Rechtliche Abhandlungen

von

Bodo, Samuel, Friedrich,
Edlen von Berger,
des Heil. Röm. Reichs Ritter.

Schwerin, 1787.
Gedruckt mit Bärensprungschen Schriften.

Dem

Durchlauchtigsten Herzog und Herrn

Herrn

Friederich Franz,

regierenden

Herzoge zu Mecklenburg,

Fürsten zu Wenden, Schwerin und Ratzeburg,

auch Grafen zu Schwerin,

der Lande Rostock und Stargard

Herrn ꝛc. ꝛc.

Meinem

gnädigsten Fürsten und Herrn.

Durchlauchtigster Herzog,
Gnädigster Herzog und Herr!

Ich wage es die Erstlinge meiner Studien Ew. Herz. Durchl. in tiefster Unterthänigkeit zu weihn. Die Huld und Milde meines gnädigsten Fürsten ist mir Bürge, daß diese meine Dreistigkeit nicht ungnädig werde aufgenommen werden.

Mögten doch diese kleinen Abhandlungen nicht ganz des hohen Beyfalls Ew. Herz. Durchl. unwürdig seyn! Dieser Vorzug, als der einzige

nach

nach den ich strebe, würde mir alle meine Kräfte aufbieten lassen, mit der Zeit etwas bessers zu leisten, um meinem zweyten Vaterlande — und dis ward es mir durch die Gnade Ew. Herz. Durchl. — einst nützlich zu werden.

In tiefster Ehrfurcht ersterbe ich

Ew. Herzogl. Durchl.

Rostock
den 30sten Jul.
1787.

unterthänigst treu gehorsamster

Bodo Samuel Friedrich
Edler von Berger.

Vorbericht.

Nicht aus Autor-Sucht, sondern bloß auf Anraten eines einsichtsvollen Mannes, meines Gönners, gebe ich diese Abhandlungen im Druck. — Wenn sie nur an das Mittelmäßige grenzen — so bin ich für Jetzt gerne zufrieden. Vieleicht liefere ich mit der Zeit was Besseres; denn gerne mögte ich meiner Vorfahren, Männern von bekannten Verdiensten, und meines nun verewigten großen Vaters nicht unwürdig seyn. —

Der Verfasser.

Von welcher Zeit an nimmt der Concursus Creditorum seinen Anfang?

Ueber die Beantwortung dieser Frage, sind die Rechtslehrer sich nicht einig. Einige sind dieser, andere einer entgegen gesetzten Meinung. Einige bestimmen den Anfang des concursus creditorum, wenn cessio bonorum erfolgt ist. Andere wenn ein Curator bonorum constituiret worden. Andere behaupten wiederum, der Concursus Creditorum nehme mit der Citatione edictali seinen Anfang.

In wie fern des einen oder des andern Meinung in den Rechten gegründet sey; will ich zu untersuchen wagen. Um meinen Endzweck desto leichter zu erreichen, werde ich eine jedoch nur kurze Geschichts-Erzählung von dieser Rechts-Materie, ex principiis juris romani vorausschicken.

Der Name Concursus Creditorum, ist vielleicht erst a pragmaticis eingeführet worden: es sey dann, daß man diese Benennung aus dem

Lege 7. D. 9. pat. in pign.

herleiten wollte, woselbst es heißt: „duos creditores in pignore concurrere."

Die Lateinischen Schriftsteller nannten sonst dasjenige, was bey uns Concursum Creditorum pati heißt; duoquere bonis vel, foro udere, non solvendo fieri. Aller dieser Redensarten bedient sich Cicero, eben so auch des Worts conturbare, sac me multis debere, utrum igitur me conturbare opor-

oportet. Orat. pro Planc. c. 28. Die Sache war also an und für sich den Römern nicht unbekannt; obgleich nicht zu leugnen, daß dieselbe in Praxi einen andern Namen, also auch eine andere Gestalt erhalten habe und der heutige modus procedendi von dem Römischen in gewissen Stücken unterschieden sey.

Die Römer, stets auf die Vergrößerung ihres Staats bedacht, sahen als kluge Gesetzgeber wohl ein, daß nichts mehr als Treue und Glauben denselben befestigen könne. Sie suchten daher den Mitgliedern der Republic die Nothwendigkeit fremde und geliehene Sachen wieder zu bezahlen, durch Gesetze einzuprägen. Schon a primis urbis incunabulis war ihre Sorge darauf gerichtet, der nach und nach einschleichenden Verschwendung, als einem dem gemeinem Wesen höchst schädlichen Laster Einhalt zu thun, und die Schuldner zur Bezahlung ihrer Schulden anzuhalten. In den Gesetzen

der XII Tafeln finden wir schon die schärfsten Gesetze wider die Schuldner und Verschwender (decoctores). Diejenigen, welche nicht bezahlen, noch dem Gläubiger auf eine andere Art Sicherheit leisten konnten, mußten ihre Untreue mit der strengsten Strafe (atrocissima pœna & durissimo supplicio) büßen. Man kann das Verfahren der Römer gegen solche Verschwender (decoctores) daraus erkennen, was Gellius in Noct. Att. L. 20 C. 1 aus denen Gesetzen der XII Tafeln anführt. Er sagt: quod sc. creditori potestas data sit aeris confessum ducendi & vinciendi imo trans tyberim peregre vendendi aut si plures creditores fuerint, in partes corpus ejus secandi. Jedoch ist diese grausame Strafe niemals nach dem Zeugniß des Gellio in Ausübung gebracht worden. Siehe auch Mevius ad jus Lub. Lib. 1 Tit. 3 num. 4. In denen folgenden Zeiten ward nun dieses strenge Gesetz abgeschafft und Lege Julia verordnet:

Ut debitor qui solvendo non esset, omnia bona sua in manu & arbitrio judicis dimittere posset: ita ut ex eorum distractione creditoribus satis fieret, perinde atque si magistratus auctoritate in causam judicati pignora capta fuissent.

Tit. D. & C. de usf. bonor.

Obwol dieser Lex nur anfangs in favorem Quiritum gegeben worden; so ist doch derselbe nachmals durch die Const. principum auf die Provinzen ausgedehnet worden,

L. 4 de cess. bonor.

L. 4. cod. Theod. qui bon. ex L. Jul. cess. poss.

und die bonorum cessio überhaupt allen denjenigen verstattet worden, welche theils durch ihr Verschulden, theils durch Unglück insolvent geworden (qui partim culpa sua sed citra dolum & latam culpam, Berger œcon. jur. Lib. IV. Tit. XXIX. p. 1200. partim fortunæ vitio non solvendo facti fuerint). Durch dieses beneficium cessionis erhielt nun der Schuldner 1lich den Vortheil, daß er der Gefängniß- und

cörperlichen Strafe und von der infamia distractionis bonorum befreiet wurde.

L. 1. de cess. bonor. L. ult. L. eod.

L. II. C. ex quibus caus. infam. irrog.

Denn obgleich nach der cessione bonorum die Güter des Schuldners verkauft und unter die Gläubiger vertheilt wurden; so geschah doch diese Veräußerung alsdann nicht im Namen des Schuldners, gleich als wie diejenigen welche non solvendo sturben, einen Knecht zu ihren Erben einzusetzen pflegten: ut ejus nomine domini bona venderentur, ne infamia in manes defuncti redundaret.

L. 2. C. de necess. serv. hered.

2tens daß er von einem oder dem andern Gläubiger nicht cum effectu belangt werden, sondern sich jederzeit mit der exceptione, quod bona sua cesserit, wider seine Gläubiger schützen konnte.

§. ult. J. replic.

L. 17. D. de recep.

L. 4. D. §. 1. de cess. bonor.

Nur

Nur mußte der Schuldner der bonis cedirte, die Caution leisten: daß er, wenn er zu bessern Vermögen gelangte, den Ueberrest seiner Schulden bezahlen wollte.

Berger oeconomia juris Lib. IV. Tit. XXIX. §. V.

L. 7. Cod. de cess. bonor.

Menoch. de arbit. judic. quaet. L. 2. p. 183. n. 20.

Die Vortheile die auf der andern Seite nun dem Gläubiger aus diesem beneficio cess. bon. zuflossen, bestanden

1lich darin: daß die bonorum possessio mit dem Willen des Eigenthümers gleichsam durch die Tradition auf sie übertragen wurde. Das Eigenthum erhalten die Creditores per bon. cess. nicht, sondern nur ein jus pignoris præt. Daher die Güter so lange sie nicht verkauft sind, der Debitor sie durch Bezahlung wieder einlösen kann.

L. 2. C. de cess. bon.

2tens daß sie einen curatorem bonorum bestellen konnten, welcher ihnen von seiner

geführten Administration Rechnung ablegen mußte.

L. 2. §. 1. D. d. tut.

und endlich

3tens daß die cedirten Güter in ihren Namen sub hasta öffentlich verkauft,

L. 4. l. 9. bon. ced. post.

und dasjenige was daraus gelößt, unter ihnen pro rata crediti atque habita hypothecarum & privilegiorum ratione getheilt wurde.

L. ult. C. qu. bon. ad. poss.

L. 6. C. de bon. aul. jud. poss.

So viel nun von diesem beneficio cessionis bonorum, welches das rechtliche Verfahren der Römer war, wenn sich mehrere Gläubiger meldeten, und auf ihre Bezahlung drangen.

Ein anderes Verfahren war die missio in possessionem, wider die abwesenden Schuldner, wider die, die ohne Vertheidigung, ohne Beystand waren, oder wider die, welche Betrugs halber sich geheim hielten.

(Contra

(Contra debitores absentes vel indefensos, vel qui fraudationis causa latitarint) wurde hingegen missio in possessionem erkannt; ita ut debitor vel defendatur, & copiam sui faciens respondebat, aut bonorum suorum possessione cedere vel creditores bona ipsius occuparent.

Die missio in possessionem kam also mit der cessione bonorum in gewissen Stücken quoad effectus überein, denn in beyden Fällen ward denen creditoribus die possessio bonorum eingeräumt.

Cujacius in Batal. ad tit. C. de bon. aut. jud. poss.

Nur mit dem Unterscheid: Daß der Schuldner in dem einem Falle sich des Besitzes seiner Güter selbst begab; in dem andern hingegen, besonders si fraudationis animo latitarit, dazu gezwungen wurde.

L. 7. §. 1. quib. ex caus. in poss. eat.

Und so wie die missio in poss. decreto & sententia prætoris geschehen mußte,

L. ult.

L. ult. D. de bon. aut. jud. poss.

so galt die cessio bonorum pro sententia & re judicata. Mithin was bey diesen consensus & voluntas debitoris ausmachte: Das mußte bey jenen auctoritas praetoris würken. In beyden Fällen folgte endlich aber venditio bonorum.

Aus diesen bishero angeführten ersieht man nun, daß nach dem Römischen Rechte der Concurs-Proceß, wenn ich so reden darf, auf eine zwiefache Art entstanden sey

1lich wenn der Schuldner dem Gläubiger seine Güter freywillig abtrat, oder

2tens wenn der praetor auf Anliegen der Gläubiger missio in bona debitor. omnia erkannte, welche diejenige Gläubiger welche dieselbe nicht impetrat intra annum utilem adhäriren mußten.

L. ult. sr. C. de bon. aut. jud. poss.

und weil in beiden Fällen bona debitoris possessa waren, ita ut venditionis remedio creditores quatenus substantia bonorum parten-

tentur, indemnitate sua consulere possint;

L. 4. C. qu. bon. ced. poss.

so wurde durch diese beiden actus dem Schuldner alle weitere Gewalt zu veräussern, und zu verpfänden, benommen, dergestalt, daß derselbe seiner Güter wegen keine rechtliche Handlung mehr vornehmen konnte.

L. 8. §. 1. D. de reb. aut ced. poss.

Wir, die wir nun das Römische Recht und die Römischen statuta, so fern sie sich auf unsere Staatsverfaßungen anwenden lassen, angenommen haben, sind auch bei unserm Concurs-Proceße demselben gefolgt; obgleich durch den Gerichtsgebrauch und die allgemeine Observanz verschiedenes dabei geändert und eingeführt worden, welches im Civil-Rechte seinen bestimmten Grund nicht findet.

Es entstehet bey uns der Concurs-Proceß ebenfalls, wenn entweder der Schuldner den schlechten Zustand seines Vermögens dem Richter selbst freywillig er-

eröfnet, und dem Gläubiger seine sämmtlichen Güter abtritt, oder aber, wenn der Schuldner gleichwol von seinem schlechten Zustand nichts gedenket, die Gläubiger aber insgesamt aufwachen, auf ihre Bezahlung dringen, und die Arretirung und Sequestration der Güter des Schuldners auswürken.

Ludovici Einleitung zum Conc. Proceß, C. 1. §. 14.

und obgleich

Salgado de Samoza in Labyrint. Creditorum p. 1. C. IV. n. 31. sqq.

behauptet, daß ein concursus creditorum eigentlich derjenige sey, welcher von dem Schuldner selbst erreget würde; so gesteht er doch selbst, daß die cessio bonorum vom Schuldner nicht jederzeit geschehe, sondern oft auf Begehren missio in possessionem erkannt werden müße, und da diese mit jener gleiche Effecta hat; so muß auch auf diese Weise der concursus creditorum entstehen können.

Hie-

Hiebei ist nun aber zu merken, daß nach dem heutigen Gerichts-Gebrauch in beiden Fällen, die sämmtlichen Gläubiger durch die Edictal-Citation convocirt werden müssen, damit alle insgesamt von dem erregten Concurse Wissenschaft erhalten, sich mit ihren Forderungen melden, und dieselbe liquidiren mögen.

Ludovici am angef. Ort Cap. 2.

Stryk ad Brunn. Proc. Cob. cap. 11. §. 2.

Mevius in diss. caus. levam. inop. debit. cap. 3. n. 4.

Es ist daher nun aber unter den Rechtslehrern der Streit entstanden, von welcher Zeit an der Concursus Creditorum eigentlich seinen Anfang nehme. Einige haben denselben schlechterdings ad cess. bonor. referiren und behaupten wollen, daß ohne dieselbe kein Concurs bestehen könne.

Salgado de Samoza a Labyr. Cred. P. 1. cap IV. §. 1.

Allein da, wie ich auch schon gezeiget, die

die cess. bon. nicht jederzeit geschiehet; so haben andere ein Principium gesucht, welches bei einer jeden Art des Concurses zutreffen könnte, und überhaupt den Anfang des Concurses darin gesetzt, wenn entweder der Gläubiger oder der Schuldner um die Erregung eines Concurses bitten. Siehe

Guilh. Leyseri diss. de conc. & grad. cred. c. I. §. I.

Da aber zuweilen der Richter ex officio concursum creditorum erkennet, ohne daß weder der Schuldner, noch der Gläubiger darauf bestehen, und sola petitio creditorum sine decreto judicis auch nichts würken mag; so ist auch dieses Principium nicht allgemein genug, und mithin was

Gribnerus in Process. judiciar. *L. II.* p. IX. §. I.

meinet, es entstehe der Concurs, so oft mehrere Gläubiger von eben demselben Schuldner die Bezahlung verlangen, (Oriri sc. concursum, quoties plures credito-

res

res ab eodem debitore solutionem urgent) gar nicht pro fundamento concursus zu setzen. Derohalben verschiedene Dres insonderheit

Augustus Leyserus in diss. de cred. conc. cred. non uniscendis c. 1. §. 4.

glauben, daß mit der edictali citatione der concursus erst seinen Anfang nehme. Der concursus creditorum sey ein judicium universale, sagt er, quod universalis producat effectus, es sey daher auch nöthig, daß ein actus universalis zum Grunde gelegt werde, um den Anfang desselben darnach zu beurtheilen; dis könne nun kein anderer seyn, als die citatio creditorum, da dieselbe omnium judiciorum fons & origo sey, und der Anfang aller Processe heut zu Tage von der Zeit an gerechnet werde, wenn die Citatio dem Beklagten insinuirt worden.

Conf. Ludovici c. l. c. 1. §. 14.

Allein, wie ich schon gezeiget: daß der Concursus auf eine 2fache Art entstehen könne, wenn nemlich 1) der Schuldner sich

sich des Besitzes seiner Güter freiwillig begiebt, oder aber 2) wenn der Richter arrestatoria oder sequestratoria, entweder ex officio, oder auf Begehren der Gläubiger erkennet; so glaube ich auch daß die Erhebung eines concursus von diesen beiden actibus abhänge. Der concursus creditorum ist ein judicium universale, wodurch die Gläubiger possessionem bonorum debitoris erlangen, und eine communio bonorum unter den Gläubigern eingeführet wird, dergestalt daß der Schuldner das Vermögen zu veräußern, zu verpfänden, zu bezahlen, und überhaupt über seine Güter zu disponiren verliert.

Es müssen nun auch solche actus zum Grunde gelegt werden, die eigentlich diese effectus produciren, und woher beurtheilt werden kann, ob dieselben würklich vorhanden sind oder nicht.

Da nun keine andere als die cessio bonor. & missio in possessionem generalis

diese

diese Würkungen hervorbringen können; so folget auch meines Erachtens ganz natürlich, daß auch der Anfang des concursus nicht eher bestehen könne, als bis einer von diesen actibus vorhergegangen sey. Ich begreife also eben so wenig, wie man ante cessionem bonorum vel arrestum bonis debitoris impositum den Anfang des Concurses festsetzen könne, als daß derselbe erst von der Edictal-Citation seinen Anfang nehmen solle. Obgleich der concursus creditorum ein judicium universale ist, quod universales producat effectus; so folget doch dahero nicht, daß es nothwendig sey, wie

Leyser in der angeführten Dissertation

meinet, daß ein actus universalis zum Fundament gelegt werde, woher der Anfang bestimmt werden müße. Denn da derselbe sich auf verschiedene Art äussert, so kann dessen Anfang durch verschiedene actus entstehen.

Wenn aber auch ein actus universalis erfordert würde, so würde ich überhaupt sagen, daß der concursus alsdann anfinge, wenn dem Schuldner die Freiheit über seine Güter zu disponiren benommen, und dessen bona possessa wären, es mögte nun solches per cessionem oder per immissionem & sequestrationem geschehen seyn.

Auch die Römischen Rechte scheinen dahin ihr Augenmerk gerichtet, und überhaupt bey entstandenen Concursen das rechtliche Verfahren dahin gesetzt zu haben.

L. 6. §. 7. qu. in fraud. credit.

L. 6. §. 2. de reb. aut. sed. poss.

Eben so wie nicht in allen und jeden Prozeßen a citatione der Anfang gemacht wird, sondern in processu mandati oftmals sogleich auf des Klägers Bitten und ohne einmal Beklagten vorher zu hören, mandata erkannt werden, als ist es ebenfalls nicht nöthig, den Anfang process. conc. creditor. in citatione edictali zu suchen. Vielmehr mag es gar wohl geschehen, daß, so wie

in

in jenen a mandatis angefangen wird; also auch in diesem arresti impositio, sequestratio und wenn diese nicht nöthig, die cessio bonor. den Anfang des processus ausmachen.

Ueberdem so macht auch hier die cit. edictal. nicht das Wesen eines Concurses aus, indem dieselbe dem Schuldner eigentlich nichts angeht, sondern nur darauf gerichtet ist, daß die Gläubiger dem Richter ihre Forderung angeben, dieselbe liquidiren, und unter sich de prioritate handeln sollen.

Wann ist Concursus imminens da, oder wann stehet ein Concursus creditorum bevor? und woran kann man solches erkennen?

Die lateinische Redensart, *concursus imminet* bedeutet nichts anders, als daß ein concurs. bevor stehe, oder zu befürchten sey.

Ludovici in der Einl. zum Conc. Proceß c. 1. §. 1.

giebt verschiedene Kennzeichen eines zu be-

befahrenden Concurses an. Wenn nemlich Leute, die man bisher für reich, und vermögend gehalten, sich wegen geringer und kleinen Pöste gerichtlich verklagen und exequiren lassen, wenn der Kaufleute Wechselbriefe mit Protest zurückkommen, oder wenn der Schuldner sich gar unsichtbar, und mit der Flucht davon gemacht habe; imgleichen, wenn jemand hie und da, und allenthalben, wo er nur etwas bekommen kann, Gelder aufborget, ungewöhnliche Zinsen giebt, und überhaupt, wenn es ruchtbar worden, daß einer mehr Schulden gemacht, als er bezahlen kann. Allein mir deucht, daß diese Beschreibung viel zu unbestimmt, und die Frage nicht genugsam festgesetzet sey, und ich glaube daß man hiebei überhaupt auf den Anfang des Concurses sehen müße, und gleichwie derselbe in cessione bonorum & missione in possess. zu suchen, oder überhaupt, si bona debitoris possessa sunt; so halte ich dafür, daß der concursus creditorum bevorstehe, (imminere) wenn die Gläubiger merken,

daß

daß der Debitor mehr Schulden gemacht, als er bezahlen kann, und daher einer nach dem andern aufwachen, und auf ihre Bezahlung dringen, der Debitor aber den Besitz der Güter weder abgetreten noch missio in bona ejus generalis erkannt worden. Wohin auch Leysers Meinung

in diss. de gestis p. plebet abbaertum rat. quam icut. C. 2. §. 3.

zu gehen scheint, wenn er daselbst einen bevorstehenden Concurs (concursum imminentem) also beschreibet: si debitor ad inopiam uergere & bonis labi videtur, resque in eo esse, ut debitores consurrecturi, ut bona ejus possessuri sint. Und ob dieses zwar bloß eine practische Redensart ist, welche wir in den Gesetzen nicht finden, so scheinet doch der Rechtsgelehrte Scaevola in

L. 24. D. qu. in heredit.

eben dieses anzeigen zu wollen, wenn er sagt: Quid si, cum in eo esset, ut bona debitoris mei venirent, solverint mihi pecuniam. Welches nach unserm Curial-Styl nicht anders heissen würde, als: Quid si, concursu imminente, debitor mihi solverit pecuniam. Es entstehet zwar dabei der Zweifel: Daß, da nach den Römischen Rech-

ten cessio bonorum & missio in possess. das rechtliche Verfahren wider die Verschwender (decoctores) ausmachte, und so zu sagen, den concursum creditorum beförderte, die distractio bonorum aber nicht nachmals erfolgte, der Ictus hier nicht mehr von einem bevorstehenden, sondern schon rege gemachten concursu (moto) rede.

Allein eben so wie dem Schuldner ante distractionem bonorum frey gelassen war, sich zu bedenken, ob er seine Gläubiger selbst befriedigen, oder ihnen freilassen wollte, sich in seine Güter zu theilen,

L. 5. D. de cess. bon.

und daher auch im

L. 3. D. eod.

gesagt wird, cum qui bonis cedit ante venditionem non carere, auch die venditio bonorum in beiden Fällen adhibirt würde; so bedienet sich der Ictus im allgemeinen des Worts venire, um damit anzuzeigen, daß es mit seinem Schuldner beynahe an dem gewesen, daß dessen Güter von seinen übrigen Gläubigern haben in Besitz genommen werden sollen. Mithin lässet sich dieses Gesetz auf diese Weise de imminente concursu erklären.

1. Wie

I.

Wie war in den alten Zeiten von Teutschland, ehe die fremden Rechte eingedrungen, die Erbfolge in den Allodial-Gütern beschaffen? Schlossen nach alten teutschen Rechten die Erbtöchter die weitere Agnaten in den altväterlichen Gütern aus?

2.

Ist nach Einführung des Römischen Rechts das alte Stammrecht der Teutschen abgeschafft, da die Succeßiones heutiges Tages, in Entstehung besonderer Verordnungen oder Verträge, schlechter-

dings nach solchen fremden Rechten entschieden werden müßen, oder ist nicht zur Begründung der Stammfolge der Beweis des beständigen Gebrauchs des vaterländischen Rechts in der Familie hinreichend?

Es ist schon von den Lehrern der Teutschen Geschichte und Alterthümer vielfältig ausgeführt worden, wie sehr die Teutschen von ihrem ersten Ursprung an, auf die Erhaltnng und den Glanz ihrer Familie bedacht gewesen, und wie sie daher ihre Güter oder Allodia jederzeit bey dem Manns-Stamm zu erhalten gesucht, die Weiber hingegen, womit der Name des

Ge-

Geschlechts erloschen, von deren Erbfolge, wenigstens in den unbeweglichen Gütern und fundis familiæ ausgeschlossen haben. Schon bey dem Tacitus finden wir hievon nicht undeutliche Spuren.) Er sagt:

Cap. 32. de morib. Germanor.

Inter familiam & penates & jura successionum equi traduntur. Excepit filius, non ut cætera maximus natu sed pro ut bello ferox & melior.

Und bald hernach

heredes successoresque sui cuique liberi & nullum testamentum, si liberi non sunt, proximus gradus in successione fratres, patrui, avunculi.

welche Stellen nicht undeutlich ergeben, wie sehr sie für das Geschlecht und für die Erbfolge des Mannsstammes Sorge getragen, zumahl wenn man die Worte:

*) Man lese Wilhelm Strecker diss. de splendore famil. conservat.

Diet. Herrm. Kemmerich de inst. germ. ad conserv. famil. spect.

heredes sui cuique liberi

und

si liberi non sunt

bloß von denen Söhnen und Enkeln, nicht aber von den Töchtern mit erklären wollte; da bey der successione collateralium bloß der Brüder und Vaterbrüder, nicht aber der in gleichem Grade stehenden Schwestern und Vaters Schwestern u. s. w. gedacht wird. Und dieses kommt mit der Verfassung Teutschlands vollkommen überein, und ich mag wol sagen, daß dieselbe nicht zuließe, daß die Weiber zur Erbfolge der Land- und unbeweglichen Güter gelassen wurden. Denn es ist bekannt, daß die alte Verfassung Teutschlandes bloß ganz kriegerisch (mere militaris) und ihre ganze Regierungsform auf das Kriegswesen gerichtet gewesen. Diese Liebe zum Kriege und zu den Waffen gieng bey ihnen so weit, daß sie keine öffentliche, keine Privathandlung als bewaffnet verrichteten. (ut nihil nec publicæ nec privatæ quid age-

rent

rent rei, nisi armati,) wie der sorgfältige Zeuge teutscher Sitten anmerkt. Ihre Regierungsform war vollkommen einer Republick ähnlich, wo die Oberherrschaft bloß von dem Volke abhängt. Sie erkannten keinen gemeinschaftlichen König, noch eine andere Obrigkeit, und das gemeine Wesen lag ihnen allen, so wie einem jeden insbesondere ob. Inzwischen erforderte die gemeine Ruhe und Sicherheit, daß sie gewisse Anführer (principes vel duces) unter sich erwählten, deren Gewalt und Ansehn aber sehr eingeschränkt war.

Neque enim regibus infinita aut libera potestas, & duces exemplo potius quam imperio, si promti, si conspicui, si ante aciem agant, admiratione præsunt. Ceterum neque animadvertere, neque vincire, nec verberare quidem nisi sacerdotibus permissum, non quasi in pœnam, nec ducis jussu, sed velut D e o imperante.

Tacitus de morib. Germanor. C. 32.

Das

Das Amt derselben scheint vornemlich darin bestanden zu haben, daß sie die Landstände zusammen beriefen und in den Versammlungen ihre Vorschläge thaten, die Einwilligung derselben anhörten und sie im Kriege anführten.

Summa enim auctoritas erat in comitiis in quibus populus de gravioribus controversiis constituerit & si quod fuerit bellum gerendum, si pax sancienda, si vectigalia imponenda, si magistratus majores creandi, idem decreverit. Siehe Paulus Hachenberg in Germ. dis. I. §. 20.

Da nun also einem jeden Besitzer solcher unbeweglichen Güter nicht nur überhaupt die Wohlfahrt des gemeinen Besten mit oblag, sondern auch insbesondere auf den Versammlungen oder Landtagen mit erscheinen und seine Stimme in wichtigen Sachen zu geben befugt war, ferner auch im Kriege folgen und als ein Mitglied

glied des Vaterlandes dasselbe mit seinen Waffen beschützen mußte; so siehet man leicht, daß diese Dienste (servitia) mit denen Gütern selbst verbunden gewesen sind, mithin dieselbe bloß dem Mannsstamme, als welcher hiezu allein tüchtig gehalten worden, mit Ausschließung des weiblichen Geschlechts gelassen werden mußten; besonders da zu Bestreitung der erforderlichen Unkosten bei dem Mangel an Gelde, welchen die Teutschen hatten, und da ihre Reichthümer einzig und allein in liegenden Gründen bestunden, der Besitz unbeweglicher Güter nothwendig zu seyn schien, wie der sel. Reichs-Hofrath von Senkenberg in diss. an filia ult. gent. suæ in regn. & princip. privative succedat c. V. §. 41. mit gutem Grunde schließet. Die Töchter mußten sich demnach begnügen, daß sie aus den väterlichen Gütern den nöthigen Unterhalt genossen, und wenn sie das väterliche Haus verließen und in eine andere Fami-

lie

lie übergiengen, mit einer anständigen Aussteuer versehen wurden.

Diese freien, zur Erhaltung und den Glanz der Familie gehörende Güter, wurden nun unter dem Namen Allode, begriffen, sowol um das freie und unumschränkte Eigenthum, zum Unterschiede derer denen Knechten gegebenen Ländereien, (oder glebarum servorum) als auch um die Stammeigenschaft derselben anzuzeigen. Welches denn die Etymologie dieses Worts nicht undeutlich zu erkennen gibt. Denn es scheint wohl diejenige Meinung den Vorzug zu verdienen, welche dieses Wort von Adel und Ade herleitet. Daß nun aber Adel, Odel, oder Adal bei den Alten nicht nur so viel als eigen, sondern auch altväterlich oder alt bedeutet, haben die Erforscher der Alterthümer, und besonders

Loccenius in lex. Sueo-Goth. voc. *Odeliord.*

aus dem Adofrido, einem der ältesten teut-

schen Schriftsteller, und aus verschiedenen Documenten der alten Brittannier, Schweven und Normänner, angemerkt. Wie denn auch, da die teutschen Edlen, (nobiles) mit dem Namen des Adels belegt, der Begrif, welchen sie jederzeit mit dem Adel verknüpft, oder, damit ich deutlicher rede, das Kennzeichen, welches sie bei dem Adel in dem Alter des Geschlechts, in dem Glanze der Vorfahren und des Stamms (in antiquitate familiæ, in claritate avita, genearchica vel gentilitia) gesetzt, diese Bedeutung des Worts wahrscheinlich am Tage leget: So mag es auch wol seyn, daß Alloda aus Ald, welches bey denen Alten eigentlich Geschlecht oder Familie bedeutet,

Frisch Wörterbuch von Ald.

zusammen gesetzt worden, so daß es terram genearchicam, oder ein Stammgut hieße, oder daß das Wort Aldel selbst von Ald entstanden sey. Welche Bedeutung des Worts aber allein schon hinlänglich wäre, die alleinige Erbfolge des Manns-

stam-

stammes und die Ausschließung der Töchter in solchen Gütern, anzuzeigen, indem die letztern weder das Geschlecht fortpflanzen, noch einmal zur Familie gerechnet werden könnten.

Es werden daher nun diejenigen unbeweglichen Güter *Alloda* genannt, die von den Vorfahren oder Eltern erlangt, und also durch den Erbgang auf die Familie gekommen waren.

Hievon waren die erworbenen Güter (bona acquisita s. de comparatu & attractu) unterschieden, und wurden den Allodial-Gütern entgegen gesetzt. Denn so heißt es unter andern

in form. Marulphi L. *II*. s. II.

Quidquid ibidem tum de allode parentum, quam de reliquo attractu visus sum tenuisse,

und in einer

Charta de 950 bei Miracum diplom. Belgii, p. 149.

quod tam de allodio quam de comparatu

ratu sive de quolibet attractu ad se ibidem dignoscatur pervenisse.

Wiewol diese nun erworbenen Güter, wann sie durchs Erbgangrecht auf die Nachkommen vererbt, zu Stamm- und Allodial-Gütern wurden.

Ohngeachtet nun in den folgenden Zeiten, da die Carolingischen Könige und nachmaligen Kaiser denen Teutschen eine Oberherrschaft aufbürdeten, und ihre Anführer und Vornehmen (principes & duces) sich ein weit größeres Ansehn zueigneten, als ihnen von dem Volke übertragen worden, ja der Landadel gewissermaaßen die Herrschaft verlohr, sich die Verfassung des Teutschen Reichs sehr verändert; so hat doch der Adel seine Liebe zur Freiheit und seine angebohrne Sorge zur Erhaltung seines Geschlechts auch bei diesen Veränderungen beständig zu erhalten gesucht.

Et semper ut antehac & ex more omnium Germanicorum populorum

 re-

regum dignitas, procerum populique juribus multum fuit restricta atque temperata.

St. Conring in not. ad Lampad.

Wie denn insbesondere die Sachsen, da sie von Carl dem Großen bezwungen, nach der Erzählung des

Poetæ Saxon. Anonym. Lib. IV. de gestis Caroli Magni ad a. 803.

bei ihrer Freiheit gelassen und ihnen ausdrücklich nach ihren alten Gesetzen und Gewohnheiten zu leben vergönnet worden.

Tum sub judicibus quos rex imponeret ipsis
Legatisque suis permissi legibus uti
Saxones patriis & libertatis honore.

Sie blieben also nicht nur in dem Besitz ihrer freien und eigenthümlichen Güter, sie wurden auch mit zu denen comitiis gezogen, und die Kriegsverfassung, vermöge derselben nur der Adel zu Kriegs-

und

und Ritterlichen Uebungen tüchtig gehalten und von seinen Gütern Kriegsdienste leisten mußte, blieb eben diejenige, die sie zu den Zeiten der freien Republick gewesen.

Denn so heißt es in der Capitul. Carol. Magni de a. 807. bei Balur T. 1. p. 457.

> Quicunque liber mansos quinque de proprietate habere videtur, similiter in hostem veniat.

Und in der Capitul. Car. Calvi ibidem Tom. *II.* p. 264.

> Si aliquis in allode suo quiete vivere voluerit, nullus ei aliquod impedimentum facere præsumat, neque aliud aliquid ab eo requiratur, nisi solummodo ut ad patriæ defensionem pergat.

Wiewol die Kriegsdienste, die sie leisten mußten, mehr von dem Willen der Könige und Fürsten abhängen und mehr auf derselben Nutzen und Vortheil eingeschränckt zu seyn scheinen.

Alles dieses aber, sowol die Unterhaltung der Freiheit und der damit verknüpfte Glanz und die Erhaltung des Geschlechts, als auch die Besorgung des Kriegswesens und der Sitz und die Stimme auf den allgemeinen Landtagen giebt, meines Ermessens, einen nicht unvollkommenen Beweis ab, daß die Weiber, welche so wenig die Waffen zu führen und die Freiheit zu beschützen, als das Geschlecht zu erhalten und in Comitiis zu erscheinen fähig waren, von dem Besitz der unbeweglichen Güter ausgeschlossen und dem Mannsstamme allein das Eigenthum derselben überlassen worden. Siehet man hiernächst auf den Ursprung der Lehne in Teutschland und deren Beschaffenheit; so wird man, meines Erachtens, den Grund, warum die Töchter von der Erbfolge in den unbeweglichen Gütern ausgeschlossen worden, noch näher entdecken.

Es leidet aber keinen Zweifel daß, so wie die Allodial-Güter zum teutschen

Kriegs-

Kriegswesen eingerichtet; also auch die Lehne zu eben diesen Endzweck bestimmt gewesen sind, wo nicht gar dem Kriegs-Wesen ihren Ursprung zu danken gehabt.

Ich habe nemlich vorhin angeführt, daß der Reichthum der Teutschen in unbeweglichen Gütern bestanden, von deren Auskünften sie nicht nur für sich und die ihrigen, sondern auch besonders die Kriegszurüstungen und Bedürfnisse bestreiten und die Lebensmittel im Kriege besorgen mußten.

So wie nun die Reichen ihre Allodial-Güter zu diesem Ende besaßen und gebrauchten; so sind vermuthlich denen Uebrigen, die entweder nur geringere, oder gar keine Besitzungen hatten, dergleichen Landgüter (prædia) von denen Königen und aus dem Königlichen Fisco (Casse) eingeräumt, wovon sie, statt des Soldes, sich zum Kriege rüsten und anschicken konnten.

von Senkenberg in der schon angeführten Dissertation C. V. §. 42.

Dieses scheinet auch die Bedeutung des Worts feudi, oder wie es in alten Zeiten geheißen, feodi, zu bestätigen.

Denn man mag solches mit dem C. von Ludewig in seinem Jur. Client. p. 26.

von fod, davon das niedersächsische foden das schwedische föda und das englische fud vermuthlich herstammt und so viel als unterhalten, ernähren, bedeutet; oder mit dem Schiller, Herz und Gundling von fe und od, welches ein zur Besoldung eingeräumtes Gut bedeuten soll, herleiten; so stimmt doch die Bedeutung dieses Worts mit dem Ursprung der Lehne und daß selbige, militiæ causa, gegeben worden, allenthalben überein.

Daher denn auch dergleichen beneficia von ihrem eigentlichen Endzweck militiæ

ge-

genannt werden. Denn in diesem Verstande muß ohne Zweifel die Stelle bey dem

Gervas. Tilberiens. Lib. *II.* A Imperial apud du Fresne voc. militiæ.

erkläret werden, da er von Henrico II. saget:

Hic legem instituit apud Teutones, ut militiæ more Gallorum & Anglorum successionis jure devolverentur ad proximiores agnationis gradus, cum antea penderent ex principis gratia.

Ob nun wohl anfänglich die Beneficia bloß auf den possessorem militantem eingeschränket und nach dessen Abgang wieder ad fiscum regium unde desumta essent zurück gefallen, zuweilen auch denen Söhnen oder Agnaten, jedoch bloß ex gratia dominorum, gelassen worden, mithin überall kein Erbgangs-Recht darauf haftete: so ist doch auch nachmals eine Erbfolge darin eingeführet, dergestalt, daß dieselbe auf die nächsten männlichen Agnaten,

mit Ausschließung des weiblichen Geschlechts, vererbet.

Diese Erbfolge in denen bonis beneficiariis aber hat sich ohne Zweifel, nach der in den Allodial-Gütern längst vorhin eingeführten Erbfolge bequemen müssen und es läßt sich daher, meines Erachtens, die Ausschließung der Töchter, in den Allodial-Gütern, mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit schließen. Denn wie der Herr von Senkenberg in der angeführten diss. §. 41. ganz recht angemerket.

> De utriusque bonis militandum erat regi de allodialibus ut supremo omnium domino, domino feudi de beneficio militari, s. feudo.

Da nun aber das männliche Geschlecht in den Lehngütern allezeit vorgezogen, und noch heutiges Tages fast allein Successions-fähig ist, und die ratio militiæ, so ihnen dieses Vorzugs-Recht zugeeignet,

net, nicht minder bey den Allodial-Gütern eingetroffen; so ist zu vermuthen, daß bei diesen eben die Ordnung in der Erbfolge schon vorhin gebräuchlich gewesen, und jene, nach dieser eingerichtet worden sey; vorzüglich da die Lehne, da sie anfangs ex mera gratia dominorum dependirt, nicht successionis causa erfunden worden, sondern die Succession erst nach und nach eingeführt worden ist, mithin um so mehr zu glauben, daß dieselben, der bei den Teutschen längst eingeführten Ordnung gefolgt sind, und unsere Vorfahren, welche der natürlichen Einfalt gewohnt waren, nicht erst auf eine neue Erbfolge bei den Lehngütern gekünstelt haben. Diese bei den Teutschen eingeführte Vorzüge des Mannsstamms in Ansehung der Erbfolge ergiebt sich demnach deutlicher aus den alten Gesetzen der teutschen Völker, welche uns das Alterthum noch übrig gelassen hat und liegt, meines Erachtens, darin so klar am Tage, daß ich mich ohne weitere An-

führung derselben, schlechterdings auf dieselben beziehn könnte. Die einzigen Westgothen scheinen hierin von ihren übrigen Landesleuten abgewichen zu seyn, da sie in ihren Gesetzen die Verordnung gemacht:

> Quum pater vel mater intestati decesserint, tum sorores cum fratribus in omni parentum facultate, abque alio abiectu æquali divisione succedant.

Allein vermuthlich hatten sie dieses von den Römern erlernt, mit denen sie nicht nur wegen der mit ihnen beständig geführten Kriege, sondern auch, da sie lange Zeit Bundesgenossen gewesen, näher als die übrigen teutschen Völker bekannt gewesen seyn mögen.

> Quippe in genere hujus populi leges connubiis morum romanorum, magis infectæ sunt, quam illarum gentium, quæ in patrio solo subsisterunt,

wie die Schriftsteller des teutschen Rechts schon längst angemerkt. Ihre übrigen

Lan-

Landesleute hingegen trugen ihre Liebe zur Erhaltung des Geschlechtes und ihre Sorge für den Mannstamm so weit, daß sie die Söhne den Töchtern, nicht nur in den väterlichen, sondern auch in der mütterlichen Erbschaft vorgezogen wissen wollten, gleichwie denn unter andern in

L. Saxonum Tit. VII. §. 1.

ausdrücklich verordnet war: ut pater aut mater defuncti, *filio* non *filiæ* hereditatem relinquant, und dieses gieng nicht bloß auf die bona immobilia, sondern die beweglichen Güter, mancipia sc. & pecunia waren hierunter mit begriffen. Denn so wird in allen diesen legibus denen Söhnen der Vorzug vor den Töchtern ausdrücklich in der ganzen väterlichen und mütterlichen Erbschaft (in omni hereditate parentum) ohne Unterschied der Güter zugeschrieben, und in dem Codice legum Normannicarum ap.

Ludew. reliq. Mſt. Diplom. Tom. VII. Lib. II. p. 216.

heißt es gar merklich:

Soro-

Sorores autem in hereditate patris nullam debent portionem reclamare versus fratres vel eorum heredes, sed maritagium possunt requirere.

Die Söhne erbten demnach hier allein in allen väterlichen Gütern, und die Töchter bekamen nichts davon, sondern mußten sich mit einer Aussteuer begnügen lassen, wohin auch die

Leges Lombardorum Lib. II. T. XIV. l. 14.

abzielen:

„si pater filiam suam, aut frater sororem suam legitimam alii ad maritum dederit, in hoc sibi sit contenta de patris aut fratris substantia, quantum ei pater, vel frater in die nuptiarum dederit, & amplius non requirat,"

und ebenmäßig bekamen sie von dem mütterlichen Nachlasse nichts als den Weiberschmuck, und wurden sowohl in terris, als mancipiis & pecunia ausgeschlossen. Dahin gehet nemlich die Verordnung des

L. Anglior. & Werinorum T. VI. §. 1.

Ma-

Mater moriens filio terram, mancipia & pecuniam demittat, filiæ vero spolia colli, i. e. munieluscula, monilia, inaures vestes, armillas, vel quidquid ornamenti proprii videbatur habuisse.

womit auch die leges Burgundiorum übereinstimmen.

Es entstehet aber die Frage: Ob nur bloß der Bruder die Schwester, oder auch die weitern Agnaten die Töchter ausgeschlossen haben. Nun scheinet es zwar, daß die Ausschließung der Weiber von der Erbfolge vorzüglich in den unbeweglichen Gütern, sich nur bloß in Betracht der Brüder erstrecket, und wenn diese nicht vorhanden, die Töchter denen weitern männlichen Agnaten vorgezogen und zur Erbschaft des Vaters und der Mutter zugelassen worden. Denn so heißt es in

L. Burgundior. Tit. XIV. l. 1.

Inter Burgundiones id volumus custodiri, ut si quis filium non reliquerit, in

lo.

loco filii filia in patris matrisque hereditate succedat.

L. Saxonum Cap. VI. L. 4.

Qui defunctus non filios sed filias reliquerit, ad eas omnis hereditas pertineat.

womit ebenfalls die

Leg. Allemannorum Cap. 57.

übereinkommen:

„si autem duæ sorores absque fratre relictæ post mortem patris fuerint, & ad ipsos hereditas paterna pertingat

gleichergestalt als in den

L. Longobard. L. II. T. XIV. L. 19.

versehen ist.

si quis Longobardus sine filiis legitimis masculinis mortuus fuerit, & filiam dereliquerit, unam aut plures legitimas, ipsæ ei in omnem hereditatem patris vel matris suæ, tanquam filii legitimi masculini heredes succedant.

Ja die Töchter concurrirten sogar mit ihres Bruders Söhnen in der Erbfolge, und bekamen einen Theil von der Erbschaft.

vid. L. Burgund. T. LXXV. L. 1.

In-

Inter filium filii & filiam salva medietate quæ minoribus partibus ex paterna sucessione debetur, altera substantiæ ejus medietas inter nepotem & filiam æqualiter dividatur.

Wiewol nach dem

Iure Saxon. Tit. VI. §. VI.

si quis filium aut filiam habuerit, & filius uxore ducta filium genuerit, & mortuus fuerit, ut hereditas patris ad filium filii i. e. ad nepotem, non ad filiam pertineat.

mithin auch die Töchter von des Bruders Söhnen ausgeschlossen wurden.

Daher denn

Senckenberg in dissertat. de successione fil. Cap. V.

und

Reinhard von der Erbfolge der Töchter vor den Stamm-Vettern

zu behaupten gesucht hat, daß zwar nach teutschen Rechten die Söhne oder deren Kinder denen Töchtern in successione vor-

gegan-

gegangen, dagegen aber diese in Ermangelung der Söhne die agnatos e latere ausgeschlossen, und zwar ohne Unterschied der Güter, solchergestalt, daß die Töchter nicht nur den ganzen väterlichen Nachlaß, sondern auch die darunter begriffenen bona avita für denen Agnaten geerbet hätten.

So wenig aber dieses mit der vorhin gepriesenen Sorgfalt des teutschen Adels für das Ansehen und die Erhaltung ihrer Geschlechter übereinstimmet, welche sie in so hohem Grade getrieben, daß nach des Kanzlers von Ludewig Erzählung in den Hallischen Gelehrten Anzeigen

de 1731. pag. 151.

unter andern der Graf Abraham v. Dohna in dem Wartembergischen Fideicommiß sich gar dahin geäussert, daß ihm nebst der Sorge für die ewige Seligkeit, nichts höheres am Herzen liege, als die Erhaltung seines Geschlechts.

Eben so wenig sind auch meines Erachtens die angeführten Gesetze von den bo-

nis

nis aviaticis & stemmaticis, oder denen so genannten Stammgütern zu verstehen.

So wie nun in alten Zeiten dergleichen Güter unter dem Namen des Allode begriffen, und darunter zum Unterschiede der bonorum ex comparato & attractu diejenigen verstanden wurden, die einem Geschlechte gehörten, und denen es nicht nur seinen Ursprung sondern auch seine Erhaltung zu danken hatte, kurz, die dem Adel diejenigen Vorrechte zueigneten, die mit dem Besitze freier und eigenthümlicher Güter verknüpft waren: So ist vermuthlich, wie in folgenden Zeiten die Lehne entstanden, und die Allodial-Güter den Lehn-Gütern zum Kennzeichen eines uneingeschränkten Eigenthums entgegen gesetzet worden, der Name der Stammgüter jenem altväterischen Allode beigelegt, um dieselbe nicht nur von denen errungenen und wohlgewonnenen Gütern, wie sie in statutis Lubecensibus & Hamburgensibus genennet werden, sondern auch von denen

vom Vater, Mutter, oder andern Blutsfreunden angefallenen Erbgütern zu unterscheiden.

Denn daß diese von den Stammgütern weit unterschieden, ergiebet nicht nur die Bedeutung des Worts; Stamm, quod generis seriem denotat

vid. Frisch Wörterbuch voc. Stamm

dergestalt, daß Stammgut nicht nur ein von der väterlichen nicht von der mütterlichen Seite acquirirtes Gut bedeutet, sondern auch ein solches, welches von den Ascendenten und Vorfahren auf die Descendenten, und hernach auf die Collateral-Verwandten durch Erbgang gefallen ist. Doch daß unter Erbstammgütern die verstanden werden, die nicht von Eltern allein, sondern von Großvätern herkommen, und zum wenigsten einmal auf das Schwerdt vererbet seyn, sondern auch in

denen

denen alten legibus salicis & Ripuariorum wird derselben nicht undeutlich gedacht, und der Unterschied von beiden sehr merklich angezeiget.

So wie also unterm Altväterlichen und erworbenen (inter bona aviatica und acquisita) an und für sich selbst ein Unterschied anzutreffen, indem jene die von den Vorfahren besessene, und zur Erhaltung des Geschlechts, besonders bey adlichen Familien bestimmte Güter bedeuten, diese hingegen andere geerbte, und erworbene Güter anzeigen; eben so ein merklicher Unterschied ist auch meines Ermessens nach den moribus & jure patrio ratione successionis in ejusmodi bonis anzutreffen; und zwar dergestalt, daß in diesen nur bloß die Brüder denen Schwestern vorgehen und erst in Ermangelung der erstern, die letztern zur Erbfolge gelangen, in denen terris gentilitiis aber auch die Töchter denen übrigen und weitern agnatis masculis weichen, und nicht eher als nach gänzlichen Ausgang

des Mannsstammes succeßionsfähig geachtet werden.

Ich würde befürchten müßen, diese Abhandlung allzuweit auszudehnen, wenn ich zur Bestätigung dieses Satzes aus der Geschichte anderer Länder und der dortigen Beschaffenheit der adlichen Güter und der dabei hergebrachten Succeßionum eine Menge Exempel beibringen wollte, nach welchen die Seiten-Vettern auch denen Töchtern vorgezogen werden. Die vorgelobten leges antiquæ gentium germanarum sind ohnedem meines Ermessens hinreichend, dieses zu begründen, denn so heißt es in

Leg. Ripuariorum tit. 5. 6.

Si quis absque liberis defunctus fuerit, si pater materque superstites fuerint, in hereditate succedant. Si pater, materque non fuerint, frater & soror succedant, sin autem nec eos habuerint, tunc soror frater & soror succedant, & deinceps usque ad quintum genuculum qui proxi-

proximus fuerit in hereditate succedant: sed dum virilis sexus extiterit, fœmina in hereditatem aviaticam non succedat.

Hierin wird ganz deutlich inter hereditatem simpliciter & aviaticam distinguirt, dergestalt, daß in jenen beiderlei Geschlecht, nach der daselbst gemachten Ordnung in diesem Falle das männliche allein so lange bis nach einer vom gemeinschaftlichen Stammhalter abstammend übrig, mit Auslassung der Weiber, folgen soll. Eine fast gleiche Verordnung treffen wir in

Lege salica tit. 62.

an, woselbst es heißt:

si quis homo mortuus fuerit, & filios non dimiserit, si pater aut mater superfuerint, ipsi in hereditatem succedant, de terra vero salica nulla portio hereditatis mulieri veniat, sed ad virilem sexum tota terræ herediras pertinear.

Daß nun aber terra salica hier ebenmäßig nichts anders, als terram aviaticam, ein Stamm- und Geschlechtsgut bedeutet, ergiebt nicht undeutlich die Uebereinstim-

mung dieses Gesetzes mit dem vorangezogenen Gesetze des Ripuariorum, so sehr auch die Ausleger über die Bedeutung dieses Worts uneinig sind. Denn in beiden wird zuförderst die Succeßion der Agnaten, und zwar fast auf gleiche Art bestimmet; dergestalt, daß denen im gleichen Grade stehenden beiderlei Geschlechts die Erbfolge angewiesen wird, nächstdem aber zum Unterschiede dieser gemeinen Erbgüter das weibliche Geschlecht in dem einen ab hereditate aviatica, in dem andern aber a terra salica ausdrücklich ausgeschlossen, daß also ob paritatem rationis zu vermuthen, daß in beider Geschlechts- und Stammgüter, wiewol unter verschiedenen Namen gedacht worden, zumal wenn man mit

Discord. ad leg. salii p. 107.

die terram salicam dahin erkläret, daß es dasjenige Land oder Gut bedeutet, wo das Geschlecht seinen Sitz und Stamm Helms oder Saal gehabt, mithin der District Landes, qui ad salam vel domum verti præcipuam pertinet.

Daß

Daß nun aber hier nicht bloß denen Brüdern vor ihren Schwestern die Erbfolge zugestanden, sondern der männliche Stamm auch in entfernterm Grade überhaupt denen Weibern in eben den Altväterlichen Gütern (in ejusmodi bonis aviaticis vel salicis) vorgezogen worden, glaube ich aus den angeführten Worten der Gesetze ganz sicher schließen zu können. Denn 1lich wird in beiden Gesetzen die Erbfolge der Ascendenten und der Seiten-Verwandten in hereditate vulgari festgesetzt, und hier beiderley Geschlechte secundum graduum proximitatem die Succeßion angewiesen, das weibliche aber dem männlichen Geschlechte vollkommen äquiparirt, nachgehends aber der ausdrückliche Anhang ratione hereditatis aviaticæ vel terræ salicæ gemacht

seu dum viriles sexus exstitent, fœmina non succedat.

oder

nulla portio mulieri veniat, sed ad virilem sexum tota terræ hereditas pertineat.

Soll nun an solchen Gütern das weibliche Geschlecht, so lange noch einer vom männlichen Stamm vorhanden, keinen Antheil haben, so folget auch nothwendig, daß die Töchter nicht nur ihren Brüdern oder deren Descendenten, sondern auch überhaupt allen Seiten-Agnaten den Vorzug lassen müßen. Womit denn auch 2tens ratio legis vollkommen überein kömmt. Denn da diese ohne Zweifel im Glanze und der Erhaltung der Familie, wozu die Töchter eigentlich nicht gehörten, zu sezzen, so muß auch ob paritatem rationis solches sowol bey den Töchtern, als denen weitern gesipten Cognatinnen gelten. Es erhellet also hieraus nicht nur die Verschiedenheit der Stamm- und gemeinen Erb- und errungenen Güter, und die in beiden verschiedene Erbfolge, sondern es lieget auch meines Erachtens klar am Tage: Daß in denen oben angeführten Gesetzen der Allemannen, Sachsen, Burgunder, Longobarden u. s. w. keinesweges von großväterlichen Gütern, (avitis & stemma-

ticis)

ricis) sondern schlechterdings de bonis hereditariis, vulgaribus & acquisitis und mithin von der gewöhnlichen gemeinen Erbfolge der Agnaten die Rede sey.

Daß aber auch in diesen Gütern die Brüder denen Schwestern vorgezogen, davon ist die Ursache vermuthlich diese: Eines Theils, weil die Töchter, da sie in andere Familien übergiengen, ohnedem ihren Unterhalt daselbst fanden, andern Theils aber auch ist der Glanz und die Erhaltung der Familie hiebey ein Bewegungsgrund gewesen; indem wenn dergleichen Güter erst durchs Erbgangsrecht auf die Söhne und von diesen auf die Enkel gebracht werden, selbige dadurch nach und nach Altväterliche Güter (bona aviatica) werden, und die Eigenschaft und Natur solcher Güter annehmen müßen. Auf eben die Art aber ist die Ursache, warum die Töchter in solchen nun erworbenen und erst vom Vater herkommenden Gütern für denen entferntern Agnaten die Erb-

folge behaupten mögen, nicht schwer zu entdecken, wenn man nemlich die Erbfolgsrechte auf das principium condominii familiæ, worin die altväterlichen Güter bey denen Teutschen standen, reducirt, wobei sich zu gleicher Zeit die Ursache des Vorzuges des männlichen Geschlechts in den Großväterlichen Gütern nachher zeigen wird. Denn so läßt sich wahrscheinlich schließen, daß, da in den ältesten Zeiten ein jedes Geschlecht einen besondern Distrikt besessen, wovon alle diejenigen, so zu der Familie gehörten, ihren Unterhalt und Versorgung hernehmen mußten, dieselben in dem condominio des ganzen Geschlechts und der Familie gestanden haben, welche nach des Taciti Zeugniß

de m. G. c. 13.

der Nächste von dem Geschlechte in Besitz gehabt und als dux und rector familiæ vorgestanden; mithin dieselbe vorzüglich dem Sohne, quippe proximus & pars quasi corporis parentum erat, wie ihn der sel. von Senkenberg in der schon angeführten

ten Dissertation C. 11. §. 6. benennet, nach des Vaters Ende gehört haben. Hiernächst aber und in Entstehung der Söhne deren Descendenten, dieselbe denen Seiten-Vettern, welche mit zu dem Geschlechte gehöret, zugefallen. Diese ratio condominii der ganzen Familie aber worinn solche Güter standen und die damit verknüpfte Unterhaltung des Geschlechts, scheinet nothwendig das weibliche Geschlecht von deren Besitz und Erb-Folge ausgeschlossen zu haben, weil dieselben da sie bei ihren Verheiratungen aus dem väterlichen Hause in ein ander Geschlecht übergiengen, nicht als eigentliche Glieder der Familie angesehen werden konnten und da, wenn die Güter ihnen anheim gefallen, dieselben sammt ihnen in ein anderes Geschlecht übergiengen, das Condominium derjenigen Familie woraus die Töchter gebohren, dadurch selbst würde aufgehoben und erloschen seyn.

Man

Man kann also wohl sagen: daß die Weiber nicht mit in condominto familiæ gestanden, wenigstens daß sie dasselbe nicht eher als nach gänzlichen Ausgang des Mannsstammes theilhaftig geworden. Daher auch wohl die Verordnung des Fränkischen Rechts bey dem

Du Fresne voc. Capilli

wovon noch bei dem Adel in Liefland nach des

von Senkenbergs Anmerkung in hæreditat. *VII.* §. 3.

einige Ueberbleibsel angetroffen, ihren Ursprung mag genommen haben, daß nemlich die fœminæ in capillo & casa existentes oder die unverheirateten Töchter ihren bereits ausgestatteten Schwestern, weil sie schon in eine andere Familie übergegangen, bey der Erbfolge der Töchter vorgezogen worden.

Auf eben diese Art läßt sich die Ursache entdecken, warum die Teutschen die unbeweglichen Güter in so hohen Werth gehalten,

halten und besonders die Töchter hievon ausgeschlossen wissen wollen, als welche nicht so vielen Veränderungen unterworfen, als die bona mobilia, mithin eines condominii eher fähig waren, ferner warum sie die Theilung derselben verboten, als wodurch nicht nur das condominium und damit verknüpfte Erstgeburts-Recht aufgehoben werden mögte, sondern auch dem ganzen Geschlechte der Untergang gedrohet würde, endlich warum die Veräußerung solcher unbeweglichen Güter nicht erlaubt war, wenigstens solche ohne Einwilligung der nächsten und überhaupt aller der übrigen Erben die einiges Recht daran hatten nicht geschehen durften, als woher die Rechtslehrer den retractum gentilitium herleiten; wiewohl derselbe nicht bloß auf Altväterliche Güter gerichtet war, sondern dieses nähere Recht überhaupt in allen unbeweglichen Gütern vel ex allode vel ex comparatu & acquestu ausgeübt werden konnte, wie denn in verschiedenen Urkunden auch der

Töch-

Töchter Einwilligung bei den Veräußerungen gedacht wird, die doch in Altväterlichen Gütern keine Erbfolge behaupten konnte, noch sonst deutlich genug abzunehmen, daß von neu erworbenen Gütern die Rede sey, ja sogar die freie Veräusserung der beweglichen Güter gewissermaaßen eingeschränkt war, indem auch hiebei zum Besten der nächsten Erben nach dem

Sachsenspiegel lib. 1. art. 52.

nöthig war, daß der Veräusserer noch bei vollen Kräften und gesund war, oder wie es daselbst heißet

„Daß er sich also, vermog daß er
„begurt mit einem Schwerdt und mit
„ein Schild auf ein Roß kommen
„mög von einem Stamm und Stock
„einer Daum Ellen hoch, ohne Hülf,
„also doch daß man ihm das Roß und
„den Stegreif hält."

Mithin ratio retractus gentilitii vielmehr in qualitate proximi heredis, als in einem gewissen condominio familiæ zu suchen ist.

Siehe

Siehe de Puffendorf obſerv. jur. univ. Tom. II. obſerv. IV. §. 2. 3.

Wie indeſſen die ratio condominii denen männlichen Agnaten in denen von ihren gemeinſamen Vorfahren abſtammenden Gütern die jura ſucceſſionum zueignet; eben ſo kann man ſchließen, daß ſie in den neu erworbenen Gütern davon ausgeſchloſſen, wenigſtens denen Töchtern hierin der Vorzug vor den Seiten-Verwandten gelaſſen worden. Denn in dieſen neu erworbenen Gütern konnten die Agnaten ſo wenig einiges anderes Recht als ein condominium behaupten, da ſolche Güter nicht von dem gemeinſamen Stammvater der Familie auf das Geſchlecht gebracht worden. Sie waren vielmehr der freien Diſpoſition ihres Erwerbers unterworfen, und wenn derſelbe verſtarb, ſo mußten ſie nothwendig denen Kindern, als denen nächſten Erben, mithin auch denen Töchtern, gelaſſen werden.

Sie konnten aber auch zu Stammgüter werden, wenn ſie erſt einmal auf das

Schwerdt

Schwerdt vererbet worden, und die Familie oder überbliebenen masculi von solchem Erwerber ihren Ursprung herrechnen, und denselben als ihren gemeinsamen Stammvater verehren konnten.

Es waren also die Töchter succeßionsfähig und erbten jure sanguinis & proximitatis diejenigen väterlichen und mütterlichen Güter, die keine Stammgüter waren und im condominio der ganzen Familie stunden, und keine Brüder und deren männliche Descendenten vorhanden waren, entweder im 2ten, 3ten, oder auch wol im 5ten Grade. Dahin gehen die

Leges Anglior. & Werinor. Tit. 6. art. 8.

wenn es daselbst heißt:

usque ad quintam generationem paterna generalia succedat. Post quartam autem filia ex tota sive de patris sive matris parte in hereditatem succedat & tunc demum hereditas ad satum a lancea transeat.

wel-

welches ohne Zweifel bloß von gemeinen Erbe und erworbenen Gütern zu verstehen ist.

Die Ursache aber, warum diese und vorher angeführten Gesetze bloß von den Erb- und erworbenen, nicht aber von den Stamm- und altväterlichen Gütern disponiren, ist meines Erachtens keine andere, als, weil diese nach den ältesten Grundsätzen der Teutschen in condominio familiæ stunden, und der nächste und älteste des Geschlechts der natürlichen Ordnung nach hierin denen übrigen vorgieng, und dieselbe dem männlichen Geschlecht allein, sowohl um die Kriegsdienste zu leisten, als um das Geschlecht zu erhalten, mit Ausschließung der Töchter, welche hiezu nicht fähig waren, verbleiben mußten, in jenen aber, da die ratio condominii wegfiel, wenigstens nicht dem ganzen Geschlechte beigelegt werden konnte, die ab intestat Erbfolge eine nähere und besondere Einrichtung bedurfte, zumal auch hie-

bei, so viel als die Billigkeit erlaubte, die Gesetze das Tichten und Trachten, die Familie enger zu haben, die Güter dabei zu erhalten, und dem Mannsstamm vorzuziehen, einzuschärfen und festzusetzen suchten; mithin hiebei eine besondere Vorschrift und Richtschnur nöthig zu seyn schien. Daher denn auch die Sal-Gesetze, die Gesetze der Riguarier, woraus ich die Erbfolge aus den altväterlichen Gütern mit hergeleitet, eigentlich die gemeine Erbfolge der Agnaten zum Vorwande gehabt, und da sie die Erbfolge des Mannsstammes und der Weiber in dem gewöhnlichen gemeinen Erbfall bestimmen, nur beiläufig und zum Unterschiede derselben, der hereditatis aviaticæ & salicæ Erwähnung thun, und die Weiber, so lange noch einer vom Mannsstamm übrig, davon ausschließen, welches den für sich bekannten Rechten und denen Sitten und väterlichen Instituten gemäß war.

Welchem allen nach ich denn sicher dahin zu schließen vermeine, daß, ob zwar in gemeinen

meinen Erb- und erworbenen Gütern die Töchter die Seitenvettern ausgeschlossen, dennoch allen teutschen Rechten und Gewohnheiten nach, in denen Stamm- und altväterlichen Geschlechts-Gütern, das weibliche Geschlecht überhaupt nicht eher, als nach gänzlichem Abgange des Mannsstammes zur Erbfolge zugelassen worden. Welches alte Stammrecht denn nicht nur in Teutschland überhaupt obtinirt und als eine allgemeine Gewohnheit gegolten, sondern auch sogar wie

P. Ludewig in conf. Hellunf. VII. L. II. n. 124. cap. 2. §. 4. sqq.

gründlich angeführet in auswärtige Reiche und Lande, welche von teutschen Völkern bewohnet werden, als in England, Schottland, Schweden und Dännemark, so auch in Pohlen, Ungarn und Siebenbürgen eingedrungen und sich daselbst viele Jahrhunderte erhalten hat. Und ich kann nicht glauben, daß dasselbe in den mittlern Zeiten durch allgemeine Verordnungen aufgehoben oder besonders

bei den Sachsen durch die Disposition des Sachsen-Spiegels

Lib. 1. Artic. 17.

hierin etwas geändert worden, wenn es daselbst heißet:

> Vater und Mutter Schwestern oder Bruder erben mit dem Sohn und nicht die Tochter; es sey denn daß da kein Sohn sey so nimmt es die Tochter,

indem diese Worte ohne Zweifel bloß auf gemeine Erben und errungene Güter gehen und die Stamm- und Geschlechts-Güter nicht mit begriffen, da einestheils der mütterlichen und schwesterlichen Güter hier mit gedacht wird, welches der Natur der Stamm-Güter widerstreitet; anderntheils aber auch der Seiten-Stamm-Vettern keine Erwehnung geschicht, welches doch nothwendig geschehn müssen, wenn in Ansehung ihrer hier etwas geändert und den Töchtern für ihnen die vorzügliche Erbfolge in altväterlichen Gütern verstattet worden; daß

also

also auch diese Verordnung keinesweges das alte Stamm-Recht aufgehoben noch in Ansehung der Altväterlichen Geschlechts-Güter das weibliche Geschlecht allhier den Seiten-Vettern vorgezogen, vielmehr eine vollkommene Uebereinstimmung der alten römischen und anderer teutschen Gesetze mit dieser Verordnung anzutreffen, indem auch in den erworbenen und bloß angeerbten Gütern die Tochter gleichfalls sogleich nach den Söhnen Successionsfähig waren.

Nachdem ich auf diese Art die Erbfolge in den Altväterlichen Gütern nach dem vaterländischen Recht untersucht und hiebei den Satz festgesetzt, daß in solchen Gütern der Manns-Stamm auch im entferntsten Grade das weibliche Geschlecht in der Erbfolge ausgeschlossen; so werde ich nunmehro mit desto größerer Gewißheit die 2te Frage zu erörtern im Stande seyn, nemlich: Ob dieses alte Stamm-Recht nach Einführung des

römischen Rechts gänzlich abgeschaft, da die Successiones heutiges Tages in Entstehung besonderer Verordnungen oder Verträge schlechterdings nach solchen fremden Rechten entschieden werden müssen, oder: Ob nicht zur Begründung der Stammfolge, der Beweis des beständigen Gebrauchs des vaterländischen Rechts in der Familie hinreichend sey.

Nun ist zuförderst bekannt genug, wie die Römischen Rechte bereits im 12ten und 13ten Seculo sich aus Italien in Teutschland nach und nach eingeschlichen und die Gerichte überschwemmet haben, so daß die alten Rechte schon zu denen Zeiten verdrungen, und diese an deren Stelle aufgenommen worden. Die Begierde zu solchen fremden Rechten gieng bei den Teutschen so weit, daß der Kaiser Friederich II. in der Constitution vom Jahre 1234, welche

Cramer in pr. de præj. pro jure romano p. 2.

anfüh-

anführet, denen Comitibus & Nobilibus judicium habentibus bey einer schweren Strafe von 100 Mark Silber anbefehlen müssen: Daß sie nach den Gewohnheiten der Provinzen urtheilen sollten.

Es ist in der That gewisser maaßen zu verwundern, wie unsere Vorfahren, welche von Alters her auf ihre Rechte und Gewohnheiten so sehr gehalten, und den Römischen Künsteleien und Weitläuftigkeiten so feind gewesen, daß sie, da Quintilius Varrus die Römischen Rechte bei ihnen einzuführen suchte, sich gegen ihn empörten, den Heerführer sammt seinen Legionen niederhaueten, und besonders gegen die römischen Sachwalter eine fast unglaubliche Grausamkeit ausübten, in den folgenden Zeiten dennoch denselben freiwillig die Hände gereicht haben.

Der Mangel geschriebener Gesetze, wenigstens solcher allgemeinen Gesetze, die nicht nur gewisse Provinzen, sondern das

ganze Reich verbanden, die von den Lehrern auf den Italiänischen Schulen, wohin die teutsche Jugend haufenweise flog, gepriesene Weisheit und Ordnung des Justinianischen Rechts, welches sie selbst nicht recht verstunden, endlich die Begierde zum Neuern, (eine epidemische Krankheit, die Vater Adam auf uns alle vererbt) und vielleicht bei vielen derjenige Nutzen und Vortheil den sie für sich darin anzutreffen suchten; mögen diese Aufnahme verursacht haben. Ich übergehe indeß mit Stillschweigen, ob die Aufnahme dieses fremden Rechts unserm Vaterlande nützlich und nothwendig gewesen und ob dasselbe einen billigen Vorzug für den teutschen Sitten und Gesetzen verdiene. — Die Entscheidung hievon würde zu schwer fallen und eine genaue Zusammenhaltung beider Gesetze erfordern, vielleicht aber dennoch auf der einen oder andern Seite gefehlt werden können.

Es

Es kommt hier nur darauf an, ob die vaterländischen Gebräuche und Institute durch diese fremden Gesetze gänzlich verdrungen oder in wie weit die letztern uns zur Regel und Richtschnur dienen müssen.

Die Rechtslehrer theilen sich hier in zwei verschiedene Haufen, wovon der Eine sich für das Römische Recht erkläret, und demselben auch in denjenigen Dingen, so schlechterdings unsern Sitten und Verfaßungen widerstreiten, den Vorzug einräumt, der Andere hingegen eine fast sträfliche Neigung für die Gesetze und Gewohnheiten seiner Vorfahren blicken läßt, und den Haß gegen die Römischen Gesezze so weit treibet, daß er nicht nur die vaterländischen Anordnungen und Gesetze allenthalben hervorsucht, sondern seinen Landsleuten dergleichen andichtet, woran sie niemals gedacht noch denken können.

Andere, die hierin eine Mittelstraße haben treffen wollen, haben sich dadurch

verleiten lassen, daß sie eine betrübte Vermischung beider Rechte eingeführt, da sie die römischen Institutionen aus den teutschen Sitten und diese wiederum aus jenen zu erklären gesucht, wodurch unsere Rechtsgelehrsamkeit in so große Ungewißheit gesetzt worden.

Es wird der Mühe werth seyn, diese verschiedene Meinungen etwas genauer zu untersuchen, um aus deren Zusammenhaltung auf einen richtigen Weg und gute Grundsätze zu kommen.

Diejenigen nun, welche den römischen Rechten eine all zu große Wirkung beilegen, und unsere ganze Rechtsgelehrsamkeit bloß aus römischen Quellen schöpfen wollen, bedenken nicht die Verschiedenheit der römischen Republick und der teutschen Verfassung, die Verschiedenheit der römischen und unserer Sitten, und den Eigennutz, welcher den Römern angebohren, und die Redlichkeit, welche der Teutschen

Eigen-

Eigenthum gewesen, am wenigsten aber geben sie darauf Acht, daß durch das römische Recht die vaterländischen Sitten nicht ganz aufgehoben worden. Denn ob zwar an der Aufnahme des römischen Rechts selbst nicht zu zweifeln, und dieselbe, ohngeachtet keine allgemeine ausdrükliche Verordnungen deswegen vorhanden, dennoch aus den vielen Berufungen aufs römische Recht, die man häufig in den Reichsgesetzen antrift, die Aufnahme desselben ipso facto genugsam geschehen, ja auch in verschiedenen teutschen Provinzen dasselbe durch ausdrückliche Verordnungen aufgenommen ist, so ist doch dadurch das vaterländische Recht nicht gänzlich abgeschafft, wenigstens wird man kein allgemeines Gesetz auffinden können, wo selbiges ausdrücklich abgeschafft sey. Denn so groß auch anfänglich die Begierde der Teutschen zur Aufnehmung des römischen Rechts gewesen, und so tiefe Wurzeln dasselbe bereits im 13ten und 14ten Jahrhundert, da die Akademien in Teutschland

ge-

gestiftet worden, geschlagen: So haben doch die Lehrer desselben es niemals so weit bringen können, daß die einheimischen Rechte und Gewohnheiten dadurch gänzlich verkannt wurden. Vielmehr haben die Stände des Reichs nebst dem Adel und der Ritterschaft mit einem gewiß rühmlichen Eifer, dem Untergang derselben vorzubeugen gesucht, und schon im Jahre 1441 auf dem Reichstage dem Kaiser vortragen lassen, daß alle Kaiserliche weltliche Rechte, so bisher im heiligen römischen Reiche teutscher Nationen gebraucht und dafür gehalten, todt und abe seyn mögten, nach der Erzählung des

Galdasto in den Reichssatzungen, p. 166.

wiewohl diese Constitution oder vielmehr dieses Concept niemals zum Stande gekommen und gesetzliche Kraft erhalten, mithin diese Bemühung fruchtlos gewesen.

Indessen sind schon die Sammlungen der sächsischen und schwäbischen Landrechte,

te, welche im 13ten Jahrhundert ans Licht getreten, und die verschiedenen von Zeit zu Zeit gemachten Provincial- und Municipal-Verordnungen und Statute ein sicheres Kennzeichen, daß man den Einbruch der fremden Rechte, so viel als möglich zu hemmen, und für die Erhaltung des vaterländischen Rechts Sorge zu tragen, gesucht habe; und ob dieselbe zwar mit vielen römischen Satzungen vermischt sind, enthalten sie doch verschiedene Stücke des ächten teutschen Rechts.

Endlich lassen uns aber die Reichssatzungen selbst keinen Zweifel übrig, daß die Gewohnheiten der Vorfahren gültig bleiben sollen, da nicht nur der löblichen und wohlhergebrachten Gewohnheiten verschiedentlich darinnen gedacht wird, sondern auch das Kammer-Gericht und der Reichs-Hofrath ausdrücklich daran gewiesen worden. Gleichwie also diejenigen, welche dem römischen Rechte schlechterdings den Vorzug einräumen,

zu

zu weit gehen; eben so fehlen auch meines Ermessens die, welche aus einem übertriebenen patriotischen Eifer einen allzugroßen Haß gegen das römische Recht an den Tag legen, und die alten verrosteten Gesetze gewisser einzelner Völker wieder hervorsuchen und zur allgemeinen Richtschnur machen wollen.

Denn zuförderst ist es leider! mehr als zu gewiß, wie dunkel und ungewiß gröstentheils die Instituten und Sitten des Vaterlandes sind; indem ohngeachtet das Studium des teutschen Rechts heut zu Tage so hoch gestiegen, man dennoch nicht im Stande ist hierin einen festen und sichern Fuß zu faßen.

Und ist es auch kein Wunder, da das Vaterländische Recht in einem vorgeschriebenen und aufgezeichneten Rechte bestand und die aufgezeichneten Gesetze (leges scriptæ) nur gewisse einzelne Völker verbanden, worunter Teutschland getheilt

war,

war, folglich dieselbe keine allgemeine Regel machen konnten. Da also die Aufnahme des römischen Rechts nicht nur in den vorigen Zeiten nothwendig zu seyn schien, um ein allgemeines Recht einzuführen; so mußte die Beibehaltung desselben, auch zu unsern Zeiten um desto nöthiger seyn, da der alte Gebrauch desselben unsere Sitten noch mehr verdunkelt hat.

Und ob nun zwar die alten Sal-Gesetze, die Gesetze der Riguarier, Westgoten und anderer teutschen Völker in vielen Dingen übereinstimmen und eine Gleichheit ihrer Sitten zeigen: so ist doch eben sowol eine Verschiedenheit derselben in eben so vielen Stücken anzutreffen; mithin, wenn wir uns hiernach richten sollten; so würde zuerst die Verfassung Teutschlandes geändert, auf den alten Fuß eingerichtet, und in so viele einzelne Völker, als vor Zeiten darin gewohnt und deren Gesetze uns bekannt geworden,

ge-

getheilt werden müssen; weil die Gesetze des einen dem andern keine Verbindlichkeit auflegen können.

So gewiß also die Auf- und Annahme des römischen Rechts in Teutschland gewesen; so wenig aber die vaterländischen Gewohnheiten dadurch aufgehoben; eben so wenig mögen diese oder jene, mit gänzlicher Verwerfung des einen oder des andern uns eine allgemeine Richtschnur vorschreiben, da dem einen die gar zu große Ungewißheit um die Veränderung welche in den mittlern Zeiten gemacht, dem andern aber der gar zu große Unterschied unter der römischen und teutschen Verfassung und Sitten, oftmahls im Wege stehet.

Es haben sich die Rechtslehrer viele Mühe gegeben, den Streit beider Rechte durch einen gütlichen Vergleich beizulegen, und desfalls verschiedene Vorschläge zu thun.

Eini-

Einige haben die Verordnungen des römischen Rechts denen Satzungen der teutschen Rechte in Beurtheilung der Gerichtlichen Streitigkeiten überhaupt vorziehen wollen, und das deutsche Recht nur in denenjenigen Stücken, wo jenes der Verfassung Teutschlandes ganz zuwider, oder den Römern ganz unbekannt, angenommen. Andere haben den Satz umgekehrt und das römische Recht bloß als ein Hülfsrecht angesehen, welches nur erst in Ermangelung einheimischer Rechte eine Gültigkeit haben könne. Noch andere aber haben dafür gehalten, daß, da das teutsche Recht sich auf bloßen Gewohnheiten gründe, die gewöhnliche gemeine Lehre von den Gewohnheiten auf diese Ueberbleibsel anzuwenden, und in Ermangelung eines vollkommenen Beweises, daß diese Gewohnheit in einem gewissen Orte gelte, das jus scriptum in dubio zu befolgen sey.

Nun würde ich mich zwar leicht überreden lassen, dieser letzten Meinung beizupflichten, wenn ich a) bedenke, wie nicht nur seit vielen Jahrhunderten hindurch das römische Recht in ganz Teutschland beständig excoliret und als ein allgemeines Gesetz-Buch betrachtet, ja von dem römischen Reiche selbst als ein allgemeines Recht in denen Reichsgesetzen ange-

sehen, dagegen das vaterländische Recht größtentheils versäumet und die Sammlungen solcher alten Rechte weder von den Kaisern bestätiget, noch dieselbe alle diejenigen Rechte welche in unsern Republicken einmahl gegolten, enthalten allfalls auch nur gewisse einzelne Völker und Provinzen verbunden. Und obwol b) nicht zu leugnen, daß dem ohngeachtet verschiedene bloß teutsche Institute und Gewohnheiten in vielen Provinzen mit Beiseitsetzung desjenigen, was in fremden Rechten hievon geordnet, genau beobachtet werden, dahin unter andern die Lehre von den Verträgen, von der stillschweigenden Emancipation der Kinder durch eine separate Oeconomie und von der Confirmation der Tutoren gehört, worin man allerdings gewisse Ueberbleibsel des teutschen Rechts bemerken mag, dennoch sich von solchen beständig beibehaltenen Instituten kein Schluß auf alle übrige alte Gewohnheiten machen lasse, welche durch das römische Recht, oder vielmehr durch eine immerwährende ununterbrochene Observanz geändert worden.

Und daher c) in Ermangelung eines genugsamen Beweises, daß diese oder jene alte Gewohnheit in der Art beständig beibehalten, und in so ferne das römische Recht der teutschen Verfassung nicht gar

zu

zuwider, oder besondere Municipal- und Provincialstatute demselben in Wege stehen, selbiges allerdings vorzüglich gelten, und zur Richtschnur angenommen werden müße. Dieses principium soll auch besonders bey der Succeßions-Lehre in den Allodialgütern seinen guten Grund haben müßen, in mehrern Betracht e) obzwar bekannt ist 1) wie sehr die römischen Rechte von den vaterländischen Instituten abweichen, nach welchen nicht nur unter den Gütern selbst ein großer Unterschied bei der Erbfolge gemacht worden, ob nemlich dieselbe beweglich oder unbeweglich, Erb- oder errungene oder Stamm- und Geschlechtsgüter sind; sondern auch vornehmlich auf die Erhaltung des Geschlechts und mithin auf den sexum selbst gesehen, und dem männlichen Geschlechte für dem weiblichen sehr große Vorzüge gegönnet, wovon die Römer nichts gewußt noch wissen wollen. 2) Diese Ueberbleibsel des alten Rechts in Ansehung der Erbfolge aber nicht nur in verschiedenen besondern statutis und Landrechten annoch übrig, sondern auch überhaupt in verschiedenen Provinzen das alte teutsche Stammrecht als ein merum jus non scriptum befolgt. Zum Beweise des erstern dient das Bremische Ritterrecht, wie denn solches nicht etwa als ein von dem Landesherrn und der Rit-

terschaft erst neu gemachtes Gesetzbuch anzusehen, sondern in der That nichts anders, als eine Sammlung des alten juris non scripti & morum antiquorum enthält, oder wie die Inscription, welche dem ersten Titel vorgesetzt, es benennet:

Des Bremischen Adels landläufige Gebräuche und Satzungen,

welche der Adel bei den fremden vielen Rechten, die Teutschland überschwemmen, und deren Ungewißheit und Untergang vorzubeugen, mit Bewilligung des Bremischen Erzbischofs Hinrichs II., Herzogs von Sachsen, im Jahr 1575 aufzeichnen, und von demselben durch ein besonder Edict bestätigen lassen.

Zum Beweise des letztern führe ich die Rheinische und Fränkische Ritterschaft an, besonders auch 3tens, der Adel in Teutschland, so wie er überhaupt den allzuweiten Eingrif der fremden Rechte zu verhindern gesucht, theils weil die einheimischen Rechte eine besondere Achtung gegen den Adel blicken lassen, und ihm besondere Vorrechte zugeschrieben, welche er in jenem vergebens suchte, mithin die Beibehaltung derselben seines eigenen Nutzens und Vortheils halber nöthig war, theils auch aus Liebe zu seinen Vorfahren, die seinem Geschlechte Ehre machten, und von denen er nicht nur das Alterthum desselben, sondern auch den Besitz

sitz seiner Güter herrechnen konnte, also derselbe auch die Stammfolge in seinen Gütern zu erhalten gesucht, wodurch der Glanz seiner Familie auch bey seinen Nachkömmen erhalten werden konnte, wie solches die bei vielen Familien hergebrachte Gewohnheiten, oder desfals besonders errichteten Familienverträge genugsam bestätigen, dennoch hieraus keine allgemeine Observanz der teutschen Erbfolge geschloßen werden könnte, besonders in denjenigen Landen, wo durch besondere Verordnungen die römischen Rechte recipirt sind, welche denn mithin nicht nur den Bürger und Bauern, sondern auch den landsäßigen Adel verbinden müßen, bevorab f) da der Gebrauch des Stammrechts nicht so allgemein in Teutschland beibehalten, sondern auch bei vielen, ja auch bei den meisten adlichen Geschlechtern das römische Recht und die Vorschrift des Kaisers Justinian

in Novella 118.

angenommen wird.

Gleichwie indessen kein Zweifel ist, daß so wie auch expresse die An- und Aufnahme des römischen Rechts die vaterländischen Institute so wenig gänzlich aufgehoben, als vielmehr nach unsern Grundsätzen einem jeden Geschlechte freigestanden, ihre Erbfolge nach eigener Willkühr einzurichten, so wie nach unserer Art zu denken, alle

pacta und conventiones ihre völlige Gültigkeit haben, welche den guten Sitten nicht entgegen stehen, und einem jeden frei stehet, iegem, quam velit, dicere rebus suis; also trage ich auch kein Bedenken, zu behaupten, daß auch eine Familie das alte teutsche Stammrecht per usum continuum einführen, oder vielmehr beibehalten und ihre Erbfolge darnach einrichten könne, so daß das ganze Geschlecht und alle Nachkommen daran gebunden sind.

Es entstehet nun aber die Frage, auf welche Art eine solche consuetudo in die Familie, oder deutlicher zu reden, die Erhaltung oder Beibehaltung des Stammrechts durch eine alte Gewohnheit eingeführt und bewiesen werden könne?

Nun gewinnt es zwar wol das Ansehen, daß hier die gemeine Lehre von der Gewohnheit und den Beweis, eine Anwendung finden müße, welche, da sie nicht nur actus plures diuturnos, ex opinione necessitatis gestos, sondern auch solche actus uniformes & specificos erfordert, welche mit denen unstreitigen Fällen vollkommen übereinstimmen, also auch zu dem Beweise der Beibehaltung des alten teutschen Stammrechts, oder der successionis agnatorum præ filiis defuncti, solche casus specifici beigebracht werden müssen, nach welchen die Töchter vor den Seiten-Vettern außgeschlossen werden. Allein, da es

es hier 1lich eigentlich nicht darauf ankommt, ob diese oder jene besondere Gewohnheit bei einem Geschlechte obtinirt, sondern ob sich dasselbe nach den alten und allgemeinen teutschen Sitten gerichtet, oder ob es mit Beiseitsetzung derselben seine Erbfolge nach den römischen Rechten abgemessen habe, mithin eigentlich zu reden nicht consuetudo quædam singularis zu erweisen ist, sondern daß die Familie die römischen Rechte in Ansehung der Erbfolge nicht angenommen und ihre Güter und die Erbfolge nach den vaterländischen Instituten beurtheilt, und sich dieselben hierin zur Richtschnur dienen lassen, folglich es vielmehr darauf ankommt, ut præsumtio valoris juris romani præ jure patrio per usum hujus constantem elidatur, nun aber 2tens nach der von mir vorhin gemachten Ausführung, nach den teutschen Rechten ohnstreitig in denen altväterlichen Erb- oder Stammgütern das weibliche Geschlecht, ohne Unterschied des Grades, so lange der Mannsstamm noch übrig gewesen, von der Erbfolge ausgeschlossen worden, auf die Art, daß die Töchter nicht allein denen Brüdern, sondern auch den Seitenvettern nachstehen müßen, womit auch die rat. condom. der ganzen Familie, worin solche Güter stunden, und noch mehr die Sorgfalt für die Erhaltung und den Glanz derselben vollkommen übereinstimmet,

und daher 3tens, wenn bei einer Familie gezeigt werden kann, daß sie nicht nur für die Erhaltung des adlichen Stammes beständig gesorgt, daß sie die Güter seit undenklichen Jahren dabei zu erhalten gesucht, und als wahre Stammgüter (bona stammatica & gentilitia) angesehen, und endlich, daß der Mannsstamm ausschließlich darin succedirt, und das weibliche Geschlecht von der Erbfolge davon ausgeschlossen, der usus juris germanici in successionibus, und die Hintenansetzung des römischen Rechts, quod æqualem utrique sexui nullo habito bonorum discrimine successionem tribuit, sich schon genug zu Tage leget; so halte ich allerdings dafür, daß in diesem Fall die Erbfolge schlechterdings nach solchen teutschen Rechten zu beurtheilen, und nicht etwa nothwendig sey, daß dieser oder jener Fall, mithin eben die Ausschliessung der Töchter von den weitern Agnaten specifice dargethan werden müßen, sondern alsdann auch in solchen Fällen, die entweder in der Familie noch nicht vorgekommen, oder wegen des Alterthums dunkel und schwer zu beweisen, die **vaterländischen Institute** zur Regel anzunehmen, und auf die Art von einem auf dem andern einen Schluß zu machen, wenigstens in dubio in den Erbfolgen überhaupt so lange pro usu juris domestici zu schließen sey, bis eine observantia contraria in casu controverso gezeiget werden könne.

Corrigenda.

Folgende Errata haben sich, da der Verfasser die Correctur wegen Entlegenheit des Orts nicht selbst übernehmen können, eingeschlichen.

S. 2 Z. 18 statt duoquere lies decoquere.
——— 19 — udere, cedere.
— 5 — 7 — usf. bon., cesf. bon.
——— 19 — sed citra bis partim kommt in eine Klammer.
— 10 — 18 — impetrat, impetrirt.
— 21 — 3 — aufwachen, aufgewacht.
——— — 8. 9. lese man: de gestis per debitorem obaeratum tam ratis quam irritis.
Wo alloda steht soll es immer Allode heissen.
— 30 — 23 — Adofrido, Odofrido.
Wo comparatu steht lies immer comparato.
— 37 — 20 Casse, muß ausgestrichen werden.
— 38 — 11 statt fud, feed.
——— — 14 — Schiller, Schilter.
— 54 — 19 — Discord., Eccard.
——— — 23 — Helms, Haus.
——— — 24 — verti, curtis.
— 55 — 20 — seu, sed.
— 57 — 9 — Agnaten, Cognaten.
— 64 — 19 — generalia, generatio.
——— — 20 — quartum, quintum.
——— — 23 — satum, fusum.

— 66 — 3 — enger zu machen, empor zu heben.
Wo Riguarier steht, lies Ripuarier.
— 68 — 7 — erben mit, Erbe nimmt.
— 74 — 3 — Institutionen, Institute.
— 76 — 16 — Galdasto, Goldasto.
— 78 — 18 — vorgeschriebenen, ungeschriebenen.
——— — 19 — und aufgezeichnet, unaufgezeignet.
— 83 — 5 soll, bleibt weg.
——— — 6 — müssen, muß.
— 84 — 18 — hinter Ritterschaft steht ein Punkt.
— 86 — 24 — unstreitigen Fällen, im streitigen Fall.

Rechtliche Abhandlungen

von

Bodo, Samuel, Friedrich,
Edlen von Berger,
des Heil. Röm. Reichs Ritter.

Schwerin, 1787.
Gedruckt mit Bärensprungschen Schriften.