia, der Kirchenfürsten I 321.
Regalien, rechtliche Natur I 336. 368 f.
Regalienrecht des Königs bei Reichskirchen I 322.
Regalität der öffentlichen Sachen I 367 f.
Reichsgut I 309 f.
Reichsministerialen I 174.
Reipus II 307.
Relevium I 141 A 10.
Reliquien I 208. 217. 314 f.
Rentämter, landesherrliche II 176.
Rente, Rentenkauf I 338. 355 f. 375 f.; Verbindung mit Satzung II 150 f.
Rentenbrief I 357.
Repräsentationsrecht, der Enkel II 581. 611; der Geschwisterkinder II 586.
Repudiation der Erbschaft II 571.
Reservat, bei Einkindschaft II 477.
Resignatio = Auflassung II 75.
Retractrecht II 60 f.
Reugeld II 257.
Reunion der Pertinenzen I 362 A 13.
Revisorium II 183.
Revolutionsrecht s. Fallrecht.
Rhedo II 293 A 4. 368. 578.
Richteramt, als Ebenbürtigkeitsrecht I 157, Standesrecht I 194.
Ritterbürtigkeit I 173.
Ritterstand I 180.
Rodung des Waldes II 171 f.
Römerzug II 163.
Runenstab I 77.
Rutscherzins I 64, II 184.

Saat, fahrende Habe II 196.
Sache I 330; bewegliche u. unbewegliche I 331; unkörperliche I 336 f.; in und ausser Verkehr I 364 f.
Sachenrechte, Begriff und Wesen II 13; Erscheinungsformen II 18.
Salbürge I 221.
Sale, Wesen I 219. 381, II 67. 77 f.; rechtliche Wirkung II 100; bei Satzung II 141.
Salinen I 302. 304.
Salmann I 215 f., II 622 f. 652.
Sammtgut, in Lübeck II 356.
Satzung, als Strafgeding und Tauschgeschäft? II 133; ältere u. neuere II 131.

S. mit Gewere des Gläubigers II 134 f., ohne Gewere des Gläubigers II 143 f.; geliehene S. II 130. Verkaufs- u. Verfallpfand II 131. 144. 148. S. u. Verkauf auf Wiederkauf II 136 f. Bestellung durch Brief u. Siegel II 124. S. von Fahrnis II 201 f.
Satzungsgewere s. Gewere.
Satzungsrecht, im allgemeinen II 128; Begriff II 128.
Säumnis bei Zinszahlung I 64, II 184.
Scepter, bei Belehnung II 156.
Schadenersatz I 62 f., II 262 f.; Haftpflicht des Erben II 546.
Schadenersatzklage I 390.
Schatz, Eigenthumserwerb II 194 A 5.
Scheinpfand s. wadia.
Schenkung I 81; unter Ehegatten II 390. 429.
Schependomsrecht in Holland II 598.
Schichtung bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft Westfalens II 472 f.
Schiffe, Immobilien I 334.
Schiffsmühlen, Immobilien I 334.
Schlichte Klage, bei Fahrnisvindication I 389 A 9, II 215 f.
Schlüsselrecht der Witwe, bei Ueberschuldung des Mannes II 406. 410. 412 f. 415 A 5. 571.
Schöffenamt als Ebenbürtigkeitsrecht I 157, Standesrecht I 194.
Schöffenbarfreie I 164.
Schreinpfand II 201.
Schreinsbücher s. Grundbuch.
Schuld, Begriff II 228; als passiver Vermögenswerth I 374. Definition des Richtsteigs I 385. Haftpflicht für Sch. II 262 f.; redliche kuntliche Sch. II 208.
Schuldbrief mit Hypothek II 153.
Schulden des Erblassers, wiefern zum Nachlass gehörig II 541; müssen vor den letztwilligen Vergabungen bezahlt werden II 635. 641.
Schuldenhaftung, der Ehefrau für den Mann, des Ehevermögens, im ehelichen Güterrecht II 405 f. 415; bei Verfangenschaft II 458. 461; bei Grundtheilrecht II 468; in der fortgesetzten Gütergemeinschaft Westfalens II 472; in Gemeinderschaft II 405. 545.
Schuldübergang auf den Erben II 540 f.
Schweinekoben II 53.
Schwert, Voraus des Aeltesten II 569.
Schwertmagen, Begriff II 272 f.; ursprünglich identisch mit Vatermagen II 604. Recht der Sch. auf Vormundschaft II 485 f. 492 f. 509. 512, auf Heergewäte II 617.
Schwerttheil und Kunkeltheil, bei Errungenschaft II 325.
Sedelhof II 576.
Seelgerät II 642 f.
Selbmunt I 102.
Selbstbürgschaft des Schuldners II 232. 242.
Selbstzahler II 252.
Semperfreie I 175 f.
Sermo regis I 109.
Servituten, Stellung im alten System I 339. 343, im heutigen II 220; sogen. deutschrechtliche, besser nachbarrechtliche Beschränkungen II 52 f.
Sesshaus des Vaters II 569 A 4. 579 A 18.
Sessio triduana I 56, II 35. 37. 118.
Seybücher, Seyrechte I 304.
Sichelwurf I 66.
Siegel I 92.
Siegelung, öffentliche, statt gerichtlicher Fertigung II 115. 124 f.
Singularsuccession, opp. Universalsuccession II 533 f.
Sinnlose, Vormundschaft über S. II 484.
Sippe, Begriff II 271 f.; Obervormundschaft der S. II 274. 485.; Haftpflicht der S. für Wergeld II 541 f.
Söhne, erbrechtlicher Vorzug betr. Liegenschaften II 574 f. Vorzug des ältesten Sohnes in den Ansedel II 576; des jüngsten II 569. 579. 616.
Solennitäten I 68 f.
Solvere = componere II 231.
Sondergut der Ehefrau im Magdeburger Recht II 384 f.
Spanndienste I 352.
Specialerbfolge im Unterschied von der Singularsuccession II 533. 555 f.
Spelephenninge in Lübeck II 384 A 7.
Spiel, altdeutsche Auffassung II 234 A 7.
Spielleute I 193.
Spielschulden, keine Haftpflicht des Erben II 546.
Spillmagen II 272 f.; ursprünglich identisch mit Muttermagen II 604.
Sponsalia de praesenti et de futuro II 290.
Spurfolge, bei Fahrnisvindication II 216.
Stabilire II 87. 101.
Stadtgemeinden I 305 f.
Stadtrecht, Weichbildrecht I 25 f.
Stammesrecht I 15. 23 f.
Stammgut, Vorzugsrecht der Söhne II 575 f.
Stammvermögen, opp. Errungenschaft II 367.
Stand I 153 f.
Standesgemeinschaft der Eheleute durch Beilager begründet II 287.
Standesrecht I 37 f.; absolutes und relatives I 155.
Stantia II 239.

Stat, des Lehns, der Rechtsame I 343.
Stedigung II 87; bei Vormundbestellung II 500.
Stellvertretung, im allgemeinen I 203; keine St. des Vaters für das Hauskind II 449, des Vormunds für den Mündel, nach altem Recht II 493. 497; im späteren Recht II 502 f.
Stellvertretungsclausel I 213.
Sterbehaus II 40 A 19. 406. 538. Besitzergreifung durch Anevang II 563 f.
Stiftung I 255. 281. 323 f.
Stipula I 77 A 4.
Stipulatio I 77 A 4, II 249 f.
Strandrecht II 195.
Strassen I 364; Regalität derselben I 368.
Stuhlung der Alpen I 290.
Subpignus = Fürpfand II 148.
Substantia = Vermögen II 537.
Successionsmodus s. Erbfolge.
Sühnpfennig I 82.
Swascara I 241.
Symbole I 68 f.
Synodalis (homo) I 176.

Tabularii I 184.
Tag, zu seinen T. kommen II 491 f.
Tantodono, tandono II 295. 306.
Tarifierung bei Schadenersatz I 63.
Terra juris (Franconici et Saxonici) I 20.
Terra Salica II 575; aviatica II 575.
Testament = einseitige letztwillige Verfügung II 645 f.
Testamentsexecutoren II 652.
That und Wort, Berücksichtigung im Recht I 60.
Theil, von Liegenschaften I 362.
Theilforderung II 258.
Theilgenosse, zum Th. annehmen II 642.
Theillosung II 61.
Theilrechte bei Genossenschaften I 294.
Theilschuld II 258.
Theilung, bei Gemeinderschaft I 238.
Thinx, bei Freilassung I 183; bei Erbenschaffung II 621 f.
Thurchsone I 82.
Tod, gemeiner, bei Thieren, Tragung des Schadens II 265 f.
Todsate II 129. 137. 143.
Todtheilung II 55, s. Grundtheilrecht.
Tödtungsrecht, des Vaters über das Kind II 432.
Torve unde tvighe I 75, II 74.
Traditio bei Liegenschaften I 219. 381, II 67 f.; per cartam II 68 f. 119; post obitum II 118 f. 626, spätere Form der Affatomie II 625 f.; bei Satzung II 141; Gegensätzlichkeit zu investitura II 71 f.; traditio der Frau siehe Trauung.
Trager des Zinses I 223, II 61. 186 f.
Trauung II 278; wiefern eheschliessender Akt II 282 f. 288; durch die Braut selbst vollzogen II 286.
Trauungsvormund II 286.
Tretrecht II 53.
Treubruch, macht ehrlos I 197.
Treue, eheliche, Bruch derselben Ehescheidungsgrund II 292.
Treuhänder I 220.
Treupflicht bei Lehn II 162; Bruch derselben II 166.
Treuversprechen = wadiare, fidem facere II 245.
Trotten, ob Zubehörde der Liegenschaft? I 359.

Ueberfallende Frucht, Erwerb derselben II 193.
Ueberhangende Aeste, Erwerb derselben II 193.
Uebertragung von Liegenschaften II 67 f., s. traditio; von Fahrnis II 197.
Uneheliche I 193.
Unehrliches Gewerbe I 193.
Unfreie I 161. 181.
Unfruchtbarkeit der Frau, Ehescheidungsgrund II 292.
Unglück = Zufall II 263 f.
Universalsuccession, bei Erbgang II 532 f.
Universitas villanorum I 266.
Unmündige, haften für Schaden II 263.
Unmündigkeit, Begriff II 489; s. Vormundschaft.
Unterpfand = provisorisches Pfand II 148; bei Rentenschuld II 152.
Unterscheid, Vergabung mit und ohne U. II 634.
Unterwindung eines Guts I 385. 383, II 37; abgeurtheilten Lehns II 167; des Mündelguts durch den Vormund II 495.
Unwetene, unwissentlich I 61.
Unzucht der Braut wie Ehebruch bestraft II 283 f.
Urheberrecht I 341.
Urkunde I 86 f.; Begebung derselben II 69.
Ursal II 346. 357 f.; spätere Bedeutung II 392 A 7.
Ursazze = Fürpfand II 147 A 15.
Urtheilschelte, Ebenbürtigkeitsrecht I 157; Standesrecht I 194.
Urtheilserfüllungsgelöbnis II 232 f.

Vadium = Pfand II 128 A 1.
Vasallenverhältnis I 130 f.
Vassus I 121.
Väterliche Gewalt, in persönlicher Beziehung II 431; in vermögensrechtlicher II 442; Entstehung und Aufhebung II 434 f.

Vatermagen, im Vormundschaftsrecht II 493; im Erbrecht II 527. 595. 602. 603 f.
Venia aetatis I 55.
Verbrecher, rechtlos I 193; ehrlos I 196.
Verbum regis I 109 f.
Verdienen der Früchte II 195. 422 A 1.
Verfallpfand II 131. 144. 148.
Verfangenschaftsrecht II 457 ff.; Ursprung desselben II 295. 460 f.; Sprachgebrauch II 458; juristische Begründung II 461; Uebelstände desselben II 466. Verhältnis zum Grundtheilrecht II 463; im sal. R. (an der dos) II 308; im rib. R. II 315 f.; im ostfränk. Witthumsrecht II 319; im Gesammthandsrechte II 319 f.; im alamann. R. II 327 f. 473 f.; im bair. R. II 343 f.
Verfügungen, letztwillige, s. Testamente, Vergabungen auf den Todesfall, donatio post obitum, Seelgerät.
Vergabung von Liegenschaften auf den Todesfall II 117 f.
— von Fahrnis, Erfordernisse II 197; im Siechbett II 198; von Fahrnisvermögen auf den Todesfall II 628 f. 633. 636.
— von Geldsummen auf den Todesfall II 633.
— von Vermögen und Vermögensquoten auf den Todesfall, im fränk. R. II 626 f.; im späteren Mittelalter II 630; im Magdeburger Schöffenrecht II 632; im süddeutschen R. II 636 f.; juristischer Charakter II 639.
Verkauf auf Wiederkauf II 134 f.
Verkauf der Kinder II 432.
Verlaubriesen des gefällten Holzes II 194 A 5.
Verlobung II 278; wiefern eheschliessender Akt II 282. 288; durch die Braut selbst vollzogen II 286.
Vermächtnisvertrag, liegt nicht in der Vergabung von Todes wegen II 639.
Vermögen I 329; Begriff im Erbrecht II 534 A 3.
Vermögensgenossenschaften I 281. 302.
Verpfändung der Haus- und Grundbriefe II 147 A 12.
Verscheuzzen = auflassen II 75 A 15.
Versteigerungspfand, Verkaufspfand II 131. 144. 148.
Vertheilung s. Adjudication; bei Lehn II 166.
Verwaltungsgemeinschaft, Werth dieses Ausdrucks II 364 A 1.
Verwandtschaft, ob agnatisch oder cognatisch? II 272. 586 f.
Verwandtschaftsabschluss II 591 f.
Verwandtschaftsberechnung II 588 f.; für die Ehehindernisse II 591; für das Erbrecht II 591 f.
Verwandtschaftsgliederung II 587 f.
Verwandtschaftsgrade II 589; verbotene für Eheschluss II 290.
Verzicht I 81; = Auflassung II 75 A 15; s. auch Erbverzicht.
Verzichtpfennig I 80 f.
Verzugsbusse II 243.
Vestire mansum = bessern II 174 A 14.
Vestitura, verschiedene Bedeutungen I 97. 333, II 8; vestitura manus I 97; vest. des Heiligen I 320; des Königs I 366; v. eines Guts = Gutsinventar I 358. 360 A 4.
Vicini, Heimfall der Hufe an die vicini II 574. 616.
Vifgage II 129. 137. 143.
Villicationen, villicus II 176.
Virilis sexus II 525. 575. 604.
Vogtei = Munt I 163. 283. 287; über Kirchen I 113. 315 f.; = niedere Gerichtsbarkeit I 132. Landesherrliche Vogteien, Einfluss auf das Meierrecht II 176.
Vogteirecht, rechtliche Natur I 336.
Vogtleute I 169.
Volksrecht I 15. 24 f.
Vollgeburt II 586; bei Verfangenschaft II 466.
Volljährigkeit, hebt die väterliche Gewalt nicht auf II 435 f.; s. auch Mehrjährigkeit.
Vollmacht I 206. 210.
Voraus, bei Einkindschaft II 477; bei Erbtheilung II 569.
Vorkinder II 477.
Vormund, geborener II 492; durch den Richter bestellter (gegebener) II 493. 500; gekorener II 494. 499; Verwaltung desselben II 495 f. 506; Recht auf Nutzung des Mündelguts II 496; Pflicht zu Caution und Rechnungsstellung II 496. 506; Haftung für Delicte des Mündels II 497; Haftpflicht gegenüber dem Mündel II 504; Absetzung desselben II 495.
Vormundschaft II 480 ff.; Princip derselben II 480; Ebenbürtigkeitsrecht I 157; Standesrecht I 194; ältere Form II 489 f.; spätere Form II 498 f. V. über Minderjährige II 489 f., über M. im langob. Edict II 487; über Frauenspersonen II 508 f.; wiefern V. bei Beisitz der Witwe II 453. V. der Mutter über die Kinder II 452. 494; des Ehemanns über die Ehefrau s. Ehevogtei.
Vormundschaft, obrigkeitliche I 119, II 483. 501; s. auch Obervormundschaft.

Vorzugsrecht, der Söhne bei Erbgang in Liegenschaften II 574 f., in den Ansedel II 569. 576. 578; des jüngsten Sohnes II 569. 579. 616, der Brüder vor den Schwestern II 586.

Waarenlager, Immobilien I 334.
Wachszins I 137.
Wadia I 76 f., II 207. Verwendung bei Bürgschaft II 241.
Wadiatio II 207. 229; ursprüngliche Bedeutung ist Zahlung II 233; gerichtliche w. II 231 f.; aussergerichtliche II 237 f.; wadiae obligatio II 242 f.; bei Eheschluss II 283.
Wadium = Pfand II 128. 231.
Waffenfähigkeit I 114 f.
Wahnsinnige, haften für Schaden II 263.
Waldrecht, Leihe zu W. II 174.
Wandelungsklage I 61.
Wardunge, bei Lehn II 158. 160.
Wargangi I 145.
Wartrecht, des Erben II 59; der Markgenossen II 62.
Wasser I 364 f.
Wasser- und Gewerbsinteressenten I 301.
Watschar I 241, II 55.
Weddeschat = Pfand II 128 A 1. 201.
Wederstadinge II 546 f. 559.
Wegrechte II 52.
Wehrfähigkeit I 114 f.
Wehrhaftmachung, ob die väterliche Gewalt aufhebend? II 435 f.
Weichbildgut, opp. Erbgut, in Westfalen II 350 f.
Weichbildrecht I 25 f.; im Sinne von Erbzinsrecht II 351.
Weiderechte II 53.
Weinkauf II 255 A 5.
Weisung, wisunge, revisorium II 183.
Were = Haus und Hof II 40. 471 A 2; Inbegriff des Nachlasses II 538.
Wergeld, Abstufung nach den Ständen I 155. 161. 185; kein W. der Rechtlosen I 194; Vertheilung auf die Sippe I 260, II 541 f.; Zusammenhang mit dem Erbrecht II 522 f. 541 f.
Werpitio = Auflassung II 75.
Wettvertrag II 247 f.; bei Eheschluss II 283.
Widem s. Witthum.
Widerlegung, als Zulage zur Heimsteuer II 370 f.
— als Widerwerf, Ersatz der Heimsteuer II 318. 398.
Wiederkauf, bei Renten I 357; s. Verkauf auf W.
Wildbann I 371 f.
Wille und Wort, Berücksichtigung im Recht I 60.
Willebrief I 213.
Winterweg II 52.
Witthum der Ehefrau II 372 f.
Witthumsehe, ostfränkische II 316 f.; Analogie in Schwaben II 332.
Witwengerade II 391 f. 620.
Wort, Berücksichtigung im Recht I 60.

Zahlenmaasse I 65.
Zähringische Städtegründungen, Einfluss auf das Ehegüterrecht II 337 f.
Zehnt I 338. 351 f.; Arten I 352 f.
Zeitbestimmungen I 53 f.
Zeitpacht II 174.
Zeugnisablegen, Ebenbürtigkeitsrecht I 157; Standesrecht I 194.
Zins, als Reallast I 338. 353; bei Leihe II 182 f.; Erhöhung ausgeschlossen II 182; Remission II 182.
Zinsbusse, bei Säumnis I 64, II 184.
Zinslehn II 154.
Zinsleihe II 167 f.
Zinsleute in Land- und Hofrecht II 170.
Zinspflichtige als Stand I 163 f.
Zubehörde I 358.
Züchtigungsrecht des Vaters II 432.
Zufall, Haftung dafür I 62, II 262.
Zugrecht II 60 f.
Zunft I 299 f.
Zurechnungsfähigkeit I 62.
Zusage, bedächtliche II 227 f. 245. 249.
Zusammentheilung I 231.
Zweig und Rasen, bei Investitur II 67 f. 74. Zweig allein II 156.
Zweikampf als Ebenbürtigkeitsrecht I 157.

Ende der Institutionen des Deutschen Privatrechts.

VERIFICAT 1987
VERIFICAT 2007
BIBLIOTECA CENTRALA UNIVERSITARA BUCUREȘTI
BIBLIOTECA MANDREA

Verlag von DUNCKER & HUMBLOT in Leipzig.

Karl Georg von Waechter.

Von

B. Windscheid.

Preis 2 Mark.

Die

Verpfändung und Pfändung von Forderungen

nach

gemeinem Recht und der Reichs-Civilprozess-Ordnung, unter Berücksichtigung des Preussischen Allgemeinen Landrechts und des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Von

Konrad Hellwig.

Preis 5 Mark.

Geschichte der deutschen Rechtsquellen.

Von

Otto Stobbe.

Zwei Abtheilungen. Preis 16 M. 60 Pf.

Die

Civilprocessordnung und die Praxis.

Von

Adolf Wach.

Preis 1 Mark 20 Pf.

Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts.

Von

Otto Stobbe.

Preis 2 M. 70 Pf.

Hauptintervention und Streitgenossenschaft.

Ein Beitrag

zu den Grundlehren des Aktionen- und Prozessrechts.

Von **Jakob Weismann.**

Preis 4 Mark.

Verlag von DUNCKER & HUMBLOT in Leipzig.

Institutionen des Römischen Rechts.

Von

Rudolph Sohm,

o. ö. Professor d. Rechte in Strassburg i. E.

Zweite, umgearbeitete Auflage.

1886. Preis 8 M., geb. 9 M. 50 Pf.

Die Rechtsbeugungsverbrechen

(§§ 336. 343, 344)

des Deutschen Reichsstrafgesetzbuches.

Mit einer Einleitung über das Wesen der Amtsverbrechen.

Von

L. Oppenheim.

1886. Preis 4 Mark 80 Pf.

CAROLI ... UNIVERSITAS

Irrtum und Rechtsgeschäft.

Eine psychologisch-juristische Untersuchung

von

E. Zitelmann.

1879. Preis 13 M.

Gesetz und Richteramt.

Von

Oskar Bülow.

1885. Preis 1 M.

Handbuch der deutschen Verfassungen.

Die Verfassungsgesetze des deutschen Reichs und seiner Bundesstaaten

nach dem gegenwärtigen Gesetzesstande bearbeitet und herausgegeben

von

Felix Stoerk.

1884. Preis 12 M.