


Adolf Felix Heinrich Posse

Die Succession der Kinder in alte Lehne und Stammgüter ist keine gemeinrechtliche, sondern eine diesen Gütern eigenthümliche Erbfolge

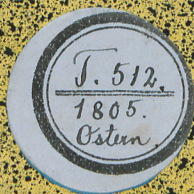
Zweyte Abtheilung : Einladungsschrift zur Feier des Osterfestes : Rostock, 1805.

[Rostock]: in der Adlerschen Officin, [1805]

<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn101359956X>

Band (Druck) Freier  Zugang





T. 512.

1805. Ostern.

~~A-1256. 434. a.~~

Die
Succession der Kinder
in alte Lehne und Stammgüter
ist
keine gemeinrechtliche, sondern eine diesen Gütern
eigenthümliche Erbfolge.

Zweyte Abtheilung.

Einladungsschrift
zur
Feier des Ofterfestes
von

A. F. H. P o s s e
als diesjährigem Rector der Universität.

R o s t o c k, 1805.

Gedruckt in der Adlerschen Officin.



§. II.

Dem Beweise, daß jenes in den ältesten Deutschen Gesetzen gegründete Gesamteigenthum der Familien sich in dem spätern Rechte des Mittelalters, so wohl bey dem allodialen Vermögen als bey den Lehnen, erhalten habe, muß ich die Bemerkung vorausgehen lassen, daß das Benefizialwesen so allgemein wurde, daß jeder, der zur adlichen Kaste, die sich erst durch die Einführung der Benefizien seit dem Ende des elften Jahrhunderts gebildet hatte, gehören wollte, seine Besitzungen in dieser Qualität innehaben mußte, und daß dies die Ursache gewesen sey, warum so viele Allode in Lehn verwandelt worden sind g). Wer ein freies Gut besaß, und dennoch zur Ritterschaft gezählt seyn wollte, mußte wenigstens behaupten, daß seine Besitzung sein (sun, suno) eigenes Lehn sey. Wenn in einigen weltlichen und ehemals geistlichen Ländern jetzt mehr allodiale adliche Güter als lehnbare getroffen werden, so liegt die Ursache darin, daß in den erstern der Lehnsnerus allmählig abnahm und endlich ganz erlosch, nachdem die Ritterpferde, die auf den Gütern haften blieben, in Gelde angeschlagen wurden h), und in den letztern, in welchen eigentlich nur Ministerialleihen seyn durften, diese sich nicht in Lehn, welches späterhin immer unbrauchbarer wurde, sondern in freies Eigenthum verwandelten. Hatte sich erst durch diese Güter in dieser Zeit der rechtliche Begriff von Militair- und Dienstadel gebildet, und war, bey der einen wie bey der andern Gattung, das Frauenzimmer

g) Meine Abhandl. I H. n. 2. S. 44. f.

h) Ein merkwürdiges Beyspiel dieses Ereignisses, s. in meinen Abhandlungen a. a. D. S. 60.



zu diesem Dienst unfähig, so darf man sich nicht wundern, daß dasselbe, sowohl gegen das alte Deutsche, als gegen das nach und nach aufkommende Römische Recht, von der Erbfolge in dieselben ausgeschlossen wurde, und auch durch Gesetz, Herkommen und Hausgesetze, wenigstens so lange der Mannsstamm des Erwerbers blühte, ausgeschlossen blieb. Oft mußte dieses auf die Natur des Adels gegründete Recht, der abgeschmackten Voraussetzung wegen, als sey das fremde Recht auch bey diesem eigenthümlich Deutschen Stande jus in laesi, auf die lächerlichste Art erwiesen werden i). Diese Erbfolgeart, ob sie gleich nicht aus dem Begriffe vom Gesamteigenthum, sondern aus der eigenthümlichen Natur dieser Güter und des auf dieselben gegründeten Standes floß, trug doch wesentlich dazu bey, dasselbe bey diesen Gütern aufrecht zu erhalten, da hingegen bey dem gemeinen Vermögen das Römische Recht leichter eine Aufhebung desselben herbeiführen konnte.

Der Begriff von Gütern, an welchen der Besitzer kein wahres Eigenthum hatte, mußte, wie bey den Bauernleihen, bald die Idee von Beystücken und Zuerwerb k) erzeugen, daher findet man schon in den Capitularen l) und in den ältesten For-

i) Pütter hat in den Beyträgen 2 Thl. S. 313 f. hiervon ein merkwürdiges Beispiel geliefert.

k) Runde §. 530.

l) Cap. Caroli Calvi d. a. 860. Illis hominibus, qui contra me fecerunt, sicut scitis — totum perdono, quod contra me misecerunt, et illorum Alodes de hereditate et de conquisitu et quod de donatione nostri Senioris habuerunt — illis concedo, si mihi firmita-

meln *m*) Alodes de adquisitu, de comparato, de elaborato den Benefizien entgegen gesetzt. Gewiß nicht in der Absicht, um dem Besitzer in Betreff ihrer ein freieres Dispositionsrecht einzuräumen als das Gesamteigenthum der Familie zuließ, sondern nur um sie von dem nicht eigenthümlichen Besizungen getrennt zu erhalten. Bald bewirkte aber diese Absonderung, daß man bey dem zunehmenden Gebrauch des Römischen Rechts und bey den mit der Cultur der Nation sich häufenden Bedürfnissen einen Unterschied zwischen ererbten und erworbenen Gütern einführte, dem in sehr vielen ältern Land- und Stadtrechten *n*) die Wirkung beygelegt wurde, daß die letztern ohne Bewilligung der Erben veräußert werden konnten, nicht so die erstern. Hatte der Erwerber bewegliche oder unbewegliche Sachen in den Erbgang gebracht, so waren sie dem Familiengesamteigenthume versungen und durften nur in denjenigen Fällen und unter den Beschränkungen veräußert werden, die das Gesetz gestattet und vorgeschrieben hatte. Nachdem sich aber der Stand der Ritterbürtigen von den übrigen Freien trennte, und die letztern in den emporkommenden und neuangelegten Städten bürgerliche Nahrung trieben, mußte das ältere Recht, welches dem erstern Stande allein anpassend war, für den letztern, dem nur freies Vermögen frommte,

tem fecerint, quod in regno meo pacifici sint. *Baluz* Cap. T. 2.
p. 144.

m) Form. Marculfi L. 2. n. 6. 7. *Baluz* a. a. D. p. 407, 8. Vergl. *Dreyer* D. de restricta facultate alienandi bona immob. p. 9.

n) Ein weitläufiges Verzeichniß derselben, bey *Dreyer* a. a. D. p. 19.
28. 29. 32.



drückend werden. Kein Wunder also, daß der Bürgerstand jenes Recht nur bey dem unbeweglichen Vermögen o) beybehält, in Absicht des beweglichen hingegen ein freies Schaltungsrecht einführte.

§. 12.

Eine dem ältern Sächsischen Gesetze, wenigstens in Absicht des unbeweglichen Gutes, gleiche Bestimmung enthält das Sächsische Landrecht 1 B. Art. 52: „Ohne der Erben Urlaub und „außer dem rechten Gericht muß niemand sein Eigen, oder seine Leute „(die als Pertinenzien von dem erstern betrachtet wurden, daher sie „die alte lat. Uebersetzung ministeriales nennt) weggeben. — Wer „gibt jemand dergleichen wider Recht, ohne der Erben Erlaub- „niß, so kann sich der Erbe dessen mit Urtheilen unterwinden (vindi- „ciren, s. die Glosse), eben so als ob jener, der es vergab, da er „es wegzugeben nicht vermochte, bereits todt wäre. Alle fahrende „Habe aber kann der Mann ohne der Erben Erlaubniß aller Orten „vergeben.“ Selbst aber auch dann, wenn die Erben einwilligten, mußte er zum Besten des Geschlechts eine halbe Hufe Landes und eine Hoffstatt, darin man mit einem Wagen umlenken konnte, behalten p). Verpachtungen von Grundstücken, die auf Jahre hinausgingen, hörten mit dem Todesjahre des Verpächters auf, damit die Erben nicht darunter litten q), und die Gläubiger konnten sich nicht an die Grund-

o) In mehreren Städten heißen diese Güter schlechthin Erbe, Eigen.

Dreyer D. de inaequali masc. et fem. succ. p. 28. not. u.

p) 1 B. Art. 34.

q) 3 B. Art. 77.

stücke, sondern allein an die fahrende Habe halten ^{r)}). Aus demselben Grunde verordnet das Schwäbische Landrecht im Cap. 312. der Senkenb. Ausgabe: „Gibt einer sein Eigen wider seines Erben Willen hin und ohne des Vogts Ding; sie sollen vor den Richter fahren und sollen es versprechen (vindiciren), und der Richter soll es antworten den Erben.“ Und an einer andern Stelle, wo von den Schenkungen auf den Todesfall gehandelt wird ^{s)}, heißt es: „Hat er aber Erben, die versprechen es (widersprechen der Gültigkeit derselben) oder sie mögen sich versäumen.“

Die Gemeingültigkeit dieser Grundsätze der beyden Hauptrechtsammlungen des Mittelalters ist um desto weniger zu bezweifeln, da nicht nur die alten Völkergesetze mit denselben übereinstimmen ^{t)}, sondern auch die mehrsten Land- und Stadtrechte des Mittelalters ^{u)}. Dem zu Folge hat man unzählige Urkunden, in wel-

^{r)} 1 B. Art. 6.

^{s)} Cap. 311. n. 3. der Senkenb. Ausgabe.

^{t)} Leges Anglo-Saxon ap. *Wilkinsium* Coll. LL. Anglo-Sax. p. 43: Si vero quis terram hereditariam, Boclande, habeat, quam parentes ejus ipsi reliquerunt, tunc statuimus, ut eam non vendat a cognatis heredibus suis. Leges Normann. L. 2. c. 20. §. 3. ap. *Ludewig*. Rel. Mscpt. T. 7. p. 195. Jus Westrogothicum Tit. de jure agrario c. 12. bey *Dreyer* de restricta al. fac. p. 29. Nur die Longobarden gewöhnten sich bald an das in ihrem neuen Wohnsitz vorgesehene Röm. Recht, und gestatteten bey Eigen freie Disposition L. Caroli M. 78.

^{u)} Eine weitläufige Anführung derselben s. in *Dreyer* D. de inaequali fem. et masc. succ. p. 22. und de restricta al. fac. §. 9. ich will



chen die Veräußerung solcher Güter cum consensu filiorum, cum consensu liberorum et propinquorum, consanguineorum, fratrum et heredum vorgenommen sind v); ja oft mußte auch die Ehefrau einwilligen, wenn ihr Recht, der Gütergemeinschaft, oder des verschriebenen Wittums wegen, dabey in Betracht kam. Wollte aber jemand den lustigen Zweifel erregen: ob auch in jenen Gesetzen die Kinder mit gemeint seyn möchten, weil diese vielleicht nach den Grundsätzen des Römischen Rechts für Erben ihrer Eltern genommen und als solche die Handlungen derselben anerkennen mußten, dem gebe ich zu bedenken, a) daß der Grund, aus welchem die Veräußerungsfreiheit gesetzlich versagt war, in Absicht der Kindern noch strenger wirken mußte als in Betreff der entfernten Verwandten, weil sie mit dem Veräußerer in der nächsten Gewehr, oder, wie *Fischer* w) es nennt, im näheren Sammeigenthum standen x): b) daß, wenn

hier nur das alte Schwertinsche Recht Art. 16: Nullus dabit hereditatem (in den deutschen Exemplaren: erstliche Güder Erbe) suam sine consensu heredum suorum — anführen und das Sächs. Weichbild Art. 20.

- v) Lange Verzeichnisse derselben s. bey *Buder* D. de juris retractus gentilitii origine §. 35. f. *Niccius* Entwurf von den Stadtgesetzen S. 368. *Dreyer* de usu genuino juris Anglo-Saxonici in explic jure Cimbrico et Saxonico p. 17.
- w) Im Versuch über die Deutsche Erbfolge 1 Thl. S. 133.
- x) Bey der Ertheilung der Einwilligung zur Veräußerung gingen daher die Kinder als heredes immediati den übrigen Verwandten als heredibus mediatis vor. In einer merkwürdigen Urkunde v. J. 1296. die *Dreyer* a. a. D. p. 17. aus der Thuringia sacra anführt, er:

die Kinder des Verkäufers unmündig waren, dieser dem Käufer für ihre Einwilligung Bürgschaft stellen mußte y), welche die Bürgen oft unter der Verbindlichkeit zum Einlager übernahmen z): daß c) die Kinder, indem sie sich zuweilen ausdrücklich auf das alte Sächsische Gesetz bezogen, dergleichen ohne ihre Einwilligung vorgenommenen Veräußerungen angefochten haben a); welche Revocationsstreitigkeit-

flärt Berthold von Yschersted: *Ut autem praefata venditio atque emtio ab omni maneat controversia libera et inconcussa consensum et assensum meorum heredum ab ipsis libere praestitum, huic contractui adhibui et adhibere debui. Consensit etiam et expresse suum assensum voluntate libera inseri jussit Jutta uxor mea, cui dicta bona a me fuerunt in dotatitium assignata; insuper consenserunt Bertholdus et Resmodis, mei liberi et heredes immediati; consenserunt denique et mei heredes mediati, N. frater meus et dominac sorores meae N. N. nec non et patruales mei de Yschersted universi.*

- y) Dies beweiset eine Urkunde einer Gräfin von Henneberg v. J. 1292. bey Schannat. Vind. litt. Coll. I. p. 211.
- z) Senkenberg Sel. jur. et hist. P. 3. p. 525.
- a) So verglich R. Otto III. im Jahr 996. einen Streit, der nach eines Grafen Wichmanns Tode von seiner zweyten Tochter Adela wegen einer Schenkung erhoben war, die der Vater an das Kloster Elten gemacht hatte, in welchem seine älteste Tochter Lebtrissin war: in der Bestätigung dieses Vergleichs sagt der Kaiser: *Succedente vero tempore cum idem Wichmannus Comes semel ad vesperam mortis inclinasset, penitus naturae concessisset, altera suae procreationis filia, nomine Adela, quandam proprietatis jam traditae (an das Kloster) partem exposecens, dicensque quod pater ejus secundum Saxoniam*



ten, wenn sie von Personen vom hohen Adel erhoben waren, von den Kaisern entweder gütlich beigelegt, oder zum Besten der Kinder entschieden wurden *b*).

§. 13.

Bey den Alloden konnte das Recht der Nachkommen des Erwerbers, eine ohne ihre Einwilligung vorgenommenen Veräußerung derselben rückgängig machen zu können, oder das Familiengesamteigenthum, nur in wenigen gesetzlich bestimmten Fällen (§. 2.) geschmälert werden. Der älteste derselben war auch der auf die Natur

legem absque ejus consensu et licentia nullam potuisset facere traditionem totam, patris sui donationem perduxit in errorem, *Teschenschmacher Annal. Cliv. Cod. diplom. p. 29.*

- b*) Auch außer den Ländern, in welchen das Sächssische Recht galt, wurde nach diesen Grundsätzen entschieden. So erkannte R. Heinrich VI. im Jahr 1230. für den Prinzen Henrich von Lothringen und Brabant gegen dessen Vater: Henricus D. g. R. R. s. A. Notum facimus quod Henricus major filius illustris Principis Ducis Lotharingae matrem habuerit et illa sit mortua: per sententiam Principum in curia est judicatum, si idem Dux de bonis, quae possidet, aliquid alienaret, vel in manus vellet transmittere alienas, dictus Henricus se de iisdem bonis posset intromittere et occupare licenter ad usus suos et tenere. In *Butkens Preuves des Trophées de Brabant p. 78.* Aus gleichem Grunde fochten die Edhne Landgr. Alberts des unartigen von Thüringen die vom letztern vorgenommene Veräußerung seiner Lande an. *S. Riccius Entwurf von Stadtgesetzen S. 368.* auch gibt *Dreyer de usu genuino c. c. p. 18.* noch mehrere urkundliche Belege dieses Satzes.

der Sache gegründetste und fand dann statt, wenn der Besizer wegen Mangel an Lebensunterhalt (*famis necessitate coactus*, wie das alte Sächs. Gesetz sich ausdrückt) sein Vermögen hinzugeben gezwungen wurde, damit er denselben von dem Uebernehmer desselben erhalte (*ut ab illo, qui hoc acceperit, sustentetur* c.). War hierzu ein Abkömmling des Erwerbers erbötig, so mußte er, der Natur der Sache gemäß, vor jedem Fremden einen Vorzug haben: daher entstand das Anbietungsrecht, welches die Verwandten fordern konnten, und das, wenn es vernachlässigt war, sie zum Abtriebe des Fremden gegen Uebernahme derselben Verbindlichkeit berechnete. Mochte die Schwierigkeit der Untersuchung einer vorhandenen Noth, oder die Verehrung des fremden Rechtes, das dem Beschränktseyn des Eigenthums zuwider war, dabey vorzüglich, oder auch beydes zugleich gewirkt haben, kurz, es kam bald dahin, daß man das Erbgut, auch ohne Erweis einer

c) Die ältesten Gesetze beschränken das Veräußerungsrecht nur auf einen wirklichen Nothfall: so verordnete Bischof Burchard von Worms 1024: *si quis praedium vel mancipium in hereditate acceperit, et in paupertatem inciderit, prius proximis heredibus suis cum testimonio proponat ad emendum.* Dreyer a. a. O. p. 13. aus Schannat. Cod. dipl. Worm. p. 47. Noch andere Urkunden, in welchen bey Verkaufen solcher Güter der Noth erwähnt werden mußte, s. bey Ebendenselben p. 20. Auch haben mehrere neuere Rechte den Verkauf des Erbguts ausdrücklich, wie sonst, auf den Nothfall beschränkt: so verordnet das Zellesche Stadtrecht Tit. 9. §. 2: Erbgut soll sonder Erberlaub, wo nicht Noth vorhanden, welche zur Erkenntniß des Rathes stehen soll, nicht verkauft oder veräußert werden, bey Hagemann S. 79.

¶



Noth, verkaufen konnte, wenn es nur zuvor den Stämmesverwandten zum Kauf angeboten war, die, wenn sie es nicht kaufen wollten oder konnten, allen Anspruch an dasselbe verloren: im Falle es ihnen aber nicht geboten war, dasselbe innerhalb einer gewissen Zeit, auch nach erfolgter Uebergabe, gegen Erfüllung derselben Kaufsbedingungen zurücksfordern durften.

Lange Verzeichnisse der diese Grundsätze enthaltenden Land- und Stadtgesetze geben die in der Note angeführten Schriftsteller d). Fast alle gestatten den Retract im Allgemeinen den nächsten Erben, den nächsten Blutsfreunden, und viele derselben gestehen ausdrücklich denselben den Kindern entweder ausschließlich zu e), oder schließen die Verwandten in entfernteren Graden von demselben aus f). Wie konnte dies auch anders seyn, da diese die

d) Dreyer a. a. D. p. 15. Struben Nebenst. 5 Zhl. S. 61. f. Winkler D. de retractu gentil. jur. Germ. universalis, Kil. 1758.

e) Nach der Constit. Elect. Sax. 31. P. 2. haben bey Stamm, Erbgut nur die Kinder das Vorkaufsrecht.

f) Magdeb. Policyordnung Cap. 22. §. 14: In Lehn- und Erbgütern soll das Näherrecht den Kindern und nächsten Blutsfreunden bis zum 4ten Grade zukommen. Statut. Lüneb. P. 2. tit. 4. Statut. Mindense 1 B. 11 Tit. Art. 2, 4. Statut. Lindav. von dem Auslands Zug, oder Näherrecht §. 2. Statut. Sueofurt, S. 1. T. 8. §. 2. Statut. Cellense T. 9. §. 2: Die Erben sonder welcher Willen Erbgut nicht soll verkauft werden (es wäre denn, daß dies die Noth erforderte, s. die Note c), seyn Kinder, Brüder, Schwestern und derselben Kinder, welche aber weiter gefreundet, mögen die Veränderung nicht hindern (diese konnten also, wie nach

Veräußerungsfreyheit der Erbgüter beschränken den Gesetze offenbar keine andre Absicht haben, als den Nachkommen des Erwerbers dieselben zu erhalten: je näher daher jemand dem Erwerber (der Sipp) verwandt war, einen desto vorzüglicheren Anspruch mußte er auch auf das Erbe und jene dasselbe betreffende Befugniß haben g). Die Argumente würden daher sehr sonderbar klingen, durch die man sich zu erweisen getrauen möchte, daß die Gesetze, welche den nächsten Blutsfreunden den Retract geben, die Kinder nicht unter dieselben, auch nicht einmal unter die entfernteren Verwandten begriffen, sondern, weil man ihnen den Retract verweigern will, gar nicht für Blutsfreunde und Verwandte hielten.

§. 14.

Der natürliche Gang, den nach dem angeführten Deutschen Rechte dieser Gegenstand genommen hat, war also dieser.

1) In den frühesten Zeiten konnte niemand sein Eigenthum; weder ererbtes noch erworbenes, weder unbewegliches noch bewegliches, veräußern, außer zum Besten des Königs, der Kirche, oder im

dem ältern Rechte, vindiciren) aber sich des Vorkaufs, wie folgt, gebrauchen. Noch mehrere den Kindern den Retract ausdrücklich zugestehende Landrechte sind von Walch im Näherrechte 2 B. 2 Spstf. 1 Absch. §. 24. angeführt.

g) Man muß die Zuversicht bewundern, in der C. F. Dabelow ad novam Constitut. Megapol. d. XII. Febr. 1802. p. 4. n. f. das den Kindern so allgemein zuständige Vorkauf, und Retractsrecht ableugnet, und es für höchst seltenes Partikularrecht ausgibt.



drückendsten Nothfalle. Wollte jemand aus Noth zum Verkauf schreiten, so mußte er dieses den Verwandten anzeigen, die Noth darthun und diese hatten alsdann den Vorkauf. Hatte er diese Anzeige ver-
säumt, so konnten die Blutsfreunde, wenn sie nur die Verbindlich-
keit des Besizers gegen den Verkäufer übernahmen, die veräußerte
Sache revociren. War keine Noth, die zur Veräußerung berechtigen
konnte, zu erweisen, dann forderten sie die Güter ohne alle Ueber-
nahme einer Verbindlichkeit zurück. Diese Revocationen waren dem
Begriffe nach dingliche Rechtsmittel und hatten die alte Deutsche kurze
Lebenszeit der Klagen.

2) Nachdem das Benefizialwesen aufgekommen und allgemein
geworden war, unterschied man ererbte Grundstücke von selbst erwor-
benen, und gestattete in Absicht der letztern dem Erwerber freies Di-
spositionsrecht.

3) Durch das Benefizialwesen hatten die unbeweglichen Güter
allein einen Werth erhalten, daher konnte das fremde Recht, das die
Veräußerungsfreiheit begünstigte, desto leichter in Absicht des beweg-
lichen Vermögens einen Abbruch an dem alten Familiensammteigen-
thum bewirken, der seit dem dreyzehnten Jahrhundert ganz sichtbar
wird.

4) Zur Erlangung der Ritterbürtigkeit geriethen die bedeutende-
ren Allode in Benefizialabhängigkeit, erhielten hierdurch den Cha-
racter adlicher Güter und wurden nach Lehnrecht vererbt und behan-
delt: die Natur des adlichen Standes ihrer Besizer erheischte es auch,
daß selbst dann, wenn bey ihnen der Lehnsherr schwand, das adliche
auf das Lehnwesen gegründete Erbrecht beybehalten werden mußte.

5) Bey den kleinern, nicht adlichen Gütern ließ man immer mehr von dem ältern Rechte nach, und gestattete ihre Veräußerung auch ohne dringende und erwiesene Noth, wenn nur den Verwandten der Verkauf geboten wurde: geschah dieses nicht, dann hatten diese das alte dingliche Rechtsmittel zur Zurückforderung, wenn sie nur das prästiren konnten, was sie bey der Ausübung des Verkaufs hätten entrichten müssen *h*). Eine unentgeltliche Zurückforderung dieser Güter hat seit dieser Zeit nicht anders mehr statt, als wenn das Ge-

6) War nichts zu prästiren, weil entweder die Sache ganz, oder zum Theil, verschenkt war, dann behielt der sogenannte Retract, in so fern eine Schenkung vorhanden war, die Wirkung einer vindication, denn der Blutsfreund sollte eigentlich nur die Noth, dementwillen sonst nur eine Veräußerung statt haben durfte, abwenden: wo keine existirte, war er, zu dessen Vortheil die Rechtsregel und ihre Ausnahme gesetzt waren, auch nicht schuldig eine Verbindlichkeit zu übernehmen. An keiner Materie des Deutschen Rechts hat aber das fremde Recht so augenscheinlich unbarmherzig genaget als an dieser. Die Römischen Rechtsgelehrten haßten das Beschränkungsrecht der Blutsfreunde und begünstigten die freie Disposition des Besizers, daher die unnatürlichen Ausnahmen, die sie der Ausübung des Retracts dadurch bezubringen suchten, daß sie es bey Schenkungen und Tauschen gar nicht statt finden lassen wollten, und endlich gar auf das Postulat geriethen, der Retract sey ein bloßes Einspruchsrecht in den Verkauf, und könne als eine persönliche Forderung (die man wohl aus einem Quasicontracte herleiten müßte) nur gegen den ersten, nicht gegen einen weitem Käufer angestellt werden. Wohin man doch ohne Kenntniß der Sache und bey blinder Vorliebe für ein unpassendes Recht gerathen kann!



seß die Veräußerung schlechthin verbietet, und weder von einer An-
bietungspflicht der Verkäufer, noch von einem Retractsrechte der Ver-
wandten handelt; oder, wenn es ausdrücklich das Verkaufsrecht nur
auf einen erweislichen Nothfall beschränkt und das Gut ohne Noth
veräußert worden ist; in welchen Fällen, des beybehaltenen ältern
Rechts wegen, alles dasjenige statt finden muß, was in Nummer 1.
angeführt ist.

§. 15.

Daß die Lehre von dem Vorkaufe und Retracte bey Lehn-
und Stammgütern ein lediglich Deutschrechtlicher Gegenstand sey, und
daher nicht nach den Grundsätzen des fremden Rechts beurtheilt wer-
den dürfe, haben unsre trefflichsten Rechtsgelehrten längst anerkannt;
und ungeachtet es wieder Mode wird, das Deutsche Recht aus dem
Römischen zu erklären, so kenne ich doch noch keinen, der geradezu das
Gegentheil behauptet hätte. Indirect fängt man aber schon mächtig
an, hieran zu arbeiten, indem man theils in Absicht einiger wichtigen
Grundsätze — z. B. daß man den Kindern den Vorkauf und Retract
abschneidet — die Lehre des Römischen Rechts unterzuschieben sucht,
theils die aus dem Deutschen Rechte fließenden Rechtsmittel durchaus
nach den Römischen Klageformen messen will. Der Grundsatz, daß
Deutsche, dem Römischen Rechte fremde Rechtsgegenstände nicht nach
dem letztern beurtheilt und ausgelegt werden müssen, läßt sich leicht
aussprechen, schwer aber durchführen. Einen Beweis hiervon geben
die Fragen: ob die Retractsklage zu den dinglichen zu rechnen sey,
und so gegen jeden dritten Besitzer statt finde; oder ob man nicht die
mit dieser Klage zu erzwirkende Forderung für einen persönlichen An-
spruch halten müsse, der nur gegen den ersten, und nicht gegen einen

zweiten und dritten Käufer statt finde? Diejenigen, welche die letztere Meinung mit anscheinend scharfsinnigen Gründen verteidigen, führen an, daß die Lehre vom Retract nicht auf gemeinen Deutschen Reichsgesetzen beruhe, sondern sich lediglich auf ein fast allgemein geltendes Gewohnheitsrecht und partikuläre Statuten gründe. Es liege auch nicht nothwendig in der Natur der Sache, daß die Retractsklage gegen jeden Besitzer zugelassen werden müsse, mithin könne dieser Satz, da das Retractsrecht in Zweifel eher zu beschränken als zu erweitern sey, nur in so fern angenommen werden, als sich erweisen lasse, daß durch geschriebenes oder nicht geschriebenes Recht dem Retrahenten jene weitumfassende Befugniß eingeräumt sey; welcher Beweis aber noch von Niemand nur durch einige Gründe geführt worden wäre. Hierzu komme noch, daß der einzige Grund zur Erblosungsklage darin liege, daß der alienirte fundus in Rücksicht des Verkäufers ein praedium avitum sey, dieser Begriff aber offenbar weg falle, wenn die einmal an einen Dritten, zur Familie nicht gehörigen, verkaufte Sache von diesem aufs neue an einen Fremden gebracht worden ist ¹⁾. Einige fügen noch die Schwierigkeit hinzu, die dann entstehen würde, wenn der dritte Inhaber, der mehr als der zweyte, welcher die Sache von dem ersten Käufer wieder theurer bezahlt hat als dieser bey dem ersten Kaufe für dieselbe gab, die Sache um denjenigen Preis herauszugeben gehalten seyn sollte, den der erste Käufer für dieselbe entrichtet hat. Lieber wollen sie deshalb den Retract für ein blos persönliches Recht halten, mittelst dessen der Bluts-

¹⁾ Thibauts Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts
2 B. S. 66. f.



freund befugt sey, allein von dem ersten Käufer die Eintretungsbe-
fugniß in seinen Contract zu verlangen.

Wenn ich aber auch zugebe, daß das Erblösungsrecht nicht
für gemeines in Deutschland als jus in thesi geltendes Recht, son-
dern höchstens nur für historisches gemeines Recht gehalten werden
dürfe, so folgt hieraus doch noch gar nicht, daß in Absicht seiner
nicht eine aushülflich gemeinrechtliche Natur historisch ausfindig ge-
macht werden könne, aus welcher alle diese zahlreichen Partikular-
rechte erklärt und ergänzt werden müssen. Wer freilich durch seine
mit Pandectenrecht bewafneten Augen diesen Beweis, den Voesh-
mer, Buder, Dreyer, Struben und andre der Deutschen
Verfassung höchst kundige Gelehrte geführt haben, nicht erkennen
will, dem ist so wenig zu helfen als demjenigen, der am Tage bey
gesunden Augen das Sonnenlicht vermissen will: er wird sich auch
durch die von mir im Kurzen aufgestellten und historisch genauer ver-
bundenen Thatfachen nicht bewegen lassen, anzuerkennen: daß das
ältere Deutsche Recht zum Besten der Familie eine wahre Vindication
gegen jeden gegeben habe, auf welchen ein Erbgut ohne Noth aus
der Familie veräußert worden war; und daß, nachdem dergleichen
Gut auch ohne Noth auf einen Auswärtigen gebracht werden konnte,
die Blutsfreunde, wenn ihnen der Kauf nicht zuvor geboten war, ein
verjüngtes Recht unter dem Nahmen von Retractsrecht behielten, wel-
ches, da es mit dem alten Vindicationsrechte einerley Grund und
Quelle hatte, eben so dinglich seyn mußte als es jenes gewesen war.
Hingegen werden dieses alle, die historische Thatfachen gelten lassen,
anerkennen, und dann ist der Einwand, daß bey einem Dritten das
Erbgut aufgehört habe ein Familiengrundstück zu seyn, wohl so wenig

zutreffend, als wenn man der gemeinrechtlichen vindication des Eigenthums von einem Dritten entgegensetzen wollte, daß die Sache dadurch, daß der zweyte Besitzer dieselbe auf den dritten gebracht hätte, aufgehört habe ein Eigenthum des vindicanten zu seyn.

War es ein Deutschgesetzliches dingliches Recht der Familie, den Verkauf des Familienguts von dem ersten Käufer, der es gegen das Gesetz von dem Verkäufer erhalten hatte, rückgängig machen zu können, so kann sie es auch von einem dritten und vierten Besitzer, da bekanntlich die Deutschen, so wie die Römischen dinglichen Rechte, der Sache auf jeden Besitzer folgen *k*). Ein gleich unzutreffender Einwand ist auch der, daß man das Retractsrecht einschränkend erklären müsse. Soll dies so viel heißen, daß ein solches nicht anzunehmen sey, wo es nicht auf Partikularrecht gegründet ist, dann kann gegen diesen Grundsatz nichts eingewendet werden: soll er aber andeuten, wie dies hier wohl keine andre Deutung leidet, daß man das Retractsrecht, weil es dem fremden Rechte zuwider ist, jüdisch behandeln müsse, dann sind wir offenbar bald wieder in der Schule des sechszehnten Jahrhunderts, die man, allen Zeichen nach, wieder einzuführen strebt. Die Schwierigkeiten, die man wegen des zu ersetzenden Kaufgeldes hat finden wollen, sind, die Sache genau be-

k) Für ein persönliches Recht des Retrahenten gegen den ersten Käufer kann es aus keinem Grunde gehalten werden (§. 14. not. *b*.); wenn man es daher für ein dingliches Eintrittsrecht in den ersten Kauf halten will, so würde man es dennoch auf jeden Besitzer übergehen lassen müssen.



trachtet, gar nicht vorhanden, denn der Retractant bezahlt dem den Retract erleidenden Besitzer nur dasjenige zurück, was das die Sache gegen das Recht der Familie veräußernde Mitglied von dem ersten Käufer erhalten hat: was innerhalb der Retractszeit geschehen ist, ist eine Sache, die ihm nichts angeht, weil sie gegen sein Recht anstößt, und in Absicht seiner schon nach gemeinen Rechtsregeln keine Wirkung haben kann. Nur der schuldlos leidende Theil mag sich nach dem gemeinen Rechte an den Autor halten, der ihm in Betreff des Schadens, den er leidet, Eviction leisten muß: so würde, wenn eine dem Retract unterworfenene Sache an den A. für 10000 verkauft ist, die dieser an den B. für 20000 und B. wieder an C. für 30000 überlassen hat, der C., welcher nur 10000 von dem Retractanten erstattet bekommt, an den B. den Regreß auf 20000 haben, der B. aber an A. auf 20000, und dieser leidet mit Recht den aus allen folgenden Verkäufen entspringenden Schaden allein, weil ihm allein die bey dem Ankauf einer solchen Sache begangene Unvorsichtigkeit zur Last fällt. Aus dem nämlichen Grunde würde auch ein Dritter, dem innerhalb des Retractsjahres von dem zweyten Besitzer die Sache geschenkt worden wäre, den Retract leiden müssen, weil das Recht zum Retract nach dem ersten Handel beurtheilt werden muß 1).

§. 16.

Bev den Lehen, in welche von dem Lehnrechte und, in Grundlage dessen, von den spätern Lehnbriefen ausschließlich die Lehn-

1) Cramer T. I. Observ. 178. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Bavar. Max. 4 Thl. 5 Cap. §. 5.

fähige Descendenz des Erwerbers zur Erbfolge gerufen wurde, und die auch in der Lombardei, die städtischen Lehncurien abgerechnet, nur von Ritterbürtigen erworben werden konnten, erhielt das Interesse des Lehnherren, der einzelnen Familien, und der auf das Lehnwesen gegründeten ganzen ablichen Kaste, das alte Deutsche Familiengesamteigenthum gegen alle aus dem fremden Rechte abgeleiteten, und bey den nichtadlichen Gütern größtentheils eingetretenen, Schmälerungen desselben aufrecht. Bekanntlich erbte nach dem Deutschen Lehnrechte nur der Sohn dem Vater, denn die Theilung unter mehreren Söhnen brach das Erbrecht, wenn bey der Theilung die abgesundenen Brüder sich nicht ausdrücklich das Miteigenthum vorbehielten, oder sich in die Mitbelehnung aufnehmen ließen *m*). Ganz natürlich mußte daher das Deutsche Lehnrecht bey Veräußerungen der Lehne, wenn sie an Auswärtige gültig geschehen sollten, die Einwilligung der durch eine solche Handlung an ihrem Rechte leidenden Interessenten erfordern, und diese waren 1) der Lehnherren, dessen Kinder und Erben, weil das sogenannte *dominium directum* gemeines Vermögen ist *n*), seine Handlung nach gemeinrechtlichen Grundsätzen anerkennen mußten, ohne daß es einer besondern Zustimmung derselben bedurft hätte; 2) die Descendenten des Veräußerers als alleinige wahre Lehnerben; 3) diejenigen, die, wie die Seitenverwandten, aus der Mitbelehnung eine Anwartschaft auf das Lehn hatten.

m) Vetus autor de benef. §. 84. Sächs. Lehnv. Cap. 34. Schwab. Lehne. Cap. 18. der Cent. Ausg. Kaiserrecht. 3 B. Cap. 25.

n) II. F. 17. §. 1.



In Rücksicht auf diese Interessenten verordnet das Sächs. Lehnrecht: „Wer seine Herrn, oder seine Kinde, oder Jemanden, der es wartende ist, sein Lehn vernein will, ob erz „lihet oder let, nicht en mag es jeneme schaden“ o), und verbot sogar, daß niemand in Lehngütern seiner Frau ein Wittum ordnen durste, wenn es nicht mit seiner Söhne Gelobete, die zu ihren Jahren kommen sin, geschah p). Dasselbe enthält das Schwäb. Lehnrecht: „Wer seinem Herrn, oder seinen Kindern q), oder jemand, der des warten ist, sein Lehn wil „empführen, ob er es seinem Herrn aufgibt, der es hinleiht, nit „mag es ihn schaden, ob er es wider in seinen Nuß nimmt und es „in seiner Gewehr hat bis an sein Ende, so söllent es sein Lehnerben von recht haben“ r). Ohne des Lehnherren und der Kinder Bewilligung konnte der Besitzer von dem Lehn nichts an seine Ehefrau bringen s), und der Sohn brauchte für den verstorbenen Vater nicht anders im Lehngerichte zu antworten, als wenn er das Gut,

o) Cap. 31. dasselbe enthält der vetus Autor de benef. §. 80.

p) Cap. 33.

q) Die Bergerische Lesart: oder seines Herrn Kind — ist völlig abgeschmackt, weil des Herrn Kinder hier gar nicht in Betracht kommen, und sowohl das Sächs. Lehnrecht, als der im §. angeführte Zusammenhang es ergeben, daß die Kinder des Lehnmanns von den anwartenden Stämmesverwandten unterschieden werden mußten.

r) Cap. 34. Dasselbe lehrt auch das Cap. 70. §. 1: Der Mann ist nicht pflichtig zu lassen des Herrn Gelübt, noch das Kind des Vatters, das sy ir Gut aufgeben und das verlieren.

s) Cap. 36, 104.

dessentwillen der Vater noch bey seinem Leben besprochen worden war, in Besitz hatte; jedoch blieb ihm die Vertheidigung aus seinem eigenem Rechte unbenommen *t*). Es leidet also nicht den mindesten Zweifel, daß die Kinder als die eigentlichen Deutschen Lehnerben berechtiget waren, Veräußerungen und andre Dispositionen, die der Vater zum Nachtheil ihres vom Erwerber herrührenden Rechts zur Erbfolge mit dem Lehn ohne ihre Bewilligung vorgenommen hatte, anzufechten und für ungültig erklären zu lassen *u*), mithin hatten sie nicht blos ein Vorkauf und Retractsrecht, sondern eine wirkliche Vin- dication. Wäre ihrer nicht namentlich in diesen Gesetzen Erwäh- nung geschehen, sondern hätte es vielleicht im Allgemeinen geheißen, daß den nächsten Blutsfreunden dieses Recht zuständig seyn solle, wahrscheinlich wäre dann mit Hülfe des fremden Rechts der Versuch gemacht worden, sie auf eine sehr argumentenreiche Art von demsel- ben zu verdrängen.

Hat man doch aus dem Kaiserrechte zu erweisen gesucht, daß bey Veräußerung der Lehne den Kindern nicht einmal ein Vor- kaufsrecht, geschweige denn eine andre aus dem Miteigenthume fließ- sende Befugniß zugestanden habe, weil nur den wirklichen Mitbe- lehnten (Ganerben) im 28 Capitel des dritten Theils ein Vorkaufs- recht in folgenden Worten beygelegt worden sey: „Eyn iclich Man „sal wissen, daz der Keyser Gnade hat gerhan, daz se dorch Noß

t) Cap. 55.

u) Daher die Menge von Urkunden, in welchen bey Veräußerung der Lehne die Söhne ihre Einwilligung geben mußten. S. Boehmer de alio vasalli successore in feudum p. 51. seq.

„mogen verkouffen ere lehin erme Genoffin an alle Wedersprache,
 „aber die Ganerbin haben Kore, ob se ez wollen ume dazselbe Gelt
 „nemen, daz eyn Fromder dorum gebin well; wollen se ez aber
 „nicht, so mag se ez verkouffen met dez Keyfers wissin wer ez kouffen
 „well“ v). Vergleicht man aber ohne Vorurtheil alle Verord-
 nungen dieses Rechts mit einander, so ergibt sich gerade das Gegen-
 theil von dem, was man aus jener Stelle zu erweisen sucht, weil
 in demselben das alte Deutsche Recht auf das Deutlichste bestätigt
 ist. Nach seinen Bestimmungen darf niemand ein Lehn ohne des Kai-
 sers Bewilligung verkaufen, „sint in dez Riches Recht stet geschrebin,
 „waz me wandelen sal, daz sal me wandeln met dez Keyfers wif-
 „sende“ (Cap. 27.). Hiervon ist die alte Deutsche, schon in dem Sächs.
 Gesetze gegründete Ausnahme (§. 13.) gleich im folgenden Capitel
 gemacht: „daz se dorch Noth mogen verkouffen ere lehin erme
 „Genoffin an alle Wedersprache.“ Wenn eine solche Noth vorhan-
 den war, traf sie zugleich die nächsten Miteigenthümer, die Kinder,
 mithin konnte nur ein uneigentlicher Lehnerbe, oder ein in der Mit-
 belehnung begriffener Seitenverwandter, im Stande seyn, die Noth
 von dem Besitzer dadurch zu lehren, daß er das bezahlte, was ein
 Fremder für das Familiengut geben wollte, und deshalb soll diesem
 der Vorkauf von dem Veräußerer geboten werden. Hatte jemand
 ein Lehn ohne des Kaisers Wissen, oder ohne Noth verkauft,
 so war der Kauf ungültig, und das Lehn fiel an die Lehnerben, die
 nach diesem Rechte keine andern als die Kinder sind w). Dieses

v) Dabelow a. a. D. p. 17. not. c.

w) Lehnerbin daz sint Kint, dy von eme geboren wordin. Cap. 31.

lehrt klar das 32ste Capitel: „Der Gut hat von dem Niche unn
 „verkauft daz an dez Kaysers wissin, eyne andern vor eygen, was
 „der me Gutes hat von dem Niche, daz ist synen Erbin ledig
 „wordin.“ Was kann mit dem ältern Deutschen Rechte überein-
 stimmender seyn, als diese kaiserrechtliche Verordnung über die Ver-
 äußerungsbefugniß der Lehne? Die Noth allein berechnigte ohne
 kaiserliche besondere Bewilligung das Lehn aus der Familie zu brin-
 gen, da diese die Kinder mit traf, so konnte man ihnen, der Natur
 der Sache nach, kein Vorkaufsrecht geben, wohl aber den mitbe-
 lehnten Seitenverwandten; war es aber ohne Noth veräußert, dann
 stand zunächst den Kindern, aber auch den Seitenverwandten, die
 Vindication desselben zu (§. 14. num. 1.).

§. 17.

Sollte nun wohl die Sammlung des Longobardischen Lehn-
 rechts andre Grundsätze lehren als diejenigen sind, welche in Absicht
 der Lehne in den übrigen zur Fränkischen Monarchie gehörenden Staa-
 ten galten? Dies läßt sich um so weniger glauben, da die Longo-
 bardischen Benefizien ihre weitere Ausbildung auf dieselbe Art und
 aus denselben Gründen erhielten, die in dem Hauptlande die Ritter-
 lehne, und die auf diese gegründete ritterbürtige Kaste erzeugten.
 Daß die im Longobardischen Lehnrechte öfters, aber auch häufig nur
 des Contrasts wegen, angeführten Lehngebräuche des Mailändischen
 Stadtlehnhofes für die größern Reichslehne und für die Ritterlehne
 keine Regel abgeben können x), wird jeder Kenner der ältern Ver-

x) S. meine Abh. üb. d. Verbindlichk. der Vasallen zu Ehrendiensten S. 11. f.



fassung leicht zugestehen; daher sind eine Menge von Rechtsfällen, die man aus ihnen zu beweisen sucht, ganz der ältern öffentlichen Verfassung und der Geschichte zuwider. Dahin gehört vorzüglich die aus den Mailändischen Lehngebräuchen genommene Lehre: daß nach dem Longob. Lehnrechte jeder Freie Ritterlehne hätte erwerben können; eine Behauptung, die dem gemeinen Longob. Lehnrechte, welches dieselben Grundsätze lehrt, die die übrigen Deutschen Lehnrechte über diesen Punct enthalten, ganz entgegen ist *). Wirkliche feuda, oder Ritterlehne, konnten in der Lombardei so wenig als in Deutschland Personen erwerben, die nicht von Ritter-Art waren y), mithin mußten auch in dem erstern Staate dieselben privatrechtlichen Grundsätze gelten, die, wie im Vorhergehenden gezeigt ist, das Benefizialwesen überhaupt, und das auf dasselbe gegründete Adelsverhältniß nothwendig gemacht hatte.

*) Den Beweis hiervon findet man in meinen Abhandl. I S. n. 2. S. 5. 110. f.

y) Sonst würden viele Lehren des Longob. Lehnrechts unerklärlich seyn, z. B. diese, daß der Lehnherr ohne Zustimmung des Vasallen das Lehn nicht von der Lehncurie getrennt verkaufen konnte, damit nicht etwa der Vasall an einen, dem Stande nach geringern Lehnherren gebracht würde. Nur in dem Mailändischen Gebiet wurde es, jedoch nicht mit Einstimmung aller, gebräuchlich, daß das dominium directum, wenn nur der ganze Lehnhof überlassen wurde, auch an einen Bauer gebracht werden konnte II. F. 34. S. 2. Ein Gebrauch, der wohl in jenem Stadtgebiet, in dem die Curien nicht aus Rittern, sondern aus Bürgern und Bauern bestanden, entstehen konnte, aber nichts weniger als allgemein war, wie der angezogene Text selbst aussagt.

fassung leicht zugestehen; daher sind die man aus ihnen zu beweisen sucht, fassung und der Geschichte zuwider. den Mailändischen Lehngebräuchen Longob. Lehnrechte jeder Freie eine Behauptung, die dem gemeinen selben Grundsätze lehrt, die die diesen Punct enthalten, ganz entweder Ritterlehne, konnten in der Land Personen erwerben, die nicht hin mußten auch in dem erstern Grundsätze gelten, die, wie im Vornefzialwesen überhaupt, und das a hältniß nothwendig gemacht hatte.

*) Den Beweis hiervon findet man S. 5. 110. f.

2) Sonst würden viele Lehren des z. B. diese, daß der Lehnherr Lehn nicht von der Lehncurie nicht etwa der Vasall an einen, herrn gebracht würde. Nur in es, jedoch nicht mit Einstimmung minimum directum, wenn nur de auch an einen Bauer gebracht we Gebrauch, der wohl in jenem St aus Rittern, sondern aus Bürger konnte, aber nichts weniger als a Text selbst aussagt.

von Rechtsfäßen, n öffentlichen Ver- vorzüglich die aus re: daß nach dem erwerben können; rechte, welches die- en Lehnrechte über Wirkliche feuda, nig als in Deutsch- t waren y), mit- en privatrechtlichen zeigt ist, das Be- gründete Adelsver-

Abhandl. 1. H. n. 2.

hts unerklärlich seyn, g des Vasallen das fen konnte, damit nach geringern Lehn- ischen Gebiet wurde hlich, daß das do- of überlassen wurde, F. 34. §. 2. Ein em die Curien nicht bestanden, entstehen wie der angezogene