

allgemeinen werden dadurch die Hessischen Verordnungen bestätigt (§. 1.). Rücksichtlich der Abldungen und Preisbestimmungen wurden die im ersten allgemeinen Gesetz enthaltenen Bestimmungen eingeführt, (§. 2. 3. 4.) und zu den Reclamationen gegen die nach den jetzt aufgehobenen provisorischen Normal-Preisen geschene Abldungen eines Jahrs Frist bestimmt. (§. 5.) Ueber die Abldung der Zehnten wurden die im allgemeinen Gesetz festgestellten Bestimmungen auf Westfalen anwendbar erklärt. (§. 6.) Ueber den Fünftel-Abzug ward eine anderweite Bestimmung bis zu näherer Feststellung des Steuerwesens im Herzogthum Westfalen vorbehalten, jedoch schon jetzt einige im allgemeinen Gesetz geschene Ausgleichungen auffallender beim Fünftel-Abzuge vorgekommenen Unbilligkeiten in Westfalen eingeführt (§. 7.). — Endlich ward auch die Competenz der General-Commission zu Münster auf das Herzogthum Westfalen erstreckt.

So ist denn durch dieses letzte Gesetz die Gesetzgebung über die gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse und was damit in Verbindung steht, abgeschlossen, und es ist so nach möglich, sie in dem folgenden Commentar darzustellen. Obgleich alle bisher berührte Gegenstände unten wieder vorkommen, so wird die Einleitung doch nicht überflüssig erscheinen, da es einer allgemeinen Uebersicht wirklich bedurfte, um die Aufeinanderfolge der Gesetzgebung für die folgenden mehr und minder verwandten Gegenstände geschichtlich kennen zu lernen.

Zweites Buch.

Von den Erbgütern.

Erstes Kapitel.

Untheilbarkeit nach der ältern Gesetzgebung.

12.

Ein Erbgut ist hier ein in des Bauern civilrechtlichem Eigenthum stehendes Bauerngut. Es sind also ausgeschlossen einer Seits adliche und städtische Besizungen, und anderer Seits alle die Bauerngüter, deren directes Eigenthum nicht dem bäuerlichen Besizer zusteht.

Man hat in den Begriff des Bauernguts einzutragen versucht, daß es Grundzinsen und Frohndiensten unterworfen sey ¹⁾. Diese Definitive ist beinahe so sinnreich als wenn man die des Staatsbürgers so fassen wollte, daß selber ein der Inquisition unterworfenes Wesen sey. Bauerngut ist vielmehr ein Inbegriff ländlicher Grundstücke, welche den gemeinen Staatslasten unterworfen, folglich von diesen nicht wie adliche, obsonst immune Güter befreit sind; die

1) Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privat-Rechts S. 482. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privat-Rechts Band 5. S. 482.

Definitive ist freilich negativ, was aber die Schuld der Zeit und Verhältnisse, nicht dessen, der die Definition aufstellt, ist. —

Jene so eben bestrittene, den Bauernstand entehrende Definition ist die Folge einer Ansicht, welche die Leibeigenschaft des Bauern als ursprünglich geschichtlichen Zustand desselben darstellt. Zu lange schon haben die Juristen diese Vermuthung ursprünglicher Leibeigenschaft, unterwürfliger Verhältnisse des Bauern, geltend gemacht, als daß sie bei ihrer durch neuere Historiker, wie Möser, Kindlinger, Eichhorn, erwiesenen Unrichtigkeit länger in germanistischen Schriften geduldet werden könnte.

Der Stamm der sächsischen Nation waren die Freien, die Wehren, Besitzer eines Bauernguts. Da die Sachsen nicht wie die Sueven das Grundeigenthum aufgehoben hatten ²⁾, so war der Grundeigenthümer nur als Besitzer des Bauernhofs Theil der Mannie. Wehre bezeichnet eben so den freien Ackerhof als seinen freien Besitzer.

Die sächsische Nation ward in drei Stände abgetheilt, „*Sunt enim*,“ sagt Nithardus, Neffe Karls des Großen ³⁾ „*inter illos, qui Edhilinge, sunt qui Frilingi, sunt qui Lazzi illorum lingua dicuntur; latina vero lingua hoc sunt, Nobiles ingenuiles atque serviles.*“ Auch im Tacitus finden wir eine *nobilitas*, aus der die *reges* genommen wurden ⁴⁾, und die wahrscheinlich aus

den erblich gewordenen Offizierstellen im Heerbann ⁵⁾ entstanden, überhaupt aber das mythische Element der Nation seyn mochten, durch dunkles Alter von den Wehren fernstehend und ehrwürdig, die Enkel Odins, ähnlich den griechischen Heldengeschlechtern ⁶⁾ — und *Servos*, von denen Tacitus ⁷⁾ sagt: „*Ceteris servis, non in nostrum morem descriptis per familiam ministeriis, utuntur. Suam quisque sedem, suos penates regis. Frumenti modum dominus, aut pecoris, aut vestis, ut colono, injungit: et servus hactenus paret.*“ — Die Wehren waren indessen dem Adel zu nichts verpflichtet ⁸⁾, die *Servi* — daß dem Tacitus sich kein anderer Ausdruck in seiner Sprache darböt, begreift sich von selbst — waren auf den Höfen der einzelnen Wehren ansäßige Pächter, und nur zu diesen in Verhältniß stehend, keineswegs aber der eigentliche Bauernstand, der vielmehr aus den Wehren bestand ⁹⁾. Der Bauernstand genoß gemeine Ehre, während der Adel, durch höheres Wehrgeld ausgezeichnet, hoher Ehre sich erfreute; Edle und Wehren bildeten die Nation. Es war, wie Möser ¹⁰⁾ so trefflich sagt:

„in der ersten und glüklichen Periode der deutschen Geschichte noch mehrentheils jeder deutsche Ackerhof mit einem Eigenthümer oder Wehren besetzt; kein Knecht oder Leut auf dem Heerbannsgut gefestet; alle Freiheit, als eine schimpfliche Ausnahme von der gemeinen Vertheidigung verhaßt; nichts als hohe und gemeine Ehre in der Nation

2) Davon Tacitus spricht, wenn er in der *Germania* Kap. 26. sagt:

„*Agri pro numero cultorum, ab universis vices occupantur, quos mox inter se, secundum dignationem, partiuntur: facultatem partiendi camporum spatia praestant. Arva per annos mutant; et superest ager*“ S. auch *Caesar de bello gallica VI.* Anziehende Betrachtungen über dieses aufgehobene Privat-Eigenthum der Sueven, und wie durch Festhaltung dieses Unterschiedes zwischen Sassen und Sueven manches im Tacitus zu erklären, siehe bei Möser, *Dänabrückische Geschichte.* Abschnitt I, S. 5, 6, 7.

3) *Histor. Libr. 4.*

4) Kap. 7.

5) Möser, a. a. O. S. 26.

6) Welche Homer besingt.

7) Kap. 25.

8) *Tacit. Germ. Kap. II. 12, 15. Annal. I. Möser, Abschn. I. S. 27.*

9) S. Möller in der Abhandlung über das Entstehen der Westfälischen Leibeigenschaft. (Im Magazin für Westfalen, Jahrg. 1798. S. 344—383) und meine Schrift von deutscher Verfassung im Germanischen Preußen und im Herzogthum Westfalen S. 11. ff.

10) Vorrede zur *Dänabrückischen Geschichte* S. XII, XIII.

bekannt; niemand, außer dem Leut oder Knechte, einem Herrn zu folgen verbunden; und der gemeine Vorsteher ein erwählter Richter, welcher blos die Urtheile besä- tigte, so ihm von seinen Rechtsgenossen zugewiesen wurden. Diese gütliche Zeit dauerte noch guten Theils, wiewohl mit einer auf den Hauptzweck schärfer anziehenden Ein- richtung, unter Karl dem Großen.“ — Soweit M d ser.

Auf diese erste Periode folgten nun die andern, in denen die Aufbietung zum Heerbann zu Verationen der Wehren mißbraucht wurde und diese sich vor und nach in Hörigkeit begaben, bis endlich das Feudal-System aus- gebildet war. Auch Westfalen konnte sich des Andrangs die- ses Systems nicht erwehren, allein es fehlte viel daran, daß es allgemein geworden wäre. Zwar haben allgemein die Wehren das eigentliche quiritarische Eigenthum verlor- ren, das Recht nämlich, von ihren Gütern die *placita* zu begeben, und keine, als von ihnen selbst bewilligte Steuern zu geben, welche Rechte nur den im Verlauf des Mittelalters aus Edel- und gemeinen Ackerhöfen gebildeten adlichen Ritter-Gütern, so wie den Stadtgemeinden ver- blieben. Allein daß auch dieß nur erst durch Unrecht der neuern Zeit, erst im 17. Jahrhundert entstanden, haben wir an einem andern Orte ¹¹⁾ bewiesen. — Dagegen tritt noch immer für das bonitarische Eigenthum und die persönliche Freiheit der Bauern an ihren Gütern die Vermuthung ¹²⁾, und es fragt sich in der That, ob im Lande mehr Erb- oder mehr Colonat-Güter in der neuer- sten Zeit gewesen. — Das Land theilte sich noch immer, wie vor Alters, in Güter ein, deren größten Theil der

Bauernstand besaß, und für deren Eigenthum so lange die Vermuthung stritt, bis irgend jemand ein anderes erwies- sen — eine Vermuthung, die selbst da nicht aufhörte, wo der Bauer Renten und Dienste gab; indem beide unbeschä- det der persönlichen Freiheit und des Eigenthums durch Verträge entstehen konnten und häufig wirklich entstanden sind.

13.

Die Erbgüter sind Eigenthum ihres Besitzers. Ihre recht- lichen Verhältnisse sind im allgemeinen die, welche das Civil- recht überhaupt für Eigenthum kennt. Was sie aber im be- sondern zu einem Gegenstand des westfälischen Partikular- Rechts macht, ist erstens ihre publicistische Natur, welche die Untheilbarkeit zur Folge hat, zum andern die hieraus wieder folgende besondere Vererbungsart und Abfindung der Kinder; und drittens das durch dieselbe Untheilbarkeit be- dingte Reconsolidationsrecht. Im gegenwärtigen Kapitel ha- ben wir die publicistische Natur der Erbgüter kurz darzu- legen.

Nicht die Menschen als solche waren Bürger des Staats, sondern nur als Besitzer eines Guts. Dem Boden war also Persönlichkeit verliehen. Das Prinzip ländlicher Wirthschaft herrschte vor. Die Ackerhöfe waren untheilbar; durch Zugab- en der Theilbarkeit würde es der Staat der Willkühr der Bürger heimgegeben haben, die publicistische Natur der Bauernhöfe ganz zu verrücken, sich so viele wenigbesitzende Bürger aufdringen zu lassen, als den einzelnen gefalle. Um so weniger konnte das geduldet werden, da die Gemeindeg- Verfassung und das Abgabensystem auf die bisherigen Höfe gegründet war. Es waren nämlich, was das Abgabensystem betrifft, die Schatzungen auf jeden Hof im ganzen vertheilt, und dieses Schatzregister abgeschlossen. Jede Theilung der Höfe hätte demnach Verwirrung in die Schatzregister brin- gen müssen, und darum blieb sie verboten, nicht zu gebens- ten höherer staatsnationalwirthschaftlicher Rücksichten, die man, da der Gegenstand in der Wissenschaft nicht bestritten

11) S. meine Schrift von deutscher Verfassung etc. S. 24—29. 34—40.

12) In einer Urkunde vom Jahr 1348, (Beschreibung der Einkünfte etc. des Grafen von Arnberg) heißt es:

„Item de hominibus proprie Fryen, morantibus in paro-
chia, Stockhem, Helvetas et Calla LXX. Mæser, etc. etc.“
S. Kindlinger Geschichte der deutschen Hörigkeit, insbesondere der sogenannten Leibeigenschaft, S. 22. Note k.

wurde, wohl mehr dunkel ahnte, als deutlich gegenwärtig hatte.

Allein ungeachtet dieser von jeher bestandenen Untheilbarkeit der Güter beweist doch die wirkliche Ansicht des Landes, daß nicht immer nach diesem Grundsätze gehandelt worden. Man braucht nur die durcheinander verschränkte Lage der dorfslichen Grundstücke zu betrachten, um sich hievon zu überzeugen. Unstreitig sind viele Güter getheilt worden und daraus die Dörfer entstanden. Dieß mußte zu einer Zeit geschehen, wo die Bevölkerung sich vermehrte und die Polizei nicht strenge Aufsicht hielt. Die 1663 geschehene Errichtung eines beständigen Landschätzungscatasters mußte die Polizei auf die zunehmenden Theilungen aufmerksam machen, und es ward daher in der Polizeiordnung von 1723 Tit. 35. §. 2. bestimmt, daß durchaus keine Theilungen mehr zugegeben, von den Beamten darauf gewacht, und die seit 20, 30 Jahren durch Theilung neu geschaffenen Kotten vor und nach abgeschafft werden sollen. Seitdem sind auch keine neue Theilungen geschehen, versteht sich bis zu den neuen Gesetzen, die uns vom 4ten Kapitel an beschäftigen werden.

Jene Theilungen übrigens waren nicht auf ein Prinzip städtischer Wirthschaft gerichtet, das Abgetheilte wurden wieder neue publicistische Complexus, es waren die alten Höfe im verkleinerten Maaßstabe mit denselben rechtlichen Bestimmungen, namentlich der Untheilbarkeit.

14.

Jedoch war diese publicistische Natur der Bauernhöfe im Lande nicht ohne Ausnahme. Im ganzen Amt Olpe galt unbedingte römische Theilbarkeit des Bodens, so daß er dort auch mitunter in unendlich kleine Theile ausgemünzt worden. Es ist wohl nicht anders denkbar, als daß diese von jeher dem Erzstift einverleibt gewesene Gegend Frankenrecht angenommen habe. Räthselhaft bleibt diese Erscheinung aber immer. — Eben so herrschte in einigen Dörfern des Amtes Medebach, nämlich Medelon, Dreislar, Berge, Ronninghausen unbedingte Theilbarkeit der Güter, was man viel-

leicht daraus herleiten kann, daß diese zum Theil auf Medebacher Stadtgrund errichteten Dörfer Medebacher Stadtrecht anzunehmen Veranlassung gefunden; oder sollen wir der nahen Begrenzung mit Gegenden, so unter Frankenrecht stehen, Einfluß zuschreiben? Am merkwürdigsten ist noch das Recht von Züschen (ebenfalls im Amt Medebach): dort war nämlich auch Theilbarkeit, jedoch behielt der Anerbe, den die Eltern ernannten, das Haus und die Hälfte der vorhandenen Grundstücke *in natura* gegen Entgelt, und die andere Hälfte ward als fliegend Gut getheilt. Hier war also eine modifizierte Untheilbarkeit aus Wirthschaftsrücksichten. — In den Aemtern Brilon und Rützen finden sich einzelne Grundstücke, welche neben Colonatgütern besessen werden (Wadbeschatz, Erbgüter), welche entweder in kleinen Complexen als fliegende Hufen, die mit dem Willen des sogenannten Gutsherrn theilbar sind und von Haus zu Haus wandern, ohne zu einem bestimmten Hofesverbande zu gehören, oder in einzelnen Stücken, die bald pachtspflichtig, bald pachtfrei, bloß nach dem Willen des Besitzers, der dann zugleich unbeschränkter Eigenthümer derselben ist, bald auf dieses, bald auf jenes, gewöhnlich auf alle Kinder eines Hofes durch Theilung fallen, und so aus einem Hause ins andere gebracht werden ¹³⁾.

Zweites Kapitel.

Vererbung und Kindtheile nach älterem Rechte.

15.

Von der germanischen Succession hat sich eigentlich nichts erhalten, vielmehr werden Bauerngüter, wie andere Sachen, nach gemeinem Recht, modifizirt durch das deutsche Institut der Erbverträge, vererbt. Was hier zu besonderen Bestimmungen führt, ist die Untheilbarkeit der Höfe. Nur einer unter mehreren an sich gleich Berechtigten konnte den Hof

13) Ich verdanke diese Notizen meinem Freunde J. S. Seiberh.

erwerben. Dieser eine ward nun von den Eltern, und zwar von demjenigen, der Grunderbe war, bestimmt, durch Vertrag, Testament oder sonstige Arten der Vergabung. Starb der Eigenthümer des Hofes, ohne eine solche Bestimmung hinterlassen zu haben, so trat der älteste Sohn ¹⁴⁾ als Gutsnachfolger ein, und in Ermangelung von Söhnen die älteste Tochter ¹⁵⁾. Diese Gewohnheit war so stark und ehrwürdig, daß selbst dann, wenn die Eltern einem andern Kinde die Erbfolge zuwandten, dem ältesten Sohne für die verlorne Aussicht der Guttsfolge — obgleich er darauf kein erworbenes Recht hatte — gewöhnlich eine Entschädigung — für den Abstand genannt — ausgesetzt ward. Eigentliches Primogenitur-Recht war also nicht vorhanden, obgleich die Höfe in der Regel nach der Ansicht desselben vererbt wurden.

Bei der publicistischen Natur der Bauernhöfe — man möchte sie National-Fideicommissie nennen — war also der Bauer als der König — früher war ja der Westfale König und Priester auf seiner Wehre ¹⁶⁾, — der sich seinen Nachfolger selbst ernannt, und dessen stillschweigender Wille, wenn er die ausdrückliche Erklärung vergibt, bekannt ist, zu betrachten.

16.

Eine besondere Betrachtung verdient der Fall, wenn der Gutseigenthümer schon bei Lebzeiten den Nachfolger ernannt. Die Römer hatten den Rechtsatz: *Viventis non datur hereditas*. Daß dieser bei den deutschen Erbverträgen, namentlich bei dem Uebertrage von Bauerngütern wegfallt, zeigt die Gewohnheit, indem täglich

14) Nur an wenigen Orten des Landes gab es eine Art Minorate.

15) Dieses Gewohnheitsrecht ist im Amt Bilsen durch mehrere gerichtliche Zeugnisse, unter andern durch eins des Richters Meyer vom 12. Jan. 1703 — wiederholt vom Richter und Schöffen am 9. März 1773 — beurkundet.

16) Mäßer Den. Gesch. Abschn. I. S. 2.

Erbverträge geschlossen, die gleich vollzogen werden ¹⁷⁾. Nicht immer aber findet es der Gutseigenthümer für gut,

17) Ja, es war sogar nach dem alten germanischen Rechte zur Gültigkeit eines Erbvertrags die symbolische Uebergabe der Erbschaft erforderlich, *Lex Salica Tit. 49. Lex Ripuariorum Tit. 48*. Das Kaiserrecht sagt es ebenfalls ausdrücklich, daß ein unerfüllter Erbvertrag kein Recht gebe. *P. II. c. 36* „Beheldet he ez in synner hand, unn siczet dynne. so enhat he ez nymande gegeben. — So sol he ez eme geben, daz he deme ors good, med dem nemelichen gude moge thun unn lassen, unn sol deme ouch syn gut setzin. Gebet he ez eme also, so hat hera nemo feste gegeben, unn wy hors eme anders gebit, so is he betrogen an der gift.“ Es wäre zu wünschen, daß ein ähnliches noch gälte. Indem die Germanisten gegen das Einbringen der römischen die Erbverträge verwerfenden Grundsätze redlich kämpften, begingen sie den großen Fehler, selbst zu romanisiren; sie ließen nämlich auch erst in Zukunft zu erfüllende Verfügungen als Erbverträge und zwar als unwiderrufliche gelten, dieß war

1) dem bis dahin geltenden Rechte widersprechend;

2) freizeitwidrig, indem wirklich einem Staatsbürger die sachliche Freiheit geraubt ist, wenn sein bereinstiger Nachlaß Irmanden schon im voraus unwiderruflich unter dem Schutze der Gesetzgebung versichert ist; darum kannten dann auch die Deutschen einen solchen unerfüllten Erbvertrag nicht als gültiges Geschäft;

3) zwecklos, denn es ist dem Vertragserblasser ein leichtes, bei einer ihm, so lange er lebt, nicht zu bestreitenden Dispositionsfähigkeit, mit denen, welchen er nach verändertem Vertragswillens sein Vermögen zuwenden will, Geschäfte abzuschließen, die sein Erbe als sein Repräsentant gelten lassen muß, und die ihm den Verth der Vertragserbschaft ganz zerstören. Da wundert sich denn der Vertragserbe ganz entsetzlich, und klagt, daß betrügerlich gegen sein Erwartungsrecht gehandelt sei, er sollte aber die Schuld auf die Jurisprudenz werfen, welche solche unerfüllte Erbverträge über eine *universitas juris* gelten läßt. So haben wir jetzt in Westfalen einen merkwürdigen Fall in den Gerichten schweben. Eine Frau schließt mit ihrem Manne einen Erbvertrag. Da der Mann nach glücklich zu Stande gebrachtem Erbvertrag diejenigen zarten Aufmerksamkeiten, welche eine Frau, und besonders eine reiche, zu fordern pflegt, unterlassen zu dürfen glaubt, beschließt die Frau, ihren Verwandten ihr Vermögen zuzuwenden. Weil aber der Erbvertrag im Wege steht, schließt sie mit jedem der Verwandten einen Schenkungs-

sich auf solche Weise gleichsam gleich bürgerlich tod zu erklären, vielmehr wird häufig von den Eltern bei Ernens-

Vertrag unter Lebenden ab, und bemerkt, daß, wenn sie bei ihrem Leben dem Schenknehmer die . . . Nthlr. nicht zahlen sollte, diese Pflicht auf ihren Erben übergehen solle. Nach dem Tode wird der Mann nun als Vertragserbe auf Erfüllung der von seiner Erblasserin eingegangenen Verbindlichkeit belangt, er wendet ein, der Erbvertrag habe ihm das ganze Vermögen versichert; die Verwandten sagen, *universitas* solle er auch behalten, aber als Erbe der in ihrer Disposition nicht beschränkt gewesenen Erblasserin deren Verbindlichkeit — obgleich freilich dadurch der Werth des Nachlasses erschöpft ist — erfüllen. Man streitet hin und her, und denkt nicht daran, daß der Grandirrethum in unserer Jurisprudenz über die Erbverträge liege.

4) In hohem Grade verwirrend und gefährlich ist aber auch die jetzt herrschende Ansicht von Erbverträgen; denn es hängt ja bloß von der Gewandtheit des Redactors einer Schenkungs-Urkunde von Todeswegen ab, daraus einen Erbvertrag zu machen, und wirklich hat ja schon der Staats- und Obergerichtsrath von Schirach zu Glückstadt mit nach den gemeinen Erbvertragsansichten unwiderleglichen Gründen erwiesen, daß die *donatio mortis causa* nur darum bei den Römern als Legat betrachtet worden, weil sie keine Erbverträge als stattfindend gefannt, und daß daher bei uns jede sogenannte *donatio mortis causa*, wo die Widerruflichkeit nicht ausdrücklich bedungen, als ein unwiderruflicher Erbvertrag zu betrachten sei (Sensler, Nittermaier und Schweizers Archiv für die civilistische Praxis Bd. II, No. XXX. S. 273—317.), und kein Jurist hat unseres Wissens noch diese neue wahrhaft zerstörende Meinung ernstlich zu widerlegen gesucht. —

Die preussische Legislation hat auch das Verwirrende, welches in dieser Lehre herrscht, einigermaßen erkannt, sie hat (Allg. Landrecht Th. I. Tit. II. §. 1134. ff.) ausgesprochen, daß die sogenannte Schenkung von Todeswegen, wenn kein Widerruf ausdrücklich oder (§. 1138.) stillschweigend vorbehalten worden, unwiderruflich sei. Aber den Hauptknoten hat sie nicht gelöst; sie erklärt unersüllte Erbverträge für unwiderrufliche Geschäfte (Th. I. Tit. 12. §. 617. ff.), sie sieht es freilich ein, daß der Vertragserblasser versuchen könne, die Aussichten seines Erben durch Schenkungen zu zerstören, allein sie glaubt diesem durch ein Palliativmittel begegnen zu können, indem sie (§. 625) dem Vertragserben das Recht gibt, Schenkungen

nung des Gutsnachfolgers die Haushaltung vorbehalten. Es kommen hiebei folgende Gegenstände zur Sprache:

welche der Erblasser wegen Uebermaßes zu widerrufen berechtigt gewesen wäre, innerhalb der gesetzmäßigen Frist zurückzunehmen, wenn gleich der Erblasser sich dieses Widerrufs ausdrücklich begeben hätte. Sie hilft hiemit gegen den entschlossenen Willen des Vertragserblassers so viel wie nichts; denn einmal kann der Widerruf wegen Uebermaßes nur geschehen, wenn das Geschenk die Hälfte des Vermögens übersteigt (Th. I. Tit. 11. §. 1091. 1092.), eine Hälfte ist also schon für den Erben verloren; die andere Hälfte kann der Erblasser aber dem Erben dadurch entziehen, daß er mehreren, oder demselben zu verschiedenen Zeiten Geschenke macht. Zwar hat man auch hiegegen Hülfe bringen wollen, indem man (§. 1107. 1108. 1109.) bestimmte, daß bei jedem solchen Geschenke das Verhältnis desselben gegen das Vermögen des Schenkenden nach dem Zeitpunkte, wo der Vertrag darüber geschlossen worden, zu beurtheilen, und also die Ältern gültig versprochenen, wenn auch noch wirklich gegebener Geschenke alsdann in Ansehung einer jeden spätern Schenkung, gleich andern Schulden, von dem Aktivvermögen des Geschenkgebers abzugiehen seyen. Das gibt nun eine schöne Rechnung. Nehmen wir an, das Vermögen sei 1000 Nthlr., so schenkt der Erblasser dem

A. zuerst	500 —	Nthlr.
dem B.	250 —	„
einen Tag später dem		
A.	125 —	„
andern Tags dem		
B.	62 1/2	„
nach einigen Tagen dem		
A.	31 1/4	„
und endlich dem		
B.	15 3/8	„
	984 3/8	„

er läßt folglich dem Vertragserben aus besonderer Gunst 15 5/8. um damit die Lasten der Repräsentation zu bestreiten, und hat ganz gesetzlich gehandelt! — So verwickelten sich die Gesetzgebungen — selbst die weitläufigen — wenn sie ein unhaltbares Prinzip auf guten Glauben annehmen! — Daß der §. 626 (I. 12.), welcher dem Vertragserben ein Recht gibt, alsdann, wenn Jemand durch unbesonnene Ausgaben die Substanz seines Vermögens dergestalt, daß er nach den Gesetzen für einen Verschwendter zu achten, vermindert, gegen denselben auf Prodigalitätsklärung anzutragen,

1. Die Ernennung des Gutsnachfolgers geschieht gewöhnlich durch die Verbestattung von Sohn oder Tochter als konkludentes *factum*. Diese Thatsache ist nothwendig konkludent; denn es kann Niemand heirathen, er sei denn Bauer oder Gutsnachfolger, oder Weillieger; ist letzteres nun nicht der Fall, geben vielmehr die Eltern die Heirath ins Haus bei, nehmen die Eheleute bei sich, ohne daß diese als Weillieger einen besondern Tisch führen, so ist bei der Untheilbarkeit der Güter der Verbestattete nothwendig zum Gutsnachfolger erklärt. So ist bisher immer die Gewohnheit gewesen.

2. In den Heiraths-Verträgen werden gewöhnlich Braut und Bräutigam als die Nachfolger benamset; indessen ist man immer darüber einverstanden gewesen, daß nur derjenige, von dessen Ascendenten das Gut herrührt, hier als der eigentlich Berechtigte, der andere aber nur Ehrenhalber genannt, und so fern der Bräutigam der Fremde ist, selber als Ehevogt (Dotterherr) bezeichnet sey. Dieß gilt leicht greiflicher Weise sowohl, wenn die Haushaltung vorbehalten, als auch, wenn sie gleich übertragen worden.

3. Wenn die Eltern dem Eingeheratheten gleich die Haushaltung übertragen, so ist dieser der völlige Eigenthümer des Guts. Behalten sich aber die Eltern die Haushaltung noch vor, so entsteht ein gemischtes Verhältniß. Die Eltern bleiben Eigenthümer, obgleich sie den — wenn auch bloß durch das konkludente *factum* der Verbestattung eingegangenen — Erbvertrag nicht aufheben können. Der Einbestattete ist aber noch kein Eigenthümer, und kann also auch noch keine Schulden auf das Gut contrahiren. Stirbt der Einbestattete ohne Hinterlassung von Leibeserben vor den Eltern, so haben diese das Recht, ein anderes Kind bei sich zu bestatten; denn, da es von der Willkühr der Eltern abhing, ob und wann sie die Haushaltung abtreten wollen, so konnte der Einbestattete erst mit dem

dem Vertragserven wenig helfe, indem die Prodigalitätsverkürzung nicht rückwärts, ist von selbst einkuckend. —

Tode der Eltern ein vollendetes Recht erwerben; bis dahin war weder Delation noch Acquisition vollendet.

4. Wenn die Eltern die Haushaltung vorbehalten, also noch Eigenthümer des Guts geblieben sind, so entsteht die Frage, ob sie auch noch Schulden auf das Gut contrahiren können. Man sollte im allgemeinen geneigt seyn, diese Frage unbedingt zu bejahen, denn der Eigenthümer kann sein Eigenthum mit Schulden belasten. Allein alsdann würde es ja ganz in der Willkühr verschwenderischer oder übelwollender Eltern stehen, alle Aussichten des Vertrags-Erben zu vereiteln, das ganze Gut zu verschulden. Die Schärfe der Consequenz wird auf folgende Sätze führen:

a) Die Succession in ein Bauerngut — welche durch das *factum* der Verbestattung zugesichert wird — ist eine singulare, da der Bauer immer etwas Vermögen außer dem Gute besitzt, also eine *universitas juris* außer dem Gute vorhanden ist. Da nun dieses Gut im vorliegenden Fall in so weit aus der *universitas* ausgeschieden ist, daß darüber nicht mehr von Todeswegen verfügt werden kann, so haften die neu contrahirten Schulden bloß auf der *universitas juris*, und der Guts-Nachfolger braucht diese *universitas* mit den Schulden nicht anzunehmen. Sind aber die Schulden durch die Haushaltung nothwendig veranlaßt, so ist der Guts-Nachfolger schon *ex versione in rem* verbunden, selbe zu zahlen.

b) Bestellen dagegen die Eltern ein Pfandrecht auf das Gut, so läßt sich nicht einsehen, wie der Guts-Nachfolger sich den Folgen dieses dinglichen Rechts entziehen könne. Denn die Eltern sind ja noch Eigenthümer und der Dritte erwirbt daher ein vollgültiges dingliches Recht durch den Pfandvertrag. Dem Guts-Nachfolger wird aber auch die Befugniß nicht abgesprochen werden können, wenn für unnöthige Schulden Pfandrechte bestellt werden sollen, dagegen bei Gerichte zu protestiren, und die Eltern in der Disposition beim Hypotheken-Buche beschränken zu lassen. So lange das aber nicht geschehen ist, erwerben die Dritten vollkräftige dingliche Rechte. —

Die Gewohnheit drückt diese Rechtsfäße durch den kurzen Ausdruck aus, daß die Eltern das Gut noch nach ihren Nöthen beschweren können. —

Ueber alle die Fragen, die sich uns in diesem §. darbieten, liegt ein Zeugniß des Schöffengerichts Bilslein vom 16. Dez. 1783 vor, welches zwar nur vom Amt Bilslein redet, aber dennoch das bei gleichen Verhältnissen gleiche Gewohnheitsrecht des ganzen Landes ausdrückt. Es ist zu merkwürdig, um ihm hier nicht eine Stelle zu vergönnen. Folgendes ist sein Inhalt:

„Richter und Schöffen attestiren, daß, gleichwie uralter beständiger Amts-Gewohnheit gemäß die Güter nicht vertheilt werden, also das von den Eltern in Haus und Güter einbestattete Kind der erbliche Nachfolger ist; diese erbliche Nachfolge aber erstreckt sich auf den Ehemann der einbestatteten Tochter, oder auf die Ehefrau des einbestatteten Sohns nicht, obschon beide junge Eheleute in den Ehepakten als einbestattete bemerkt sind; gestalten dieses, was betrifft den ein gefreieten Ehemann oder eingekommene Ehefrau, nur *honorarie* verstanden wird, und kein einziges Beispiel uns bekannt ist, daß dem eingefreieten oder eingekommenen nach Absterben seines Ehegatten die erbliche Nachfolge oder der Besitz *in contradictorio* zugesprochen seye, es wäre dann, daß in der Eheveredung die weitere Einbestattung demselben einbedungen worden, zumalen die *in casum sterilitatis* übliche Befegung den Sinn und Willen der Pacikanten, welcher gestalten nach Absterben des einbestatteten leiblichen Kindes dessen überlebender Ehegatte sich mit dem beliebten Besatzpfennig begnügen lasse, genugsam am Tag legen. — Und hat dieses die nämliche Beschaffenheit, wenn auch die Eltern bei der Einbestattung den einbestatteten jungen Eheleuten ihr Haus und Güter übertragen; maßen in diesem Fall das einbestattete leibliche Kind durch diesen wirklichen Uebertrag der völligen Erbe und Eigenthümer Hauses und Gutes wird, also daß die übertragende Eltern diese Güter nicht mehr beschweren können; falls aber bei der Einbestattung die Eltern die Haushaltung — das ist, den Uebertrag Hauses und Güter

— auf ihnen gefällige Zeit sich vorbehalten, ist der Vater oder Mutter — von welcher das Gut herkommt — zwar noch der wesentliche Eigenthümer, und kann die Güter annoch nach ihren Nöthen beschweren, nicht aber ein ander ihrer Kinder annebst in solche einbestatten und an dasselb den Uebertrag thun; die junge einbestattete Eheleute hingegen sind in diesem Fall auch nicht befugt, auf die Güter Schulden zu freiren, weder ist das einbestattete leibliche Kind berechtigt, darüber zu disponiren, noch sein Einbestattungs-Recht ohne Willen der Eltern auf andere zu transferiren oder zu vermachen; und wenn dieses einbestattete Kind ohne Hinterlassung von Leibeserben vor seinem annoch lebenden Gutseigentümer, Vater oder Mutter, abstirbt, bleiben diese bemächtigt, ein ander Kind bei sich zu bestatten — als diesem gemäß *in judicando* immer nachgeachtet worden ist.“

17.

Aber was wird den übrigen Kindern, die von der Folge in das untheilbare Gut durch das eine Kind ausgeschlossen worden? — Das Gut steht nicht im Miteigenthum der Kinder, es ist nicht auf alle zusammen vererbt, es kann also, da das Gut nicht in der Theil getheilt ist, solcher Theil auch nicht in Gelde ausgedrückt werden. Für eine Mitberechtigung am Gute ist daher ursprünglich den Kindern keine Abfindung gegeben worden. — In den ältesten Zeiten mochten die nachgeborenen Söhne sich meist zu den Gefolgen, welche in den Zeiten der Völkerverwanderung die Welt überschwennten, eine Heimath verlassend, die ihnen keine Wohnsitz geben konnte, begeben, so wie die nachgeborenen Töchter, sofern ihnen nicht das Glück, eines Hofgeeffenen Bauern ehelich Gemahl zu werden, zu Theil ward, jene Männer vom Gefolge heiratheten. Auch mochten viele auf den Höfen als Beilieger zurückbleiben. — Indessen hörten die Völkerverwanderungen auf, ein Colonie-System ward nicht gegründet, die Bevölkerung entbehrte also dieses Abflusses. Es entstanden Städte, die Verhältnisse des Lebens wurden mannichfaltiger, und dem Landreichthum stellte sich allmählig ein Geldreichthum an die Seite. Immer weniger war es also zu vermeiden, daß

die alte Ansicht des Bauernhofs und seiner Vererbung verrückt ward. — Zuerst ward es gebräuchlich, den nachgeborenen Kindern bei der Heirath eine Ausreitung, bestehend in Hausgeräthe und sonstigen Naturalien, zu geben. Diese Ausreitungen bestehen noch; der Gebrauch hat ihren Betrag bestimmt: der Bauer weiß es sehr genau, was zu einer vollen Ausreitung u. s. w. gehört. Man kann drei Klassen solcher Ausreitungen annehmen; bei vorkommenden Streitigkeiten können die Genossen als Sachkennner leicht den Ausspruch thuen.

Wie der Gelbreichthum sich hob, ward es gewöhnlich, den Kindern bei die Natural-Aussteuer ein Stück Geld zu geben, dessen Minimum gewöhnlich 5 Thlr. war. ¹⁸⁾ Dieser Geld-Brautschag stieg mit den Zeiten, die das Geld vermehrten und die Bedürfnisse der Nachgeborenen.

Bei allem dem lag nun aber noch nicht die Idee eines Miterb-Rechts am Gute zum Grunde. Es war nicht einmal die Rede davon, die Brautschäge zu den einzelnen Gütern in Verhältnis zu setzen; man richtete sich nach Orts-Gewohnheit, und die Güter zerfielen rücksichtlich der Ausreitung in gewisse Classen nach ihrer Bedeutenheit, die übrigens äußerlich nicht scharf ausgedrückt waren. Selbst ob viele oder wenige Kinder vorhanden, war im ganzen ziemlich gleichgültig, die Ausreitung blieb die nämliche, und selbst auf den üblichen Geld-Brautschag war solches meist ohne Einfluß. ¹⁹⁾

Sehr natürlich ergibt sich aus dieser Darstellung der Satz des alten Bauern-Rechts, daß überhaupt nur bei Verheirathungen der nachgeborenen Kinder von Abgiffen an dieselben die Rede ist, bis dahin aber selbe auf dem Hofe bleiben, und mit

18) Die Zahl fünf ist gar nicht unwichtig. Auch bei dem verschuldeten Gute wurden gewöhnlich 5 Thaler Kindtheil bestimmt, und selten mochte ein Testator die Intestat Erben ausschließen, ohne ihnen doch 5 Thlr. — oder, was ungefähr gleich ist, Silber und Gold, das heißt, die größte Silber- und die kleinste Goldsumme — zu hinterlassen.

19) Ueber die Absteuer der Töchter der Landbesitzer überhaupt ist höchst lesenswerth M ö s e r parriat. Phantas. Bd. 4. Nr. 52. 53. 54.

ihrem ohne vorherige Heirath erfolgten Tode ihr Brautschag dem Hofbesitzer zusiröt.

18.

Alle Dinge sind in beständigem Flusse, so sagt einer der ersten Grundsätze der Metaphysik, und auch der so eben berührte Gegenstand hat die Wahrheit dieses Grundsatzes empfunden.

Es stand einmal fest, daß den nachgeborenen Kindern von wegen des Hofes eine Abgiffte gebühre, und wo die Eltern oder Verträge selbe bestimmt hatten, war dieserhalb nicht wohl ein Streit denkbar. Allein wo es an solchen Bestimmungen fehlte, welcher Betrag sollte dann als der richtige erscheinen? Wäre die alte Rechtsfindung durch die Genossen geblieben, so möchten aus solchen Weisungen feste Gewohnheiten sich gebildet haben, so wie hinwieder es Gewohnheiten sind, die dergleichen Weisungen zum Grunde liegen. Allein es trat mit Ausnahme des römischen Rechts die Rechtsfindung durch gelehrte ungenosse Richter ein, eine Rechtsschöpfung, die neue feste Volksgewohnheiten nicht hervorbringen, noch mit einer noch schwankenden Volksgewohnheit sich vermählen konnte. — Es mangelte den gelehrten Richtern an einem Grundsatz, nach welchem solche Streitigkeiten zu entscheiden. Hätte man durch erwählte Richter, Schiedsmänner entscheiden lassen, so hätte man ihnen auch, wie in der am 15. Mai 1778 befristigten Vereinigung der Ritterschaft des Hofstaats Dsnabrück geschehen, die Instruction geben können,

daß sie den ihnen zugestellten *Statum bonorum* wohl erwägen, und die Absteuer darnach also bestimmen wollen, wie sie solche, wenn sie selbst Väter wären, und diese Güter wie auch diese Kinder hätten, für die ihrigen bestimmen würden. ²⁰⁾

Allein, wie gesagt, nach einem solchen Gesichtspunkte konnten ungenosse Richter nicht urtheilen. Ihnen bot sich dagegen das römische Recht, welches in der Gestalt, wie es auf

20) M ö s e r Bd. 4. S. 245.

uns gekommen, Stadtrecht war ²¹⁾ und allgemeines Erb-Recht und Pflichttheils-Berechtigung der Kinder kannte, dar. Dieses römische Recht so ohne weiteres anzuwenden, konnte ihnen indessen nicht einfallen, da die Theilung der Güter gesetzlich verboten war. Dagegen konnten sehr wohl die Begriffe einer *divisio civilis* Eingang finden. Auch dieses geschah indessen nicht auf einmal, sondern allmählig. Zuerst ward angenommen, daß den nachgeborenen Kindern eine Abfindung vom Gute nach dessen wahren Werthe gebühre, jedoch eine solche, die den Kräften des Guts angemessen, so daß der Gutsbesitzer im Stande bleibe, die öffentlichen Lasten zu leisten. Diese Abfindung mußte also in jedem einzelnen Fall nach der Beschaffenheit des Guts und nach der Zahl der Kinder bestimmt werden, Gewohnheits-Rechte für jeden einzelnen Hof über eine ein für allemal feststehende Abgifte, wie solches bei den ablichen Häusern der Fall ist, ²²⁾ konnten sich daher nicht bilden. — Um

21) Ursprünglich war das römische Erbrecht Bauernrecht, wie aus dem den Weibern, welche mit einer Aussteuer abgegütet, so wie den *emancipatis*, welche ebenfalls gewöhnlich eine Aussteuer erhielten, mangelnden Erbrechte, und aus dem Nichtstattfinden einer Ansetzung von Testamenten wegen gekränkten Pflichttheils, hervorgeht. Erst wie der Geldreichtum in Rom die alten Bauern-Einrichtungen verdrängte, bildete sich das Stadtrecht bei der Erbfolge aus. Durch *bonorum possessio* und neuere Anordnungen wurde allgemeines Erbrecht und Pflichttheils-Berechtigung der Kinder n. s. w. eingeführt; dagegen aber auch die Collation der von den Töchtern erhaltenen *dos* und der *emancipatis* geschehenen Zuwendungen ausgesprochen.

22) Eine anziehende Betrachtung ist es, die Parallele zwischen den Abgiften von ablichen Gütern und von Bauern-Gütern zu verfolgen. Abliche und Bauern-Güter hatten hierin ursprünglich dasselbe germanische Recht. Jene wurden aber früher von den Einwirkungen des römischen Rechts bedroht; die einzelnen ablichen Familien sicherten sich dagegen durch Fidei-Commissse — die nur insofern ungermanisch, als sie zugleich den gehäuften Besitz mehrerer ganzer Güter in Einer Hand befestigen sollten — und Familien-Verträge, und hatten auf der anderen Seite auch durch, ihnen fast ausschließlich offenstehende, geistliche und weltliche Aemter Gelegenheit genug zur Versorgung der Nachgeborenen. Die Bauern-Güter

übrigens über jene Bestimmung der Abfindungen einen urkundlichen Nachweis zu geben, möge folgendes Urtheil des Amts-Bisstein vom 10. Januar 1786 hier stehen:

„In Sachen Gebrüder Johann Henrich und Johannes Märker Kläger eines gegen und wider die Vormünder der unterjährigen Märker auf der Mark, Tigges und Hahn beklagte anderen Theils, wird aus repräsentirten Acten — in Rücksicht der kenntlich hergebrachten, *in contradictorio*, auch von Hochpreislichem Hofrath (der höheren Instanz zu Bonn) in Sachen Rühr wider Maimorm zur Neger *per judicatum* bestätigten hiesigen Amts-Gewohnheit vermög welcher die Vertheilung Haus und Guts auch der zur Haushaltung und Bestellung desselben erforderlichen Mobilien und Moventien *inter haeredes* nicht Statt hat, hingegen der alleinige Besitzer die von dem Erblasser nachgelassene Baarschaft, Obligationen, *activa*, und erworbene Pfand- oder der Reconsolidation unterworfenene Güter, mit seinen Miterben zu vertheilen, zugleich diesen von Haus und Gut und übrigen Mobilien und Moventien eine nach Abzug der auf Haus und Gut haftenden, dem einzigen Besitzer zu Laste bleibenden Beschwerden und Schulden, billigmäßige, den Besitzer des Hauses und Gutes nicht zu sehr beschwerende *portion* auszuliefern, nur gehalten und schuldig ist — für Recht erkannt, daß die von den Klägern den 27sten März 1784 beigelegte Specification und Taxation als gewohnheitswidrig zu verwerfen, hingegen, damit nunmehr nach vorgeschlagener Güte

wurden erst später vom römischen Rechte angegriffen, und ihre Niederlage war unvermeidlich, da es erstens fast keine Gelegenheit zur Versorgung nachgeborener Bauern-Kinder gab und zum anderen die bäuerlichen Familien sich nicht durch Familien-Verträge schützen konnten, welche abzuschließen sie zu wenig Bildung und Uebersicht hatten und wozu ihnen die damaligen Germanisten schwerlich die Befugniß zugestanden haben würden, obgleich die jetzigen aufgeklärteren Germanisten daran nicht zweifeln würden, bedenkend, daß früher nur darum die bäuerlichen Familien keine Familien-Verträge abgeschlossen, weil mehr oder minder allgemeine Observanzen sie dieser Nothwendigkeit überhoben,

die befragte *portion* von Gerichtswegen *ex aequo et bono* bestimmt werden könne, den beklagten Vormündern sowohl *A*, über bewegliche, als *B*, unbewegliche Verlassenschaft des gemeinsamen Vaters Henrich Märker eine genaue Verzeichniß beizubringen, zugleich *C*, die etwaige Baarschaft, Obligationen, *action* und erworbene Pfandgüter besonders zu bemerken, auch *D*, sowohl die häusliche, als *E*, sonstige auf dem Gut haftende jährliche Beschwerden, gewöhnliche und ungewöhnliche offene Kirchspiels- und gemeine Lasten, wie weniger nicht *F*, die hinterlassene *passiva* zu designiren, demnächst *G*, dieses Haus und Gut ausschließlich der etwaigen Pfandgüter dergestalt, was nämlich solches in Einem Jahr zu 4 Procente in aller ökonomischen Abnutzung ohne schädliche Uebertreibung austrägt, durch erfahrene zu kommitirende Schöffen und zu vereidigende unpartheiische dasige Güter-Verständige in Anschlag bringen zu lassen, aufgegeben, forthin zu Erledigung dieser Aufgaben eine vierwöchige Frist unter Strafe Rechtsens vorzubestimmen sey. Wie wir Richter und Schöffen ²³⁾ für Recht erkennen, verweyfen, aufgeben und vorbestimmen, die bisherige Gerichtskosten aus bewegenden Ursachen gegen einander aufheben und compensiren, die Bestimmung der *portion* aber nach Erledigung der Aufgaben uns vorbehalten. B. St. B., Freusberg, Richter.“

19.

Wir sagten oben, daß die Begriffe der römischen *Divisio civilis* nur allmählig Eingang gefunden. Zur völligen Ausbildung dieser Ansicht der *Divisio civilis* war durch die so eben ausgeführte Kindertheils = Bestimmungsweise der Weg gebahnt. Denn diese Abschätzung war ja eine wirkliche Abschätzung des wahren Werths, wie er sich durch Ausmittelung des reinen Ertrags ergibt, im Gegensatz gegen eine Abschätzung des Verkaufswerths, welcher mehr

23) War in neueren Zeiten nur eine Formel, die Schöffen hatten auf die Urtheilfindung keinen Einfluß.

durch die Concurrenz und die Menge oder Seltenheit müßig liegender Capitale, als durch den wahren Ertragswerth bestimmt wird. — Von dem auf solche Weise gefundenen Werthe des ganzen Erbs, sollte nun eine billigmäßige Absfindung bestimmt werden, der Richter als ein ungenosser, ungewählter, konnte hier aber nicht wohl so, wie genosse Schiedsrichter durchgreifen, und es konnte am Ende dem Richter wohl nichts anders übrig bleiben, als den Kindern den Antheil des Schätzwerts zuzusprechen; für jedes andere Erkenntniß mangelte es ihm an einem leitenden Grundsatz.

Stand nun aber dieses einmal fest, so war es leicht, daß die Abschätzungs = Grundsätze selbst schärfer gegriffen, daß das Gut als soviel werth geschätzt wurde, als der laufende Kaufpreis desselben ist, welcher denn doch zuletzt wieder mit dem Ertragswerth correspondirt, indem in der Regel alles das, was auf den steigenden Werth der Güter influirt, auch auf den Werth der Güter = Ertragnisse seinen Einfluß äußert. Daß diese Ansicht am Ende des 18. Jahrhunderts geltend ward, war nicht eine auf einmal geschehene Revolution, sondern bereitete sich allmählig, ohne daß es die Schätzer sich selbst recht bewußt wurden.

20.

Durch manchfache Uebergänge war man also zum römischen System der *Divisio civilis* gekommen. Dieses hatte nun aber auch die weitere Folge, daß, selbst gegen die Kindertheilsbestimmungen der Eltern, Klagen auf Ergänzung des Pflichttheils gegeben wurden, obgleich die Deutschen sonst keinen Pflichttheil kannten. ²⁴⁾ — Der Pflichttheil konnte aber nicht, wie der römische, in jedem Theile des Vermögens haften, denn die Güter waren und blieben untheilbare; der Pflichttheil war vielmehr nur der dritte Theil

24) Der Adel hat sich bekanntlich durch Familien-Verträge und Verzicht gegen die Pflichttheils = Grundsätze gesichert, der Westfälische Adel durch die Erblands = Vereinigung von 1590. §. 11. (S. diese selbe in meiner Schrift von deutscher Verfassung, S. 196.)

oder die Hälfte in der Ermangelung elterlicher Bestimmung durch Abschätzung zu erwarten gewesener Abfindung.

Nicht bloß gegen Testamente, sondern auch gegen in Erb-Verträgen enthaltene Kindtheils-Bestimmungen, konnte der Pflichttheil in Anspruch genommen werden, obgleich die Erbverträge ein rein deutsches Geschäft und den Deutschen die Pflichttheils-Grundsätze unbekannt waren. Denn das römische Recht hatte sich in soweit mit dem deutschen vermischt. Dagegen konnte aber keineswegs behauptet werden, daß ein Erbvertrag, der den Pflichttheil-Berechtigten nicht *titulo heredis* berufe, oder gesetzlich enterbe, eben so wie Testamente, denen solch ein Mangel anhebt, nichtig sey. Denn das, was bei den römischen Testamenten zur Form gehört, ist nie auf deutsche Erbverträge übertragen worden; es findet gegen Erbverträge nur ein Klagrecht auf den Pflichttheil Statt. —

21.

Bei der Ausdehnung, die auf die dargestellte Weise das Abfindungsrecht der Kinder erhalten hatte, vermischte sich auch allmählig der Grundsatz, daß das Kindtheil nur ein Brautschag sey, nur bei der Verheirathung gegeben werde, und im Nicht-Verheirathungs-Falle bei dem Hausbesitzer verbleibe. Denn da die Kinder ohne weiteres als Miterben des Gutes nach dessen Geldwerthe betrachtet wurden, verlor jenes Gewohnheitsrecht seine Grundlage. Man kann aber die Zeit, wann diese Gewohnheit außer Gebrauch gekommen, nicht bestimmt angeben, sowie man auch die Zeit, wann die Erbtheils-Berechtigungen der Kinder sich so, wie geschehen, erweitert haben, nicht bestimmt bezeichnen kann. Gewohnheiten entstehen und vergehen auf solche Weise unmerklich. Uebrigens war es noch immer häufig, daß die Eltern das Verbleiben des Kindtheils beim Hause auf den Nichtverheirathungs-Fall bestimmten, oder doch wenigstens die Hälfte dem Hausbesitzer zusterben ließen. Allein eben dies beweist, daß die frühere Gewohnheit schon angefangen alterirt zu werden.

Eine Frage die früher gar nicht aufgeworfen werden konnte, erhebt sich hier, nämlich, ob und in wiefern das Kind verbunden sey, eine solche Bestimmung der Eltern, daß es erst bei der Heirath sein Kindtheil erlangen solle, gelten zu lassen? Diese Frage ist aus dem im vorigen § angedeuteten Gesichtspunkt zu beantworten, daß, was in der römischen Pflichttheils-Lehre wesentlich ist, in Deutschland angenommen worden, nicht aber die Formen, welche nach römischem Rechte die Pflichttheils-Lehre begleiten. Man wird es also dem Kinde nicht bestreiten können, daß es seinen Pflichttheil ohne Bedingung oder Zeitbeschränkung zu fordern berechtigt sey²⁵⁾, dagegen wird es aber nicht erst den *Cautela Socini* bedürfen, um das Kind anzuhalten, entweder die Beschränkung anzunehmen, oder nicht mehr als den Pflichttheil zu verlangen. Denn die Bestimmung des römischen Rechts, daß solche Pflichttheils-Beschränkungen *pro non scriptis* zu achten, gehören den Formen römischer Vergabungsweisen an.

Eine wichtige Frage ist auch die, ob die Intestat-Erben eines Kindes, dessen Kindtheil von den Eltern durch seine Verheirathung bedingt worden, welches aber bei seinem Leben hiegegen nicht ausdrücklich protestirt hat, den Pflichttheil noch fordern können? Es sind hierüber zwei Meinungen möglich. Erste Meinung: Durch den Tod der Eltern wird das Kind, deren Erbe *ipso jure*, ohne daß es einer Antretung bedürfe, — welches man *transmissio ex jure sintotis* nennt. — Dieses Erbrecht transferirt es auch auf seine Intestat-Erben. Da nun das Kind selbst nicht schuldig ist, die fragliche Beschränkung anzuerkennen, sondern ihm das Recht auf einen unbeschränkten Pflichttheil anerfallen ist, so gehen diese Befugnisse auf seine Erben über. Da die anzustellende Klage nicht die *querela inofficiosi testamenti* ist, so kann die bei dieser Klage geltende singuläre Bestimmung, daß sie, sofern sie

25) L. 32. Cod. de inofficioso testamento (3, 28.) Glück, Pandecten-Commentar, Bd. 7. §. 546.

nicht *praeparata*, nicht auf die Erben übergeben²⁶⁾, auf vorliegende Klage nicht ausgedehnt werden. Zweite Meinung: Die Bestimmung, daß das Kindtheil nur bei der Heirath bezahlt werde. Dieser Rest einer uralten Gewohnheit steht nicht isolirt da, sie giebt dem Kinde auch stärkere lebenslängliche Verpflegung auf dem Hofe, und indem es diese annimmt, genehmigt es die fragliche Bestimmung stillschweigend, und können seine Erben daher dieselbe nicht anfechten. — In beiden Meinungen liegt Wahres. Im allgemeinen ist gewiß die erste Meinung begründet. Wenn aber das Kind die gedachte Bestimmung erfahren hat, wenn es hierauf auf dem Hofe gekleben ist, bis an sein Lebensende die Verpflegung sich hat reichen lassen, so hat es offenbar die Bestimmung anerkannt. Diese Frage wäre also *quae-recto facti*.

22.

Zu den untheilbaren Bauerngütern ward auch als Zubehör das Inventar gerechnet, gleichwie in dem oben S. 18. extrahirten Urtheil in Sachen Märker gegen Märker ausgesprochen ist. Dieses wurde also in das Gut, wovon die Abfindung zu geben, mit eingerechnet. — Alles übrige Vermögen dagegen ward nach gemeinem Recht vererbt, nämlich Baarschaften, Forderungen, Grundstücke, die nicht zu dem *Complexus* des untheilbaren Guts gehörten. In dieses Vermögen fand also eine eigentliche *successio universalis* sämmtlicher Kinder Statt, während man das nur Einem zufallende Bauerngut juristisch kaum anders als ein Prälegat betrachten kann. — Es fragt sich nun: auf wem haften die Schulden, auf dieser *universitas* des der Theilung unterworfenen Vermögens, oder auf dem Bauerngute? Früherhin war es gebräuchlich, daß die Schulden auf den Guts-Nachfolger übergingen, welcher dann danach die Abfindung soviel geringer bestimmte; denn man betrachtete das Haus und Gut als die Hauptsache, den Gutsfolger

26) L. 6. §. 2. L. 7. ff. de inoff. test. L. 5. Cod. cod. (3, 18.)

als den eigentlichen Repräsentanten des Erblassers. Als in neueren Zeiten hingegen der volle Geldwerth des Guts unter den Erben zur Theilung kam, fing jener Gebrauch an zu schwanken, und so wie auf solche Weise das römische Recht eindrang, fing auch der römische Grundsatz: *Nomina activa et passiva inter heredes ipso jure divisa*, an Geltung zu erlangen. Ein fester Gebrauch hat sich indessen nicht gebildet, und wenn überhaupt durch Testament oder Vertrag von Haus und Gut ein Kindtheil bestimmt worden, wird man noch immer annehmen müssen, daß die Schulden vom Werthe des Guts erst abgerechnet worden, folglich vom Gutserven zu tragen sind — wenigstens in der Regel, so lange keine Gründe eines entgegengesetzten Willens vorliegen. —

23. a.

Eine täglich vorkommende Frage ist es, in wiefern Kindtheil Zinsentragend sey, nämlich: wo weder Versprechen, noch Versäumung eines bestimmten Zahlungs-Termins vorliegt. Man führt nämlich für die Zinsen-Forderung an, daß der Gutsfolger doch die Früchte des Guts ziehe, und er daher auch dem Kindtheils-Berechtigten die Zinsen zahlen müsse; man betrachtet den Uebergang des Gutes auf Einen gegen Kindtheils-Abgiften als einen Kauf²⁷⁾ und daß beim Kaufe von der erlangten Benutzung an die Zinsen laufen, ist bekannt²⁸⁾. Indessen werden nun folgende Ansichten als die richtigen anerkannt werden können:

- 1) Wenn der Gutsfolger von solchen Grundstücken, welche nicht zum Guts-*Complexus* gehören, sondern Pfand- oder der Reconsolidation unterworfenen Güter sind, vermöge Testaments oder Verträge Kindtheile abzuge-

27) L. 1. Cod. Communio utriusque iudicii (3, 38.) „Divisionem „praediorum vicem auctionis obtinere placuit.“

28) L. 5. C. de act. eact. (4, 49) L. 13. §. 20. 21. ff. de act. eact. (19, 1.) Weber, Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung. Nr. III. §. 7. S. 252. ff.

ben hat, — denn daß auch diese Grundstücke dem Hausbesitzer gelassen werden, ist häufig der Fall — so ist einleuchtend, daß er davon Zinsen zahlen muß, denn das Geschäft erscheint hier wirklich juristisch als ein Kauf, und ist nach dessen Analogie zu beurtheilen.

2) Diese Analogie kann aber nicht Statt finden bei dem Kindtheile vom untheilbaren Gute. Das Gut, was dem Gutsfolger als Kraft des Gesetzes untheilbar angefallen ist, kann nicht als gekauft betrachtet werden, da ja die Erben gar kein Recht auf Theilung des Guts haben, folglich dessen Uebergang an Einen nicht als Kauf darstellen können. Es ist vielmehr die Kindtheilsforderung als eine gewöhnliche Forderung zu betrachten, und somit keine Zinsbürtigkeit derselben, die kein Gesetz bestimmt, anzunehmen.

3) Wo es in Testamenten oder Verträgen heißt, daß das Kindtheil bei der Heirath oder zur Zeit der Großjährigkeit des nachgeborenen Kindes zu geben, da ist freilich nach dem Grundsatz: *dies interpellat pro homine*, Verzug und somit Zinsverbindlichkeit von jenen Zeitpunkten an anzunehmen. Wo dieses aber nicht ausdrücklich gesagt ist, wird eine solche Verbindlichkeit keineswegs Statt finden, obgleich es allerdings gewöhnlich war, bei der Verheirathung den Brautschlag abzugeben. Denn das Kindtheil ist nach der Entwicklung, die diese Lehre in neueren Zeiten erhalten hat, nicht mehr, wie früher, als eine bloße Aussteuer zu betrachten, sondern ein Recht bedeutenderen Umfangs, eine Abfindung vom Gute.

4) Nach gemeinem Rechte können Minderjährige von jeder aufgeschobenen, wenn gleich nicht verzögerten Zahlung der ihnen gebührenden Gelder Zinsen fordern²⁹⁾, und diesemnach würde also auch das Kindtheil der

29) L. 87. §. 1. de legat. I. (31) L. 3. Cod. in quib. caus. in int. restit. non est recess. (2, 41). L. 5. C. de act. cult. vend. (4, 49). Weber am angef. O. §. 3. S. 239.

Minderjährigen zinsbürtig seyn. Allein diese Bestimmung des römischen Rechts ist im vorliegenden Falle nie zur Anwendung gekommen. Der Grund liegt wohl vorzüglich darin, daß die Kinder, so lange sie minderjährig sind, gewöhnlich ihre Erziehung von dem Hofeserben erhalten.

23. b.

Es fragt sich, welchen Vorzug das noch nicht bezahlte Kindtheil im Concurse habe? Durch die Westfälische Concurssordnung vom 21. Juni 1773 ist es in die zweite Klasse nach den gutherrlichen Lasten der drei letzten Jahre, gesetzt:

„§. 27. Diesemnach folgen die gutherrlichen rückständigen Pfächte in Maaß und Weise, wie hieroben §. 9. beschrieben, sodann folget das Erbgebl, da nämlich ein Erbe dem anderen aus dem väterlichen oder anderen angestorbenen Gütern *in dotem* oder sonst zu seiner Abfindung zu zahlen, sich verbindet, es möge die Zahlung auf ein oder mehrere Termine stipulirt seyn, woserne nämlich der Contract oder das *documentum divisionis* dem *protocollo judiciali* eingetragen seyn würde.“

Ist diese gerichtliche Eintragung nicht geschehen, so hat das Gesetz gar keinen Vorzug gegeben. Daß ein Miteigenthumsrecht bis zur Zahlung, und von daher ein Vorzugsrecht, nicht in Anspruch genommen werden könne, versteht sich wohl von selbst, da bei untheilbaren Bauerngütern die Geschwister kein Miteigenthum hatten, und bei andern Gegenständen das Miteigenthum durch Verkauf und Creditirung des Kaufpreises erloschen. —

Nimmt man die Worte des Gesetzes roh, wie sie da liegen, so möchte aus ihnen die Behauptung begründet werden können, daß ein 1820 gerichtlich eingetragener das Kindtheil bestimmender Vertrag von 1800 den vom Schuldner 1810 unschuldigen Dritten gegebenen gerichtlichen Hypotheken vorgehe, da diese erst in der dritten Klasse zur

Befriedigung kommen. Allein der Zweck des Gesetzes, welches die gerichtliche Eintragung der Theilungsurkunde zur Bedingung des Vorrechts machte, war kein anderer, als Dritte zu warnen, und es wurde offenbar unterstellt, daß der Vertrag entweder gerichtlich errichtet oder sofort eingetragen werde. Der Miterbe hat es sich daher selbst zuzuschreiben, wenn bis zu der von ihm verzügerten Eintragung Dritte gerichtliche ihm vorgehende Hypothekrechte erworben.

Drittes Kapitel.

Veräußerung und Reconsolidationsrecht nach älterem Rechte.

24.

Der Besizer eines Erbguts konnte dieses allerdings frei veräußern und war darin nur durch den altdeutschen *retractas ex jure gentilitio* Erblosung, so lange dieser *Retract* gesetzlich noch bestand — s. unten Kap. 5. S. 43. — beschränkt, wenn man dies überhaupt eine Beschränkung nennen will.

Keineswegs aber war die Veräußerung der einzelnen Bestandtheile des Bauernguts mit solcher Freiheit umgeben, sondern es fand hier das Reconsolidationsrecht Statt, das Recht des Sohlsstättenbesizers, das vom Gute veräußerte Stück zu jeder Zeit gegen Ersatz der Kaufschillinge zur Sohlsstätte wieder einzulösen. Die genaue Kenntniß dieses Instituts ist nothwendig, weil es zu leicht mit verwandten Instituten verwechselt werden kann, was besonders wichtig ist bei der — im 4ten Kap. S. 40. vorkommenden — Frage, wie weit sich die Aufhebung jenes Instituts erstreckt. Es wird daher nothwendig seyn, zuvörderst die verwandten Institute aufzuführen, um nachher durch Entwicklung der Reconsolidations-Grundsätze die Unterschiede scharf und genau auffassen zu können.

I. Die älteste Form des römischen Pfandrechts war die *fiducia*. Die verpfändete Sache wurde hier dem Pfandgläubiger durch die Form der *mancipatio* oder *cestio in jure* als Eigenthum übergeben, mit der Verpflichtung, nach erfolgtem Pfandschilling die Sache dem Verpfändet zurückzugeben, welche Verpflichtung *fiducia* genannt ward³⁰⁾. Die Früchte wurden vom Gläubiger, aber auf die Schuld abgerechnet³¹⁾. Der Gläubiger hatte als Eigenthümer die *Vindicatio*³²⁾. Der Schuldner hatte kein Vindicationsrecht mehr, sondern nur die persönliche *actio fiduciae*³³⁾. Dagegen läßt sich aber auch nicht sehen, daß der zum Eigenthümer gewordene Gläubiger den Schuldner, die *fiducia* zu verfolgen, zwingen, mit andern Worten, das Kapital habe aufkündigen können, denn die Contractsformel: *Ego hanc rem meam tibi mancupo, ut eam mihi remancupes, uti ne propter te fideiure tuam oaptus fraudatus siem*³⁴⁾ gab nur dem Schuldner ein Recht, die *Remancupation* zu verlangen, nicht umgekehrt. Bei der wirklichen durch die *actio fiduciaria directa* bewirkten Einlösung konnte aber auch der Gläubiger mit der *actio fiduciaria contraria* den Ersatz der Verwendungen fordern³⁵⁾. — Es begreift sich ohne viele Mühe, daß der Pfandcontract sich ursprünglich so gestalten mußte; es war ein ganz natürlicher Gedanke des Schuldners, daß er bei Geldbedürfnissen sein Eigenthum hingab mit dem Vorbehalt, es durch dereinstigen Ersatz des Darlehns wieder zu erwerben. Das eigentliche Pfandrecht, als neben dem Eigen-

30) *Jul. Paul. recept. sent. Lib. II. tit. 13. Ger. Noods. Observat. Lib. II. Cap. 7. Weiff. Pfandrecht §. 63. Contra di Diss. duae de pacto fiduciae, Gluck, Pandekten-Commentar Bd. 14. §. 862.*

31) *J. Paul. rec. sent. Lib. II. tit. 13. §. 2.*

32) *J. Paul. r. s. Lib. V. tit. 26. §. 4.*

33) *J. Paul. r. s. Lib. II. tit. 13. §. 6.*

34) *Conradi Diss. I. §. 16. Diss. II. §. 2.*

35) *J. Paul. Lib. II. tit. 13. §. 37.*

thum bestehendes dingliches Recht, ist mehr ein Werk der Kunst. Bei der *fiducia* hatte unverkennbar der Schuldner den großen Vortheil, daß nur er, nicht aber der Gläubiger, das Aufkündigungsrecht hatte. Bei steigender Entwicklung der bürgerlichen Verhältnisse kam nunmehr das reine Geschäft eines *Mutuum*, was der Gläubiger zu jeder Zeit kündigen konnte, auf, zu dessen Sicherheit nur ein bestelltes Pfand dienen sollte. Weil hier nun das Eigenthum beim Schuldner blieb, so hatte der Gläubiger auch nach verlorrenem Besitze des Pfandes kein Klagrecht gegen Dritte, sondern überhaupt nur Klagrecht gegen seine *persona obligata*. Erst der Prätor, welcher die Einfügung neuer Rechtsverhältnisse in das alte Rechtssystem zu vermitteln hatte, gab aus diesem neuen Pfandrechte eine eigene dingliche Klage. Eine unrichtige Ansicht Glück's ³⁶⁾ ist es daher wohl, wenn er annimmt, man habe, um dem Pfandgläubiger eine dingliche Klage zu verschaffen, die Form der *mancipatio* nur zum Schein gebraucht und sich dabei durch das *pactum fiduciae* gegen Wortbrüchigkeit des Gläubigers zu decken gesucht, vielmehr ist die *fiducia* das älteste ohne alle Künstelei entstandene Pfandsystem.

II. Bei den Verkäufen der Römer war nicht ganz selten der Rück- oder Wiederkaufsvertrag, wodurch nämlich der Käufer sich verbindlich machte, dem Verkäufer oder dessen Erben den Rückkauf zu gewähren. Dieser Nebenvertrag unterscheidet sich vom *contractus fiduciae* unter andern! vorzüglich darin, daß der Käufer über die Früchte keine Rechnung zu legen braucht, und vom neueren römischen Pfandrechte besonders noch in der Beziehung, daß der Rückkaufsberechtigte das Eigenthum verloren hat und nur eine persönliche Klage gegen seine *persona obligata*, kein Klagrecht aber gegen Dritte hat ³⁷⁾.

36) An dem Note 30) angeführten Orte.

37) *Lauterbach Coll. theor. pract. Lib. 18. tit. 1. §. 98.* Höpfner *Institut Comm. §. 373. Note 3.* Hufeland *Lehrbuch des Civil-Rechts §. 494.* Glück. *Pand. Comm. Bd. 16. §. 997. S. 202. ff.*

III. Das Pfandsystem der Deutschen entwickelte sich ursprünglich in ähnlicher Weise, wie das römische. Der Geldbedürftige gab, um sein Eigenthum dereinst wieder erwerben zu können, dasselbe einstweilen hin. Das Pfand ward auf Wiederkauf hingegeben. Die Absicht stand beim Schuldner, der Gläubiger war widerruflicher Eigenthümer, Pfandherr, und hatte daher auch keine Nuzungen zu verzeihen. Diesen Charakter des altdeutschen Pfandrechts als widerruflicher Eigenthumsübergabe — woraus sich auch consequenter Weise die wiederkauflichen Renten gebildet haben — hat von Meiern ³⁸⁾ aus Urkunden des Mittelalters, so wie aus der über das *periculum rei* handelnden Stelle des Sachsenspiegels ³⁹⁾ erwiesen. Andern Meinung sind freilich Niccius ⁴⁰⁾ und Kunde ⁴¹⁾, allein es läßt sich nicht einsehen, warum jene Ansicht des deutschen Pfandrechts mit sich selbst in Widerspruch stehen solle, wie Kunde behauptet; freilich, wenn das Eigenthum unwiderruflich übertragen würde, wäre ein solcher Widerspruch vorhanden, aber gewiß nicht, da es widerruflich geschah. Wie sehr die Grenzen des Pfand- und des Wiederkaufsvertrags in der Anwendung ineinandertreten, sieht man dann am besten, wenn der Richter beurtheilen soll ⁴²⁾, ob unter der Form von Verkäufen auf Wiederkauf Uebertretungen der gesetzlichen Vorschriften über Zinsenmaß und *Lex commissoria* versteckt liegen. Etwas, was also selbst gebildeten Juristen in der Wirklichkeit zu unterscheiden schwer wird, darf man

38) Gedanken von der Nothwendigkeit des festen Zinsfußes in Deutschland §. 11. 13—25.

39) Buch 3. Art. 5. Eine andere Auslegung macht freilich Haffner in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 1. S. 37. geltend. Es ist hier der Ort nicht, diesen im Vorbeigehen berührten Gegenstand gründlich abzuhandeln.

40) *De dominio pignoris germanici.*

41) Grundzüge des gemeinen deutschen Privatrechts §. 227.

42) Wie viele Mühe gibt sich hier z. B. das allg. Landrecht für die preussischen Staaten Th. I. Tit. 11. §. 321—326, den Richter mit Anleitungen zu versehen!

wohl um so weniger bei ungebildeten Völkern als fein ausgepönnene Theorie suchen, und wenn Eichhorn⁴³⁾ aus alten, wohl aus Eindringung fremder Rechtsbegriffe zu erklärenden Redactionen der alemannischen und friesischen Gesetze⁴⁴⁾ schon in dem uralten deutschen Rechtssysteme den scharfen Unterschied zwischen wiederkäuflichen Verkauf und Pfandrechte finden will, so läßt sich nicht wohl begreifen, wie dann dieser Unterschied späterhin, selbst bis ins Mittelalter hin, verloren gewesen seyn könne. Indessen gesteht Eichhorn⁴⁵⁾ doch selbst, daß die Verpfändung unbeweglicher Güter nicht gewöhnlich gewesen, sondern statt derselben Verkauf des Guts auf Wiederlösung (Sagung, Weddeschat) oder Belastung einer Sache mit einer wiederkäuflichen Rente.

Die Ähnlichkeit des altdeutschen Pfandrechts mit der römischen *fiducia* läßt sich freilich nicht verkennen, obgleich auch der Unterschied einleuchtet, welcher darin besteht, daß der deutsche Pfandgläubiger keine Früchte zu verrechnen braucht. Auf allen Fall bleibt aber sehr lächerlich die Meinung von Gundling⁴⁶⁾, daß die Deutschen ihren Pfandcontract der römischen *fiducia* nachgebildet haben, welche sie aus dem *Codex Theodosianus* verbannt hätten, als ob die ausgewanderten Deutschen diesen *Codex*, der selbst für sie nicht galt, sondern nur als persönliches Recht der unterworfenen Römer, ihren zu Hause gebliebenen Stammbrüdern gesandt und diese sich danach in Schaffung neuer Rechtsinstitute gerichtet hätten! —

IV. Ein mit der Reconsolidation verwandtes Institut ist der Retract, das Recht nämlich, welches dem Verkäufer kraft Kaufsbedingung, oder Anderen kraft des Gesetzes zusteht, alsdann, wenn der Käufer die Sache wieder verkauft, der Nächste zum Kaufe zu seyn. Der Retract un-

terscheidet sich vom Wiederkaufsvertrage darin, daß erstlich der Retract erst bei einer vom Käufer vorgenommenen neuen Veräußerung Statt findet, während der Rückkaufsberechtigte zu jeder oder zu der im Vertrage bestimmten Zeit wiederkaufen kann, und zweitens darin, daß der Retrahent ein dingliches Klagrecht gegen den dritten Erwerber hat, so wie sich dann drittens der Unterschied von selbst versteht, daß beim Wiederkaufsvertrage der dabei vereinigte Rück-, oder im Zweifel der Kaufpreis zu erlegen ist, während beim Retract der Preis zu zahlen ist, welchen der dritte Erwerber vereinigt hat.

25.

Bei der bestehenden Untheilbarkeit der Güter konnte kein erblicher Verkauf der zum Gute gehörenden Grundstücke Statt finden, weil eben dadurch das Prinzip der Untheilbarkeit aufgehoben gewesen wäre. Die Veräußerungen waren daher germanische Verpfändungen, das heißt Kauf auf Wiederkauf, weshalb man auch in Westfalen die bei einer Sohlstätte besessenen zu einer anderen Sohlstätte gehörenden, der Einlöse unterworfenen Grundstücke Weddeschatz — welches eben der Ausdruck für die Käufe auf Wiederkauf ist — nannte. Es bedurfte nicht, diesen Wiederkauf ausdrücklich vorzubehalten, er verstand sich bei der bestehenden Untheilbarkeit der Güter ganz von selbst. Aus diesem Prinzip der Untheilbarkeit ergab sich nun ebenfalls ganz von selbst, daß der Gutsbesitzer als solcher die verkauften Grundstücke wieder einlöste, und dies ist denn das Reconsolidationsrecht.

Wir haben es oben im §. 13. gesagt, daß eine Zeit lang auf die Untheilbarkeit nicht ganz streng im Lande gehalten wurde, und dadurch viele neue Höfe entstanden, daß aber die Polizeiordnung von 1723 in Folge des 1663 revidirten Schatzcatasters alle Theilungen verboten habe. Dieselbe Polizeiordnung ward nun auch ganz natürlicher Weise auf das einzige Mittel, die Untheilbarkeit zu erhalten, geführt, auf die Reconsolidation nämlich. Wirklich war diese das einzige Mittel, die Untheilbarkeit zu erhalten; denn Geldbedürfnisse des Landbesizers unmöglich zu

43) Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte Th. I. §. 61.

44) L. Alemann. Tit. 86. cap. 2. L. fris. Ad. app. Tit. 9. Cap. I.

45) Th. II. §. 361. a.

46) Diss. de jure oppignorati territorii.

machen, ist nur der Verfassung des Landes Utopien vorbehalten; mit den Geldbedürfnissen war aber die Veräußerung von selbst gegeben, und sollte also dadurch der Begriff von Gütern nicht aufgehoben werden, so mußten die Veräußerungen bloß wiederkäufliche seyn, der Eohlstättenbesitzer die Möglichkeit behalten, den Abspiß wieder mit der Eohlstätte zu vereinigen. Die Polizeiordnung mußte daher dieses Reconsolidationsrecht (den so wie die Untheilbarkeit bestätigen; sie bestimmt Lit. XXXI §. 16:

„Sollen in diesem Unserm Herzogthum Westfalen
 „keine schätzbare, so bürgerlich als Bauengüter vermit-
 „tels *Alienation, Permutation, Distraction*, noch
 „sonsten einigerley weise, so wol *per Testamentum*, als
 „*Actus inter vivos* von denen Bauern-Höfen nicht ver-
 „spliffen, noch auch von denen Bürgern etwas außer der
 „Bürgerei, oder der Stadt-Feldmark veräußert werden,
 „es seye dann, daß der Käufer *ratione praestationum*
 „*publicarum* der Stadt gnugsame Sicherheit gestellet
 „habe, was aber dem zuwider geschehen, solle von dem
 „Inhabern der Sollstatt, in denen Städten aber von den
 „Bürgern, gegen Erstattung derer dafür gegebenen Kauf-
 „Schillingen sambt erweislichen nutzbahren *Melloramen-*
 „*tis* jederzeit *retrahirt*, und eingelöst werden können.“

Nicht eigentlich ein neues Gesetz war es, was hier gegeben ward, sondern das alte Recht ward bestätigt und eingeschärft, wie dieses überhaupt in den damals üblichen Polizeiordnungen und insbesondere auch in der westfälischen der Fall war. Allerdings möchte es aber nicht an solchen fehlen, welche hier nur ein neues, also erst von Zeit der Verkündung an anwendbares Gesetz sahen, und nach deren ihrer Ansicht wären dann alle frühere Verkäufe auf Wiederkauf unwiderrücklich geworden. Dieß veranlaßte die westfälischen Landstände, auf dem Landtage von 1732 dem Churfürsten Folgendes vorzutragen:

„Haben Eure Churfürstliche Durchlaucht in hiesigem
 „Dero Herzogthumb Westphalen publicirter Polizeiord-
 „nung Lit. 31. §. 16. die gnädigste Fürstväterliche

„Vorsehung thun lassen, daß keine bürgerliche oder
 „Bauern-Güter vermittels *alienation, permutation,*
 „*distraction* oder sonst einigerley weise verspliffen und
 „außer der Bürgerei oder Stadt-Feldmark veräußert wer-
 „den sollen und was denen zuwider geschehen, solche Gü-
 „ther gegen Erstattung dafür gegebenen Kaufschillings auch
 „nutzbahren *Meliorationen* jederzeit *retrahirt* und ein-
 „gelöst werden könnten. Indem aber solches von denen
 „Güthern, welche *post factam publicationem* der Po-
 „liceiordnung versetzt und veräußert werden, von einigen
 „verstanden werden möchte, solches gleichwohl in dem letz-
 „teren in anno 1663 errichteten Schatzcataster viele Ir-
 „rungen und zu vielen Prozessen auch großen Kosten An-
 „laß geben dürfte, als bitten treugehorsamste Landstände un-
 „terthänigst Eure Churfürstliche Durchlaucht, diese gnädigste
 „Verordnung dem Publico zum Besten dahin zu extendiren
 „gnädigst geruhen möchten, daß solche auch von denen Gü-
 „thern, welche *post annum* 1663 veräußert worden, ver-
 „standen seye, und danach verfahren auch allenfalls darüber
 „Streit vorkommen dürfte, eines jeden Befugniß *summario*
 „untersuchet und ohne Verstattung weitwendiger *appellatio-*
 „*nen* darin erkandt auch mit solchen Erkenntniß sich beide
 „Theile genügen lassen sollen.“

Der Kurfürst sprach sich über diesen ständischen Antrag im westfälischen Landtagsabschiede von 1732 (Beilage III.) folgendergestalt aus:

„ad 2dum Thuen Ihre Churfürstl. Durchl. denn auch ver-
 „ordnen, und dero Polizeiordnung angezogenen §. 16. Lit.
 „31. von guter Ordnung und Polizei in denen Städten und
 „Freiheiten, dahin erläutern und *respee* extendiren, daß
 „solcher auch von denen Güthern verstanden werden solle,
 „welche auch vor *publication* besagter Polizeiordnung ab
 „anno 1663 bis anhero veräußert worden; jedoch solcher-
 „gestalt, daß gegenwärtiges *Aestimatum* allenfalls dafür
 „erlegt, auch wann *ratione onorum* gnugsame Sicherheit
 „gestellet, der *re-actus* gar kein Stand haben solle, gleich-
 „wie es besagter *articulus* ohnedem mit sich führet. So viel

„aber die *appellationes* an Ihre eigenen *Dicasteria* be-
 „langt, so sehen Ihre Churfürstliche Durchlaucht nicht, wie
 „sie hierunter gegen die gemeinen Rechten etwas verordnen
 „können.“ —

Dieses sind denn die gesetzlichen Bestimmungen über
 das Reconsolidations-Recht, zu dessen näherer Entwicklung
 wir uns nun wenden. Wir bevormorten hiebei, daß der
 den städtischen Bürgern gegebene Retrakt hier nicht weiter
 zu untersuchen ist, sondern unter Kap. 5. §. 44. Uebri-
 gens erhellt von selbst, daß die den Retrakt gegen Sicher-
 heitsleistungen für die Lasten aufhebende Bestimmung des
 Landtags-Abschiedes sich nur auf die städtischen Grundstücke
 bezieht, indem dort der die gedachte Wirkung der Sicher-
 heitsleistung auf den Retrakt städtischer Grundstücke beschrän-
 kende § der Pol. Ordn. in Bezug genommen worden. —

26.

Das Reconsolidations-Recht ist diesernach das Recht
 des Besizers der Sohlstätte die davon seit 1663
 veräußerten im Schatz-Complexus des Guts
 begriffenen Grundstücke für den Erwerb-, und
 wenn dieser nicht auszumitteln, den gegenwär-
 tigen Schätzungs-Preis und gegen Ersatz der er-
 weislich angelegten Verbesserungen zu jeder
 Zeit wieder einzulösen.

Die Untheilbarkeit der Güter ist nicht um der Schatz-
 Cataster willen eingeführt, vielmehr uraltheutschen Rech-
 tens; und so ist denn auch die Reconsolidation nicht um
 der Schatz-Cataster willen angeordnet, sondern sie ist die
 notwendige Folge der Untheilbarkeit, der somit verbotenen
 definitiven Veräußerung der Guts-Parzellen, sie ist eine
 Anwendung des deutschen Pfandrechts die sich von anderen
 Verkaufs-Geschäften auf Wiederkauf dadurch unterscheidete,
 daß die Sohlstätte, die überhaupt rechtlich Persönlichkeit
 hat, zum Wiederkauf berechtigt ist. Wenn das Jahr der
 Errichtung des Schatz-Catasters, 1663, die Reconsolida-
 tionen bedingt und beschränkt, so liegt der Grund davon

darin, daß nun einmal der Bestand der Güter von 1663
 überhaupt als der unwiderrücklich feststehende angenommen
 ward.

Es gehört somit zum Beweise der Reconsolidations-
 Klage des Sohlstätten-Besizers, daß das fragliche Grund-
 stück zu des Klägers Sohlstätte gehöre, daß es also 1663
 mit unter den Grundstücken gewesen, welche den damaligen
 Bestand des Guts gebildet haben, daß es im Schatz-Cata-
 ster bei das Gut katastrirt worden. Dieser Beweis ist sehr
 schwer, er ist es darum, weil 1663 jedes Gut nur im
 ganzen, im *complexus* mit einer Schatz-Abgabe belegt
 ist, ohne daß die einzelnen Bestandtheile desselben verzeich-
 net worden wären. Vernünftiger Weise hätte nun zwar in
 dem Beweise einer seit 1663 geschehenen Veräußerung von
 selbst der Beweis, daß das Grundstück zu des Veräußerers
 Gute gehört; also 1663 dabei katastrirt worden, solange
 liegen müssen, bis der Erwerber das Gegentheil, die
 Thatsache nämlich, daß das Grundstück nicht zu des Ver-
 äußerers Gute gehört habe, dargethan. Allein die *praxis*
 hielt die Veräußerung zum Beweise der Zugehörlichkeit nicht
 für hinreichend, indem sie den Grundsatz: *compossessio non*
fact pertinentiam, gewiß verkehrt auf dieses Verhält-
 niß anwandte. Dem Kläger blieben also eigentlich nur vier
 Beweis-Mittel übrig:

- 1) Der Beweis, daß seine Sohlstätten-Vorfahren 1663
 das fragliche Grundstück besaßen, allenfalls durch Be-
 weismittel, die einen Besitz kurz vor und einen solchen
 nach 1663 — dessen Zusammenhang also zu vermuthen
 — erschließen ließen.
- 2) Schatz-Repartitionen, die nach 1663 aufgenommen
 worden, und das fragliche Grundstück enthalten. Es
 war nämlich, wenn einzelne Grundstücke von der Sohl-
 stätte abgesplissen waren, üblich, den davon an den
 Sohlstätten-Besizer zu leistenden Steuer-Beitrag (Bei-
 schatz) auf die Weise zu ermitteln, daß das ganze
 Gut unter gerichtlicher Auctorität geschätzt, und der
 Schatz des Ganzen auf die einzelnen Stücke, verhält-

nismäßig vertheilt ward. In solchen Schätzungen lag also der Beweis, daß die darin enthaltenen Grundstücke zu dem Sohlstätten-Complexus gehören.

3) Der Beweis, daß der Besitzer des Grundstückes bisher an die Sohlstätte den Verschlag geleistet habe; denn hierin lag von selbst das Merkmal der Zugehörlichkeit. Häufig war indessen die Schlagsbeigifte unterlassen, weil der Betrag noch nicht durch eine Schlagsrepartition festgestellt, oder keine Aufforderung geschehen war u. s. w. —

4. Ausdrücklicher Vorbehalt der Reconsolidation in der Verkaufs-Urkunde.

Eben wegen der Schwierigkeit dieses Beweises der Zugehörlichkeit waren daher auch die Reconsolidations-Prozesse sehr verwickelt, und nicht selten war es, daß der Kläger, wenn er zum Ende des Rechtsstreits kam, die zur Ausübung des Reconsolidationsrechts bestimmte gewissen Gelder zu Prozeßkosten verwandt hatte. —

Rücksichtlich des Termins von 1663 ist noch eine Streitfrage zu berühren, die sich hierüber im Amte Wilstein erhob. In diesem Amte war nämlich im Jahre 1696 eine Revision des Schlags-Catasters geschehen, welche vorzüglich dadurch veranlaßt war, daß der Erbauer von Adolpshurg, Johann Adolph Freiherr von Fürstenberg mehrere bäuerliche Güter und Grundstücke erworben, und von diesen die Schlags-Pflicht durch Verträge abgelöst hatte. — Manche haben nun behauptet, daß im Amte Wilstein bloß die nach 1696 veräußerten Grundstücke reconsolidirt werden können. Die Ansicht der Gerichte hierüber war schwankend, doch hat zuletzt das Hof-Gericht in der Sache Gerlach gegen Müller angenommen, daß auch für das Amt Wilstein das Jahr 1663 entscheide. Diese Meinung ist auch wohl die richtigere; denn es ist nicht allgemein bewiesen, daß 1696 die seit Errichtung des Schlags-Catasters 1663 von der einen Sohlstätte an den Besitzer der anderen veräußerten Grundstücke der einen Sohlstätte im Schlage zu der anderen abgeschrieben werden. Es scheint ganz zu entschei-

den die allgemeine Fassung des Landtags = Abschiedes von 1732, und wenn man sich aus der obigen Darstellung überzeugt hätte, daß das Schlagscatasterwesen nicht der wesentliche Grund des Reconsolidationsrechts, sondern das Catasterjahr 1663 nur ein Anhaltspunkt gewesen, so möchte kaum noch Zweifel an der vorgetragenen Meinung seyn.

27.

Eine wirkliche Veräußerung von der Sohlstätte muß geschehen seyn, wenn die Reconsolidation statt finden soll. Diese kann nun gemäß der Polizeiordnung durch *Alienation*, *Permutation*, *Distraction* oder sonst einigerlei Weise „sowohl *per testamentum* als *actus inter vivos*“ geschehen seyn, und der Antrag der westfälischen Landstände von 1732 braucht sogar die Worte „versetzet und veräußert“ als hier gleichbedeutend. Hierunter gehören insbesondere auch die früher gebräuchlichen Assignationsurtheile in Concurse, wodurch nämlich jeder Gläubiger für seine Forderung an ein Grundstück angewiesen ward. Diese Art, Concurse zu schlichten, so wie die deutschen Immissionen, sind gar nicht zu erklären ohne die Idee des deutschen Pfandrechts. Hier ist nun die Frage zu untersuchen, was Rechtens sei, wenn eine antichristliche Verpfändung des Grundstücks von einem früheren Sohlstättenbesitzer geschehen?

Es versteht sich von selbst, daß hier von keiner deutschen Verpfändung die Rede ist, denn eben diese ist wesentlich das der Reconsolidation zum Grunde liegende Geschäft; nur von dem eigentlich römischen Pfandrechte kann hier gehandelt werden.

So wie nämlich die Ansichten des römischen *mutuum usuryarium* im Gegensatz des germanischen Creditsystems sich in Deutschland geltend zu machen mußten, gab es auch römische Verpfändungen zur Sicherheit dieser römischen Binsdarlehen. Der Schuldner also blieb Eigenthümer der Sache, der Gläubiger hatte für seine Forderung das Recht der Löse, und der Gläubiger mußte die Früchte auf Zinsen und Capital ver-

rechnen, wenn ihm diese Pflicht nicht ohne Verletzung der Zinswuchergesetze erlassen war.

Der Schuldner konnte nun gegen den Gläubiger nicht die Reconsolidationsklage haben, denn wie mochte er mit dieser Klage etwas verfolgen, dessen Eigenthümer er noch war, woran er nur ein dingliches Recht bestellt hatte? Das dingliche Recht aber war durch die *actio pignoratitia directa* aufzulösen. Allein der Fall ist möglich und nicht ganz selten, daß der spätere Sohlstättenbesitzer und der Schuldner oder dessen Erbe ganz verschiedene Personen sind, was vorzüglich dann eintritt, wenn die Sohlstätte verkauft worden ist, ohne daß man vorher die verpfändeten Grundstücke, etwa weil man keinen Ueberschuß hoffte, zum Verkaufe ausgestellt hätte. Durch einen solchen Verlust der Sohlstätte verlieren weder der Schuldner noch der Gläubiger das Recht, gegen einander mit der *actio pignoratitia directa* und *contraria* zu klagen, denn sie stehen in persönlichen Vertragsverhältnissen, die durch den Sohlstättenbesitz nicht bedingt waren. Welche Rechte hat nun aber der spätere Sohlstättenbesitzer? Daß er in die persönlichen Pfandvertragsverhältnisse nicht eintrete, ist für sich klar. Eben so klar ist es, daß der Pfandgläubiger kein Eigenthümer ist, also auch keine Reconsolidationsklage gegen ihn Statt findet. Nichts desto weniger aber hat der Sohlstättenbesitzer ein Recht zur Reconsolidation, denn das Grundstück ist auf solche Art doch immer von dem Bauernhof versplissen, offenbar gehört dieses Verhältniß unter die Stelle der Polizeiordnung „noch sonst einigerlei Weise.“ Der eigentliche Beklagte ist hier also der Schuldner, welcher Eigenthümer ist; der Reconsolidations-Schilling ist aber nicht der Pfandschilling, denn dies Verhältniß ist dem Sohlstättenbesitzer fremd, sondern der Schatzwerth, wie der Landtagsabschied von 1782 überhaupt durch das Wort „allenfalls“ für die Fälle, wo kein Kaufpreis vorhanden, bestimmt. Der Kläger hat aber dafür zu sorgen, daß aus dem Reconsolidationschilling der Pfandgläubiger befriedigt werde, weil sonst dessen dingliches Recht auf das Grundstück bestehen bleibt. Am rätlichstern wird es daher seyn, gegen Schuldner und Gläubiger zu klagen, gegen den erstern zwar vorzüglich,

gegen den letzteren aber auch in so weit, daß ihm der Pfand-Schilling angeboten und dagegen seine, des Besitzers, Beurtheilung zur Abtretung in Folge der dinglichen Natur des Reconsolidationsrechts gebeten wird.

Uebrigens findet die Reconsolidation dem Gesagten zufolge bei jeder Verspleißung von der Sohlstätte Statt, also auch, wenn der frühere Sohlstättenbesitzer noch zum Gute gehörige Grundstücke behalten hat. Er muß sie dann dem Sohlstättenbesitzer gegen Ersatz des Schatzwerths abtreten. Darum war es denn auch Regel, daß die Sohlstätte nie gerichtlich verkauft wurde, bis alle dazu gehörige Grundstücke verkauft waren; für Fälle, wo gegen diese Regel gehandelt worden, gilt also die vorstehende Beantwortung.

Aus allem diesem ergibt sich nun, daß der Reconsolidant nur die Zubehörlichkeit und des Beklagten Besitz zu beweisen braucht, nicht aber die spezielle Art der Veräußerung, worüber vielmehr der Beklagte seine Urkunden zum Zweck der Bestimmung des Reconsolidationschillings auslegen muß. Denn die Abspießung im allgemeinen begründet mit der Zubehörlichkeit das Reconsolidationsrecht, nach den Worten der Polizeiordnung „noch sonst einigerlei Weise — von denen Bauernhöfen nicht versplissen;“ und in dem Besitze eines Dritten auf eigenen Namen liegt ja die Verspleißung.

28.

Die Reconsolidations-Klage ist auf beiden Seiten dinglich. Sie ist es erstens auf der Seite des Reconsolidanten, denn nicht der Veräußerer als solcher, sondern der Sohlstätten-Besitzer als solcher stellt diese Klage an. Obgleich ursprünglich aus der Ansicht germanischer Verpfändungen entstanden, ist das Reconsolidations-Recht nach der Ausbildung, die es erhalten, doch nur ein im Eigenthum der Sohlstätte enthaltenes Recht. Vermittelt dieser Unterscheidung ist es auch möglich, einen Unterschied zwischen dem Reconsolidations-Rechte aus dem *pactum de retrovendendo* anzunehmen. Es ist nämlich allerdings möglich, daß der Verkäufer sich und seinen Erben das Rückkaufs-Recht vorbehält, er hat alsdann, selbst nach verlornem

Sohlstätte, noch das Rückkaufs-Recht, jedoch nur gegen seinen Contrahenten. Daß aber ein Vorbehalt des Rechts, zur Sohlstätte einzulösen kein *pactum de retrovendendo* sey, ist klar. Wie wichtig alle diese Untersuchungen seyen, wird unten Kap. 4. § 40 erhellen.

Uebrigens würde bei einem solchen *pactum de retrovendendo* das Reconsolidations-Recht nichts desto weniger für den Sohlstätten-Besitzer gegen jeden Besitzer des Grundstücks bestehen, also, sofern der Rückkauf noch nicht ausgeübt ist, dieses R. K. Recht von selbst durch die Reconsolidation wegfallen, und wenn er ausgeübt ist, der Rückkäufer zur Abtretung verbunden seyn.

Dinglich zweitens ist das Reconsolidations-Recht auch auf Seite des Beflagten. Das Reconsolidations-Recht ist auf kein Contracts-Verhältniß gegründet, die Veräußerung ist vielmehr durch den Tit. 31. §. 16. der Pol.-Ordn. eigentlich verboten, dieses Verbot aber nicht mit einer Nichtigkeits-Erklärung, sondern mit Gestattung des Einlösungs-Rechts begleitet. Die Erwerbung wird also als unter dem gesetzlichen Vorbehalt der Einlösung geschehen betrachtet, und darum muß sich auch jeder dritte Besitzer die Ausübung des gedachten Rechts gefallen lassen. Also auch bei weiteren Veräußerungen findet gegen die neuen Erwerber die Reconsolidations-Klage Statt, und es wird nur auf den ersten, nicht auf die folgenden Kaufpreise gesehen. Beim *Retracte ex jure congrui* (Gespiße-Recht) entscheidet immer der letzte Kaufpreis, weil überhaupt der *Retract* nur bei einer neuen Veräußerung in der Regel Statt findet; und damit wäre dann auch der Unterschied zwischen Reconsolidations-Recht und *Retract* bezeichnet.

29.

Der Preis, welchen der Reconsolidant zu zahlen hat, ist gemäß der Pol.-Ordn. „die dafür gegebenen Kauffchillinge sammt erweislichen nutzbaren *Meliamentis*.“ Wenn dieser Kaufschilling aber nicht zu ermitteln ist, so bleibt nichts übrig, als den Werth zu schätzen. Hierbei könnte nun die Frage aufgeworfen werden, ob der zur Zeit der Veräußerung — sofern

diese zu erweisen — bestandene laufende Preis, oder der jetzt bei der Reconsolidation vorhandene Werth zu schätzen sey. Dieser ist immer der zur Zeit der Reconsolidations-Ausübung bestandene Werth geschätzt worden, und es ist hierüber wirklich kein Streit gewesen; nur in der noch schwebenden Reconsolidations-Sache Schürholz gegen Frhr. von Fürstenberg soll der Grundsatz aufgestellt worden seyn, daß der zur Zeit der Veräußerung bestandene noch auszumittelnde Werth geschätzt werden solle. Für beide Meinungen lassen sich wichtige Gründe anführen, und zwar:

- 1) Für die Meinung, daß der bei der Veräußerung Statt gefundene laufende Werth zum Grunde zu legen, läßt sich sagen, daß ja der Schätzwert ein Surrogat des Kaufschillings seyn solle, wobei man davon ausgehe, daß der Käufer um den laufenden Preis gekauft haben werde, daß also auch nur der damals bestandene, nicht ein ungewisser zukünftiger laufender Preis von dem Contrahenten berücksichtigt werden, und als der vermuthliche Kaufpreis zu betrachten.
- 2) Für die entgegenge setzte Meinung möchte etwa folgendes gesagt werden: Der wirkliche Kaufpreis ist nun einmal ungewiß, er kann eben so hoch über als tief unter dem laufenden Preise gewesen seyn. Der Erwerber darf hierunter nicht leiden, da er durch das Geschäft auch ohne Benennung des Kaufpreises ein vollkommenes Recht erwarb, 47) und des Sohlstätten-Besizers Sorge war, für Constatirung des Kaufpreises zu sorgen, ihm folglich auch nur die hierin begangene Nachlässigkeit schaden kann. Die Reconsolidation mag nun freilich dennoch geschehen, aber sie geschieht erst jetzt, und es muß hier, wie alleinthalben, wo eine Sache um einen unbestimmten Preis abgetreten wer-

47) Keinem Kenner älterer Urkunden ist es unbekannt, daß die alten Kaufbriefe häufig, sogar gewöhnlich die Kaufsumme auslassen, sich mit der Formel begnügen, „um eine sichere bezahlte Summe.“ Diese Formel hatte vorzüglich den Vortheil, in der Zukunft Verleugungs-Klagen vorzubeugen.

den soll, Schätzung eintreten, nach dem Werthe, der besteht zu der Zeit, wo die Abtretung geschieht oder wenigstens verlangt wird; früher war die Reconsolidation bloß entfernt möglich.

Die gesetzliche Entscheidung stimmt aber für die letztere Meinung, denn der Landtags-Abschied von 1732 sagt „solcher-gestalt, daß gegenwärtiges *Aestimatum* allenfalls ⁴⁸⁾ dafür erlegt werden solle,“ freilich ist dieses zunächst nur für die Veräußerungen von der Polizei-Ordnung bestimmt, allein der Grund ist doch allgemein. —

50.

Wir werden nun noch einige in gegenwärtige Lehre einschlagende Fragen zu erörtern haben.

1) Ist das Reconsolidations-Recht auch verjährbar? Antwort: Nein, denn die Polizei-Ordnung sagt ausdrücklich, daß die Reconsolidation „jederzeit“ geschehen könne. Nach gemeinem Rechte ist diese Frage bei dem verwandten Rückkaufs-Rechte sehr streitig. ⁴⁹⁾ Da die Verjährung nach dem Westfälischen Rechte hier ganz wegfällt, so wird selbst von da an, wo die Einlösungs-Befugniß ein *actus merae facultatis* zu seyn aufgehört hat, wo nämlich der Besitzer die außergerichtlich geforderte Reconsolidation ausdrücklich geweigert hat, keine Verjährung zu laufen anfangen können. Die *praescriptio instantiae* findet dagegen allerdings Statt, denn diese ist keine eigentliche Verjährung des Rechts, sondern benimmt nur die Möglichkeit, einen Prozeß fortzusetzen und ein neuer Prozeß darf nicht angefangen werden, da schon einer über dieselbe Frage erhoben worden.

48) Dieses Wörtchen „allenfalls“ läßt folgern, daß für die von der Polizei-Ordnung bis 1663 geschehenen Veräußerungen auch der wirkliche Kaufschilling entscheide, und erst, wenn solcher nicht auszumitteln, es zur Schätzung komme. So hat man bisher auch immer angenommen.

49) S. Glük & Bd. 16. S. 993.

- 2) Kann der Verkäufer auf das Reconsolidationsrecht verzichten? Antwort: Nein; denn es ist aus Staatsrücksichten gegeben, und gegen prohibitive Gesetze eingegangene Verträge sind nichtig ⁵⁰⁾. Auch das zur Umgehung dieser Vorschrift vom Verkäufer gethane Bekenntniß, daß das Grundstück nicht zu seiner Sohlstätte gehöre, daß gar das jetzige Geschäft eine Reconsolidation des Käufers bei seine Sohlstätte sei, ist unwirksam, wenn sonst der gehörige Beweis der Reconsolidation geliefert wird. Dagegen möchte ein Versprechen, nur nach einer bestimmten Zeit — allenfalls erst nach einmal geschehener Benutzung eines Walbes — reconsolidiren zu wollen; eine *exceptio* gegen den Verkäufer und seine Erben, keineswegs aber gegen einen singularen Sohlstättenerwerber geben, jedoch auch hier die aus einer unmaßigen Zeit ersichtliche Absicht, das Reconsolidationsrecht zu vereiteln, den Zweck nicht erreichen dürfen, was der näheren Beurtheilung des Richters zu überlassen.
- 3) Es versteht sich von selbst, daß der mit der Reconsolidationsklage belangte Eigenthümer die gezogenen Früchte nicht zu ersetzen braucht, sollte er dadurch auch weit mehr als die Zinsen des Kaufschillings gezogen haben. Aber auf der anderen Seite entstand hier häufig die Frage, ob bei Waldungen, die nur von Zeit zu Zeit benützt werden, der Eigenthümer, wenn kurz vor der Benutzungszeit die Reconsolidation angemeldet ward, nicht erst noch diese Benutzung ziehen dürfe, ehe er den Wald abtrete. Ist hatte ein Käufer den Wald holzleer erhalten, 15 Jahre lang die Lasten getragen, die Zinsen seines Capitals so lange entbehrt, und nun sollte er auf einmal den Wald gegen den bloßen Ersatz des Kaufpreises, ohne ihn einmal benützt zu haben, abtreten. Dies würde im höchsten Grade unbillig seyn, und das Gesetz hatte an einen solchen Fall nicht gedacht. In Sachen Wolpert gegen Heinemann wurde daher dem Käufer erst die einmalige Waldb-

50) L. 5. C. de legibus (1, 14).

Benutzung erlaubt. Nach dem strengen Rechte läßt sich aber freilich nicht einsehen, wie der Käufer verlangen könne, nach der Abtretung noch Früchte zu beziehen, zumal nach dem Gesetze die Einlösung „jederzeit“ geschehen kann. Am richtigsten wird man vielleicht, die Billigkeit mit dem Rechte vereinernd, urtheilen, wenn man den durch Nichtbenutzung hervorgerufenen Zustand des Waldes im Verhältniß zu dessen Zustande bei der Erwerbung, als ein *Memoramentum* betrachtet, und also wegen der biehier entbehrten Benutzung dem Käufer das Interesse ersetzen läßt. Indessen hat die Sache immer ihre großen Schwierigkeiten, besonders bei dem verschiedenen Benutzungs-Turnus der Waldungen.

- 4) Man könnte fragen, in welchem Verhältnisse die Reconsolidation zu dem Rechtsmittel *ex L. 2. de rescind. emt. v. d.* stehe, man möchte nämlich zu behaupten versucht werden, daß ein unter der Herrschaft eines die Reconsolidation gestattenden Gesetzes geschlossener Kaufvertrag darum rechtlich nicht als verlezend betrachtet werden könne, da es dem Verkäufer ja jeden Augenblick freistehet, die Sache gegen Ersatz des Kaufschillings wieder an sich zu nehmen, der Käufer also kein unwiderrussliches Eigenthum erworben. Diese Ansicht würde sehr wichtig seyn, denn aus ihr würde folgen, daß bei jetzt aufgehobenem Reconsolidationsrechte eine durch den Kauf nicht erwachte Verlezungsklage nicht aufgelebt haben könne. Allein die gedachte Ansicht wird sich nach strengen Rechtsbegriffen schwerlich vertheidigen lassen. Die Reconsolidation ist ein in jeder Beziehung dingliches Recht, Käufer und Verkäufer sind nicht als solche verbunden und berechtigt, sie auszuüben und ausüben zu lassen, sondern nur weil und so lange sie Besitzer der Sohlstätte und des ausgesplissenen Grundstückes sind. Beide Rechtsmittel haben verschiedenen Grund — das eine die Verlezung, das andere die Zubehörlichkeit, — und auch verschiedenen Erfolg, indem ja der *laedens* die Wahl hat, die Verlezung auf andere Weise, als durch Rückgabe der Sache, auszugleichen u. s. w. —

Nimmt man aber die Unabhängigkeit der Verlezungsklage von der Reconsolidation an, so muß man sich auch den Fall als möglich denken, daß der Verkäufer nach verlorrenem Sohlstättenbesitz die Verlezungsklage gegen den Käufer anstellt und durch den Erfolg dieser Klage ein neuer Kaufpreis festgestellt wird, den der bereinstigige Reconsolidant allerdings anerkennen muß. Wollten wir hier noch tiefer in der Casuistik grundloses Meer eingehen, so würden wir fragen, ob auch dann der Reconsolidant diesen neuen Preis anerkennen müsse, wenn er durch Vergleich über die Verlezung festgestellt worden. —

- 5) Folgender Fall ist zur Sprache gekommen. Der Besitzer des Abpliffes hatte dieses Grundstück einem anderen verpfändet; mit dem Sohlstättenbesitzer kam er über die Reconsolidation in Rechtsstreit, und wurde endlich zur Gestattung der Reconsolidation und zum Kostenersatz verurtheilt. Jetzt wollte der Reconsolidant seine Kosten — oder sonstige Forderungen von dem Reconsolidationschilling abziehen; der Pfandgläubiger intervenirte aber und verlangte das Vorrecht auf diesen Reconsolidationschilling für seine Forderung. Der Kläger entgegnete, daß er, in so weit Schuldner und Gläubiger, compensire, welche Compensation ja nach den Gesetzen *ipso jure* eintrete, und daß daher der Pfandgläubiger nur das Uebrigbleibende für sich fordern könne. Mit Rechte ward aber dagegen erinnert, daß der Reconsolidant kein Gläubiger des Reconsolidanten sei, sondern Eigenthümer, der seine Sache gültig verpfändet habe, daß dieses Pfandrecht auch auf dem Reconsolidationschilling als Surrogat der Sache ruhe, eine Compensation zwischen Reconsolidant und Reconsolidant somit und um so mehr undenkbar sei, da selbst bei wirklichen Forderungsverhältnissen die Compensation einer verpfändeten Forderung zum Nachtheil des Pfandgläubigers nicht geschehen könne. Nach diesen Ansichten ward kürzlich vom Justizamt Bilslein in Sachen Hßer gegen Schäfer erkannt.

Dieses ist also das im Herzogthum Westfalen bestandene Reconsolidationsrecht, ein in der That höchst merkwürdiges Recht. Es wurden dadurch die Bauernhöfe erhalten. Die Grundstücke flogen ab und zu; so lange der Bauer seine Sohlstätte noch hatte, konnte er die Abspässe wieder erwerben. Was die Grundstücke bei diesen widerrufflichen Verkäufen im Preise niedriger zu stehen kommen, wuchs dem Werthe der Sohlstätte zu, war also im ganzen unverloren. — In der mosaïschen Staatsverfassung wurde der Zweck, die Ackerhöfe zu erhalten, auf eine andere Weise zu erreichen gesucht. Durch die Institution des Halljahrs ward nämlich bewirkt, daß alle 50 Jahre die Ackerhöfe wieder beisammen waren, daß also nur Pfandverträge bis zum Halljahre geschlossen werden konnten. Man wird bei den verschiedenen Völkern, welche auf Landeigenthum ihre Verfassungen gegründet haben, ähnliche Institutionen finden.

Viertes Kapitel.

Von der Theilbarkeit der Güter nach der neuen Gesetzgebung.

Die hessische Gesetzgebung setzte es sich zur Aufgabe, den Kindern und Geschwistern des Landmanns zur Erwerbung eines eigenen Agricultur-Etablissements mehr Gelegenheit zu verschaffen, als bei der bestehenden Untheilbarkeit vorhanden war, überhaupt die Cultur des Landes zu heben. Daher ward denn bei Gelegenheit der Gemeindertheilungs-Berordnung vom 9ten Juli 1808 durch den siebenten Abschnitt derselben die Untheilbarkeit der Bauerngüter beschränkt. Es ward nämlich

- 1) einem jeden Besitzer eines Hofes oder Kottens erlaubt, denselben mit Vorwissen des Gutsherrn und Bewilligung der Regierung in mehrere Agricultur-Etablissements unter zwei oder mehrere seiner Kinder zu vertheilen. (§. 147.)

Es versteht sich von selbst, daß, wo kein Gutsherr vorhanden, es auch nicht das Vorwissen eines solchen bedürfe. Das Gesetz fand in der Wirklichkeit auf Colonat- wie auf Erbgüter Anwendung, und mit Rechte, da es zwar der Widersprüche der Gutsherrn als zu überwindender Hindernisse gedenkt, aber keineswegs die gesetzliche Sanction auf Erbgüter beschränkt, was auch bei der vorliegenden Gleichheit des Grundes nicht füglich geschehen konnte. War dem Gesetzgeber die Theilbarkeit eine so wichtige Angelegenheit, daß er selbst den Widerspruch des Gutsherrn dagegen unkräftig seyn läßt, wie vielmehr wird er selbe wollen, wo dieses Hinderniß nicht zu überwinden ist? — Die weiteren gesetzlichen Bestimmungen über Vertheilung von Colonatgütern können hier übrigens noch nicht zur Darstellung kommen.

- 2) Ist unter den Kindern eins vorhanden, welchem nach der bisherigen Einrichtung ein auf rechtsgültigen Normen beruhendes, weder vom Willen des Gutsherrn noch der Eltern abhängendes Anerbenrecht am unzertrennten Gut-Complexus unbezweifelt würde zugestanden haben, so hat der Anerbe das Recht, unter den durch die Theilung entstehenden Etablissements zu wählen. Er hat aber nicht die Befugniß, der Theilung selbst zu widersprechen oder vorzuschreiben, wie sie geschehen solle. (§. 148.) Bei Erbgütern läßt sich ein solches Anerbenrecht nicht denken, es seye denn, daß man das durch Einbestattung erworbene Successionsrecht hierin rechnen wollte. Bei Majoraten oder Minoraten der Leibeigenthumsgüter ist aber die gedachte Bestimmung völlig anwendbar.
- 3) Auch der Anerbe hat das Recht, zum Vortheil eines oder mehrerer seiner Geschwister, mit Vorwissen des Gutsherrn und Bewilligung der Regierung die Theilung des Hofes in kleinere Etablissements vorzunehmen. Ist ihm aber der Hof noch nicht angefallen, so geschieht die Ausführung einer Theilung erst alsdann, wenn die Nachfolge wirklich eröffnet ist (§. 149.) — Früher war bekanntlich die Theilung unbedingt verboten.

4) Wider den Willen des Auerben kann auf Anrufen eines oder mehrerer seiner Geschwister und zum Vortheil derselben die Vertheilung des Guts in mehrere Etablissements; mit Vorwissen des Gutsherrn, auf das Gutachten der Regierung, vom geheimen Ministerium unter der Bedingung gestattet werden, daß

- a. dem Auerben die Sohlstätte und dabei so viel an Grundstücken belassen werde, daß er durch den Ackerbau auf dem ihm bleibenden Gut vier Pferde nützlich beschäftigen kann;
- b. daß diese Provokation eines oder mehrerer Geschwister binnen einem Jahr, von dem Zeitpunkt an zu rechnen, wo dem Auerben der Hof wirklich angefallen ist, bei der Regierung eingebracht werde. —

Diese Vorschrift des §. 150. ist sichtlich eine Kränkung erworbener Rechte, verordnet aus staatsnationalwirtschaftlichen Rücksichten. Es ist dabei durchaus unbestimmt geblieben, welche Rechte die Geschwister eigentlich haben sollen, wie sich ihre Kindtheilsforderung, besonders vom übrigen Vermögen, zu dieser Theilung verhalte, wie es mit den Schulden zu halten, ob Testamente des Erblassers nicht gegen das Gesetz gelten u. s. w.

5) Das geheime Ministerium und die Regierung werden die Erlaubniß zur Theilung der Bauerngüter nur dann ertheilen, wenn ausgemittelt ist, daß derjenige, zu dessen Vortheil sie ertheilt werden soll, sich im Stande befinde, die allenfalls erforderlichen Gebäude zu errichten und die Auslagen zu bestreiten, die zur Errichtung einer dem Etablissement angemessenen Landwirtschaft nöthig sind. Es hängt überdies vom pflichtmäßigen Ermessen dieser Behörden ab, diese Erlaubniß zu versagen, wenn wegen Geringfügigkeit der zur Gründung eines neuen Etablissements bestimmten Grundstücke, oder anderer Lokalverhältnisse, die Theilung eines Guts keine nachhaltigen Vortheile für das Publikum versprechen sollte. (§. 154.) Daher wird denn im §. 155. 156. die Weise angegeben wie die Regierung die vorliegenden Verhältnisse erfahren

solle. Die Theilung selbst geschieht unter Leitung des Bezirksbeamten (§. 158. 159. 160.) und wird von der Regierung bestätigt (§. 161.)

6) Das neue Etablissement wird wieder ein geschlossenes Gut, von dem alles das gilt, was oben im ersten und zweiten Kapitel dargestellt worden. Das Gesetz sagt zwar nur §. 151., daß die aus einem getheilten Bauerngut entstehenden kleinern Güter in dem nämlichen gutherrlichen Nexus (mit Aufhebung jedoch der Eigenbehörigkeit und Hofhörigkeit §. 152.) bleiben, in welchem das ungetheilte Gut sich befunden, allein da in dem System der geschlossenen Güter keine anderen Abänderungen, als die das Gesetz ausdrücklich bestimmt, getroffen sind, so muß die Sazung des §. 151. analogisch auch auf die Erbgüter angewandt werden. Es sollte ja überhaupt kein Gut anders, als unter den Bedingungen der vorliegenden Verordnung, getheilt werden können, also auch die neuen Güter nicht. —

Hier läßt sich nun die Frage aufwerfen, welchen Einfluß dieses neue Gesetz auf das Reconsolidationsrecht habe. Es scheint keinem Zweifel unterworfen, daß rücksichtlich der vor der Theilung veräußert gewesenen Grundstücke das Reconsolidationsrecht als dingliches Recht demjenigen zustehet, dem die Sohlstätte zugefallen. Schwieriger möchte die Frage seyn, ob die Besizer der neuen Agricultur-Etablissements auch wegen der von ihnen in Zukunft veräußerten Grundstücke ein Reconsolidationsrecht haben. Nach der Ausbildung, die das Reconsolidationsrecht durch die Polizeiordnung von 1723 und den Landtagsabschied von 1732 erhalten, würde hier nur dann ein Reconsolidationsrecht erkannt werden können, wenn der Staat den neuen Etablissements eine Schazung vom *Complexus* aufgelegt hätte, und also die Grundstücke zur neuen Sohlstätte schazzubehörlich geworden wären. Dieses läßt sich denn auch aus den §. 155. Tit. 6. §. 156. 158. der Verordnung als beabsichtigt entnehmen, obgleich es nicht bestimmt gesagt worden, daß die neuen Güter im Verhältniß zum Staat neue schazbare Höfe werden, oder ob sie nicht vielmehr bloß dem

alten Sohlstättenbesitzer den übernommenen Schakantheil jedesmal beigeben sollen. Ehe sich die Gesetzgebung hierüber bestimmter aussprach, erfolgten neuere Gesetze, die das bisherige Steuersystem, so wie das Reconsolidationsrecht aufhoben. So viel war übrigens ganz gewiß, daß der Besitzer der alten Sohlstätte die in Folge jenes Gesetzes abgezweigten Etablissements nicht reconsolidiren konnte, denn grade darum, weil das Gesetz diese Theilung erlaubte, fiel in so weit die verbietende Vorschrift der Polizeiordnung fort. —

Das Gesetz galt zu kurze Zeit, als daß es bedeutenden Einfluß auf die Gestalt der ländlichen Verhältnisse hätte gewinnen können. Den Anträgen der Eltern um Theilung ihres Guts in mehrere Agricultur-Etablissements lag gewöhnlich nur die Absicht zum Grunde, durch Einrichtung solcher Etablissements für die nachgeborenen Söhne diese von der heftigen Conscription zu befreien, indem Güterbesitzer überhaupt befreit waren. —

33.

Am 5. Nov. 1809 erfolgte nun die sogenannte westfälische Colonatverordnung, verkündet durch die Zeitung vom 16. Nov., gesetzkräftig somit ⁵¹⁾ am 1. Dez. Der Gesetzgeber bevormortet hier wie er sich überzeugt habe, daß die im Herzogthum Westfalen noch fortbestehende Untheilbarkeit der Güter, Colonat- und Leibeigenschaftsverhältnisse der Bevölkerung, Cultur und Industrie dieser Provinz äußerst hinderlich seyen, und er findet sich daher aus landesväterlicher Sorgfalt für die Wohlfahrt der anvertrauten Unterthanen bewogen, unter anderen auch folgenden zu verordnen:

- I. „Leibeigenschafts- und Colonatverhältnisse sind aufgehoben (§. 1.),“ wovon wir indessen das Umständlichere im dritten Buche zu sagen haben.
- II. „Die bisherige in dem Colonatnerus gegründete Untheilbarkeit der Güter, nach welcher dieselben nur immer an Einen Anerben unzertrennt vererbt oder übertragen

worden sind, so wie das darauf sich gründende Reconsolidationsrecht, vermöge dessen der Besitzer der Sohlstätte einzeln veräußerte Gutsparcellen zu jeder Zeit wieder einlösen konnte, ist ebenfalls von jetzt an wieder aufgehoben.“ (§. 2.)

III. „Alle vorbenannte bisher geschlossene Güter, Colonieen und Kotten, sind von jetzt an vererblich nach dem gemeinen Rechte, und unbeschränkt theilbar.“ (§. 4.)

IV. „In dem erst eintretenden Erbfolgefälle sind jedoch alle jetzt bereits abgestorbene und ausgestattete Kinder und Geschwister ohne Ausnahme von der Erbfolge ausgeschlossen.“ (§. 5.)

V. „Alle bisher auf geschlossenen Gütern willkürliche jährliche — oder auch bestimmte — doch nur in gewissen Perioden und Fällen geleistete Abgaben und Lasten (ausgeschlossen des Naturalzehntens u. s. w.) sollen in jährliche bestimmte Grundrenten verwandelt, und auf die zu theilende Parcellen dergestalt radicirt werden, daß nach gescheneher Repartition jedes einzelne Parcell und sein künftiger Eigenthümer nur für die darauf gelegte besondere Grundrente, ohne Rückgriff auf das ehemalige Ganze oder auf die übrigen Parzellen, haftbar bleiben solle.“ (§. 9.)

VI. „Alle sowohl auf Colonieen als anderen Grundgütern haftende Gefälle und Grundrenten in Geld, Frucht oder sonstigen Prästationen (mit einstweiliger Ausnahme des Naturalzehntens u. s. w.) werden hierdurch loskäuflich erklärt; sie mögen bishero an den Leib- oder Gutsherrn, oder sonst immer wohin, entrichtet worden seyn.“ (§. 20.)

VII. „Die auf einem geschlossenen Gute haftende untheilbare Gerechtsame und Servituten werden bis zu deren Loskaufung von den Erbinteressenten nach Verhältniß ihres Erbtheils gemeinschaftlich genutzt und resp. getragen.“ (§. 27.)

VIII. „Damit übrigens bei nunmehriger Theilbarkeit der Güter in künftigen Theilungsfällen zweckmäßig verfahren, und sowohl die nöthigen staatswirthschaftlichen als privat-

51) In Gemäßheit der Verordnung vom 20 Juni 1808.

rechtlichen Rücksichten beobachtet werden mögen, so tragen Wir Unserer westphälischen Regierung hierdurch auf, die erforderlichen Theilungsbehörden in den Ämtern unverzüglich anzuordnen, und dieselben mit den gehörigen Instruktionen zu versehen." (§. 28.)

IX. „Schließlich heben Wir jene Bestimmungen, welche im 7ten Abschnitte Unserer vom 9. Juli 1808 erlassenen Gemeinheitstheilungs-Ordnung enthalten sind, jedoch nur in soweit hierdurch wieder auf, als sie durch gegenwärtige Verfügungen und durch die Theilbarkeit der Güter entweder verändert, oder ganz unzulässig geworden sind." (§. 29.)

In Folge dieses Gesetzes ward die unbeschränkte Theilbarkeit der Erbgüter, so wie die unbedingte Aufhebung des Reconsolidationsrechts im Lande angenommen, und die Gerichte erkannten danach. An eine noch fortbestehende Anwendbarkeit der Verordnung vom 9. Juli 1808, Abschnitt 7., ward nicht gedacht, und es läßt sich auch in der That nicht einsehen, wie irgend etwas davon noch hätte anwendbar seyn können, sobald durch das neue Gesetz die Güter vererblich nach dem gemeinen Rechte, und unbeschränkt theilbar wurden.

34.

Inzwischen wurden am 9. Febr. 1811 zwei neue Gesetze vom Großherzog und zwar für das ganze Großherzogthum gegeben. Das erste handelte von der Vertheilung einzelner Grundstücke und Gebäude, und enthielt hierüber I. Vorschriften in Hinsicht des Zins- und Pachtberechtigten, die uns hier vor der Hand nicht angehen. Es wurden aber auch II. Vorschriften gegeben in polizeilicher Hinsicht, und zwar

- 1) im allgemeinen bewirken die Eigenthümer die Theilung. (§. 10.)
- 2) Vertheilungen der einzelnen Grundstücke dürfen nicht Statt haben, es habe denn derjenige, welcher sie zu bewirken wünscht, mit dem Ortsfeldgerichte sorgfältig überlegt und berathen, ob nicht die Verstückelung sowohl zu seinem Privat-, als auch zum allgemeinen Wohle vermie-

den, und ob, vorzüglich bei Erbvertheilungen, die Auseinandersetzung nicht besser, ohne Verstückelung einzelner Grundstücke, durch ganze Stücke und allenfalls durch Herauszahlung geringer Geldsummen, bewirkt werden könne. Findet das Feldgericht die Verstückelung rathlich oder nothwendig, oder wird auch nur nach gepflogener Berathung von Seiten des Eigenthümers auf der Verstückelung bestanden, so hat er ferner mit dem Feldgerichte zu überlegen, auf welche Weise solche am vortheilhaftesten bewirkt werden könne, ob nämlich besser gespalten oder getrumpt werde. Das Feldgericht kann indessen auch hier bloß seine gute Meinung äußern, ohne wider den festbleibenden Willen des Eigenthümers etwas zu vermögen. Auch bei der Vertheilung von Hofraithen soll mit dem Gerichte zu Rathe gegangen werden, ohne daß es auch hier indessen eine entscheidende Stimme hätte. (§. 11. 12. 13. 14.)

3) Zur Vertheilung der Gebäude muß jedenfalls um die Erlaubniß nachgesucht werden. Soll jeder Theil ganz für sich, mit Einschluß der Feuerungsanstalten abgesondert werden, so kann der Beamte, im entgegengesetzten Falle aber nur die Regierung die Erlaubniß erteilen, welche dieselbe nur in ganz besonders dringenden Fällen geben wird (§. 15.)

4) Zur Vertheilung von Waldungen ist die Erlaubniß des Oberforstcollegs nöthig. (§. 16.) —

35.

Das zweite Gesetz von demselben 9. Febr. 1811 wendet die westfälische Colonatverordnung auf den ganzen Staat an — worüber §. 7. der gegenwärtigen Schrift zu vergleichen —, bemerkt nun aber weiter, daß, da in mehreren Theilen des Staats die Güter geschlossen gehalten werden, ohne daß daselbst die Colonats- und Leibeigenschaftsverhältnisse, wie in Westfalen, Statt haben, so werde für nöthig gefunden, in Hinsicht der künftigen Theilbarkeit der Güter dieser Art, für die gesammten Lande eine Verordnung zu erlassen. Der hier erhebliche Inhalt der Verordnung ist nun:

- I. Sämmtliche bisher gebunden gehaltene eigenthümliche Güter, die nur im Ganzen veräußert werden, oder nur an Einen Erben ungetheilt übergehen konnten, können von jetzt an von den Eigenthümern unter den Bedingungen des gegenwärtigen Gesetzes vertheilt werden. (§. 2.)
- II. Wenn auf den gedachten Gütern außer den Steuern keine besondere Grundlasten ruhen, so kann die Vertheilung ohne weiteres von den Eigenthümern vorgenommen werden. (§. 3.) Hafteten aber solche Lasten darauf, so müssen diese, wenn die Vertheilung des Gutes von dem Eigenthümer soll bewirkt werden können, sämmtliche ständige — oder in Folge des Gesetzes §. 4—11. zuvor in ständige verwandele — Grundlasten entweder mit 25 gegen 1 abgekauft werden, wobei die Naturalien nach einem Durchschnitt aus den letzten zehnjährigen Marktpreisen in Geld anzuschlagen sind, oder wenn der Eigenthümer diese Ablösung noch nicht vornehmen will, so müssen sämmtliche ständige Abgaben auf einzelne, zu dem Gute gehörige Stücke verunterpfändet werden, und zwar kann der Berechtigte einen dreifachen Werth des Pfandes verlangen. (§. 12. ff.)
- III. Diese Vorschriften sich jedoch nur darauf, daß mehrere ganze Gutsstücke an verschiedene Besitzer übergehen können, indem die Vertheilung einzelner zu einem geschlossenen Gute gehöriger Grundstücke und Gebäude nur nach der wegen der Verstückelung einzelner Grundstücke und Gebäude überhaupt ergangenen allgemeinen Verordnung bewirkt werden kann. (§. 20.) Waldungen insbesondere können nur alsdann bei der Gutsvertheilung mitvertheilt werden, wenn sie verschiedene von einander gänzlich abgeforderte Waldstücke ausmachen. (§. 21.)

36.

Es entstanden nun Zweifel darüber, wie sich diese beiden Verordnungen vom 9. Febr. 1811 zu den Satzungen der Colonatverordnung vom 5. Nov. 1809 für das Herzogthum Westfalen verhalten. Dieser Zweifel war besonders wegen der im §. 12. der zweiten Verordnung vom 9. Febr. 1811 ent-

haltenen Bedingung der Theilbarkeit durch Ablösung oder Radizierung der Lasten auf ein einzelnes Grundstück, ferner durch den dort aufgestellten Grundsatz einer Preisausmittlung nach zehnjährigen Marktpreisen veranlaßt. Die am 18. Aug. 1813 erlassene Erläuterung der westfälischen Colonatverordnung bestimmt daher im §. 9. folgendes:

„Da mehrere Anstände darüber erhoben worden sind, wiefern die mehrerwähnte, für das Herzogthum Westfalen gegebene, Verordnung vom 5. Nov. 1809 durch die Verordnungen Unserer spätern für das ganze Großherzogthum Hessen am 9. Febr. 1811 erlassenen, Verordnung abgeändert, oder aufgehoben worden seye, so verordnen Wir hierdurch gnädigst, daß die erst erwähnte Verordnung vom 5. Nov. 1809 nach ihrem ganzen Inhalt in Unserm Herzogthum Westfalen ihre gesetzliche Kraft behalten, und daran durch die gedachte spätere Verordnung nichts abgeändert seyn solle. Jedoch soll gleichwohl diese jüngere Verordnung in jenen Punkten, worin sie mit den Worten und dem Geiste der frühern Verordnung vom 5. Nov. 1809 im Widerspruch steht, auch im Herzogthum Westfalen ihre Anwendung finden, dergestalt aber, daß erst dann auf die Verordnung vom 9. Febr. 1811 zu recurriren ist, wenn ein Fall sich weder aus den Worten, noch aus dem Geiste der erstern, entscheiden läßt.“

Diese Erläuterung hat dann die Folge gehabt, daß im Herzogthum Westfalen an die gedachten hessischen Verordnungen vom 9. Febr. 1811, als anwendbare, Niemand gedacht hat, viele nicht einmal mehr deren Daseyn wissen.

Neuere Gesetze sind nicht erschienen. Das königliche Gesetz vom 25. Sept. 1820 enthält keine Abänderung, sondern vielmehr im §. 1, eine Bestätigung der bisherigen Gesetzgebung.

37.

Die bisherigen Darstellungen haben nur dazu dienen können, die Beantwortung der Frage vorzubereiten:

Ist die Untheilbarkeit der Erbgüter und das Reconsolidationsrecht schon durch die Verordnung

vom 5. Nov. 1809 oder erst durch die Verordnung vom 9. Febr. 1811 aufgehoben worden?

Wir haben schon oben gesagt, daß man im Lande mit Erscheinung der Verordnung vom 5. Nov. 1809 die Untheilbarkeit der Erbgüter und die Reconsolidation überhaupt als aufgehoben betrachtet habe. Indessen ist eine solche *praxis* doch noch zu jung, als daß sie gegen ein bestehendes Gesetz gelten könnte, wenn man auch nicht mit Haus⁵²⁾ dem Gerichtsgebrauch überhaupt alle Geltung absprechen wollte. Wirklich stellen aber auch gegenwärtig mehrere angesehene Rechtsgelehrte des Landes die Behauptung auf, daß erst die Verordnung vom 9. Febr. 1811 die Untheilbarkeit der Erbgüter aufgehoben habe. Diese Ansicht, wenn sie die richtige wäre, würde von den eingreifendsten Folgen seyn, sie würde, um das wichtigste zu erwähnen, für alle Erbfälle vom 1. Dec. 1809 bis 1. März 1811 (Geltungsanfang der in der Zeitung vom 14. Febr. 1811 verkündeten Verordnung vom 9. dess.) noch die Vererbung auf den ältesten Sohn fortbestehen lassen, während bisher vom 1. Dec. 1809 an die Vererbung nach gemeinem Recht angenommen ward. Es mögen leicht einige hundert Bauerngüter seyn, deren Rechtsverhältnisse auf diese Weise zur Contestation kommen.

Unsere lebendige Ueberzeugung ist, daß schon durch die Verordnung vom 5. Nov. 1809 die Untheilbarkeit der Erbgüter mit dem Reconsolidationsrechte aufgehoben worden. Folgendes sind die Gründe.

- 1) Die oben im §. 6. gegebene Geschichte der Colonatordnung beweist es, daß die Absicht des Gesetzgebers war, die Untheilbarkeit der Güter aufzuheben, als welche die Folge habe, daß die Conscriptionspflichtigen kein angreifbares Eigenthum haben. Eben um diese allgemeine Theilbarkeit möglich zu machen, ward es nothwendig erachtet, das Colonatsystem aufzuheben.
- 2) Es war bloß eine irrige historische Hypothese des Gesetzgebactors, daß die Untheilbarkeit der Güter (ursprünglich)

in dem Colonatnerus gegründet sei. Noch jetzt haben viele einsichtsvolle Männer die Ansicht, daß ursprünglich alle Bauerngüter in gutsherrlichen Verhältnissen gestanden und nur einzelne vor und nach frei geworden, während wir mit Männern, wie Möser, Rindlinger, einstimmend, grade umgekehrt annehmen, daß erst Freiheit gewesen und dann gutsherrliche Verhältnisse gefolgt. Jene nun nehmen auch an, daß die Untheilbarkeit nicht alt-sächsisches Nationalinstitut einer auf Landeigenthum gegründeten Verfassung, sondern dadurch, daß der Gutsherr, um nicht seine Pacht sich zerstückeln zu lassen, keine Theilung zugegeben, entstanden, und, einmal hergebracht, auch bei den aus dem früher allgemeinen Colonat-Verbande getretenen Gütern fortgedauert habe, also immerhin in dem Colonatnerus gegründet sei. — Nun aber ist es eine bekannte Auslegungsregel, daß irrige referirende historische Ansichten des Gesetzgebers nicht als Theil der dispositiven Bestimmungen des Gesetzes zu betrachten sind. Der Ausdruck „in dem Colonatnerus gegründete Untheilbarkeit“ kann daher hier um so weniger das Gesetz auf Colonatgüter beschränken, je einleuchtender die Absicht des Gesetzgebers war, die Untheilbarkeit überhaupt aufzuheben.

- 3) Der Gesetzgeber sagt allgemein im Eingange des Gesetzes, daß er sich von der Schädlichkeit der Untheilbarkeit der Güter und der Colonat- und Leibeigenschaftsverhältnisse überzeugt habe. Die Untheilbarkeit ist sogar vornan gestellt, zum klaren Beweise, daß vorzüglich hierauf die Absicht des Gesetzgebers gerichtet gewesen. Ueenthalben unterscheidet auch das Gesetz — man sehe die oben §. 33. extrahirten Stellen — die geschlossenen Güter von den Colonaten. Der §. 4. erklärt geschlossene Güter, Colonien und Kotten theilbar. Der §. 9. redet abgesehen von gutsherrlichen Lasten, welche erst vom §. 10. an zur Sprache kommen, von der Verwandlung der „auf geschlossenen Gütern“ ruhenden Lasten in bestimmte jährliche Grundrenten, ohne dies auf Colonatgüter, auf die es vielmehr wegen der Entgegensezung des §. 10. keine An-

52) Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs.

wendung leidet, zu beschränken. In demselben §. 9. werden aber diese bisher geschlossenen Güter als untheilbar anerkannt, es wird geredet von dem „ehemaligen Ganzen.“ Der §. 20. sagt es nun gar ausdrücklich, daß die „sowohl auf Colonien als anderen Grundgütern haftende Gefälle und Grundrenten loskäuflich seyn sollen, und nimmt davon denselben Zehnten aus, welcher im §. 9. auch von der Verwandlung ausgenommen worden. Unmöglich konnten also blos Colonatgüter Gegenstand des Gesetzes seyn. Der §. 27. erwähnt ebenso allgemein der Möglichkeit, daß ein bisher geschlossenes Gut nun von mehreren Erbinteressenten benutzt werde. Auch die §§. 28. 29. sprechen ganz allgemein.

- 4) Die Aufhebung des Reconsolidationsrechts ließe sich aber sonst auch gar nicht erklären. Dieses Reconsolidationsrecht wird im §. 2. des Gesetzes als sich auf die jetzt aufgehobene Untheilbarkeit der Güter gründend erklärt und es ist einleuchtend, daß es dieselben Güter sind, deren Untheilbarkeit der Gesetzgeber, und wegen derer er das Reconsolidationsrecht aufhebt. Nun aber war das Reconsolidationsrecht bei Colonatgütern gar nicht denkbar. Bei diesen ist nach Tit. 35. §. 3. der Polizeiordnung alle Veräußerung bei Nichtigkeits- und bei Strafe des Verlusts des Kaufgeldes verboten und nur Schuldconsense des Gutsherrn denkbar. Die Reconsolidation unterstellt, daß dem Erwerber der Kauffchilling ersetzt werde, daß Erbgut vorhanden. Eben hiedurch ist es also bewiesen, daß der §. 2. des Gesetzes überhaupt von Erbgütern rede, oder man müßte annehmen, daß das Reconsolidationsrecht überhaupt noch bestehe, was doch dem Gesetze und der Natur der neugeschaffenen Verhältnisse ganz widersprechen würde.

Bei solchen wichtigen Gründen darf daher erwartet werden, daß es bei der bisherigen Praxis sein Bewenden behalte, und leuchtet es übrigens

- 5) von selbst ein, daß der Eingang der zweiten Verordnung vom 9. Febr. 1811, als welcher anzudeuten scheint, daß

in Westfalen bloß das Colonat und Leibeigenschaftswesen durch die Verordnung vom 5. Nov. 1809 aufgehoben sei, diese Verordnung nach ihrer so eben gegebenen richtigen Auslegung nicht aufgehoben haben kann. Denn ältere klare Gesetze werden nicht durch irrige Ansichten in den Eingängen neuer Gesetze aufgehoben, und es ist hier entscheidend, daß nach der allgemeinen Bestimmung der Verordnung vom 18. Aug. 1813 §. 9. auf die Verordnung vom 9. Febr. 1811 erst alsdann recurrirt werden soll, wenn ein Fall sich weder aus den Worten noch aus dem Geiste der Verordnung vom 5. Nov. 1809 erklären läßt, wodurch also anerkannt ist, daß der Inhalt dieser Verordnung ganz ungefränkt seyn soll.

38.

Es fragt sich nunmehr, welche Modalitäten bei der Theilbarkeit der Güter einzutreten haben. Da es so eben bewiesen worden, daß die Theilbarkeit aller Bauerngüter durch die Verordnung vom 5. Nov. 1809 eingeführt worden, so kann es auf die Grundsätze der Verordnungen vom 9. Febr. 1811 nicht ankommen. Denn die Verordnung vom 9. Nov. 1809 enthält §. 4. die eben so kurze als allgemeine Satzung: „alle vorbenannte bisher geschlossene Güter — sind von jetzt an vererblich nach dem gemeinen Rechte und unbeschränkt theilbar.“ Die gedachten Verordnungen vom 9. Febr. 1811 enthalten aber nur Beschränkungen der Theilbarkeit, indem sie bald die Concurrenz der Feldgerichte, — die wir in Westfalen ohnedem nicht kennen — bald die Erlaubniß des Beamten, bald der Regierung, bald des Oberforstcollegs, bald die Ablösung oder dreifache Versicherung der Grundlasten als Bedingung der Theilung, als Beschränkung der Theilbarkeit somit, festsetzen. Alle diese Beschränkungen widersprechen den Worten der westfälischen Verordnung „unbeschränkt theilbar,“ und finden daher in Westfalen keine Anwendung. Was insbesondere die Beschränkung der Theilung durch geforderte Ablösung oder Versicherung der Lasten betrifft, so haben wir darüber in Westfalen eine eigene Beschränkung, indem der §. 9. der Colonat-

Verordnung erst nach geschehener Repartition den Rückgriff auf das Ganze verwehrt, und das königliche Gesetz vom 25. Sept. 1820 §. 3. sogar die Ablösung eines Theils der Abgabe fordert, wovon unten B. 4. Kap. 1. §. 100. zu handeln.

Auch die Verordnung vom 9. Juli 1808 Abschnitt 7. kann keine Beschränkungen darbieten, weil sie durch den §. 29. der Colonatverordnung in soweit aufgehoben worden, als sie durch die Verfügungen der gedachten Verordnung und durch die Theilbarkeit der Güter unzulässig geworden, und unzulässig ist sie überhaupt durch die, unbeschränkte Theilbarkeit aussprechende, *Satzung der Colonatverordnung* geworden. —

Es gibt also keine andere Modalitäten der Theilungen, als welche von dem durch den §. 28. der Colonatverordnung und durch den §. 11. der Verordnung vom 18. Aug. 1818 der Arnberger Regierung zu entwerfen vorgeschriebene Theilungs- und Auseinandersezungs-Reglement zu erwarten seyn möchten. Dieses ist aber noch immer nicht erlassen. Es sind daher vor der Hand die gewöhnlichen Grundsätze des *ludicium familiae herciscundae* und *communi dividundo* Statt, und die Vertheilung selbst ist sonach Justizsache.

39.

Da über die Vererbung der Bauerngüter nunmehr ganz die gemeinrechtlichen Grundsätze gelten, so haftet

- 1) der Pflichttheil in jedem Grundstücke. Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Theilung nicht unbedingt geboten ist, sondern durch Testamente oder Erbverträge abgewandt werden kann, welche aber, um gegen die Pflichttheilsklage gesichert zu seyn, der *Cautela socini* bedürfen, wenigstens ist diese bei den Testamenten nothwendig (s. §. 21.)
- 2) Die Rechtsvermuthung, daß die Eltern durch Einbestattung eines Kindes dasselbe zum Gutsnachfolger ernannt haben (§. 16.), fällt nunmehr weg, weil das Gesetz von keiner Untheilbarkeit mehr, also auch von keinem nothwendig ausschließenden Nachfolger in dem untheilbaren Gute weiß. Da indessen Erbverträge noch immer erlaubt

sind, und konkludente *facta* noch immer stillschweigende Verträge nach sich führen, so wird in der mit elterlicher Einwilligung geschehenen Einbestattung eines Kindes noch immer der gültige Vertrag liegen, diesem Kinde bei Lebzeiten schon aus dem Gute seine Subsistenz zu sichern. Auf mehr als auf Zuwendung des Pflichttheils kann aber das Kind keinen Anspruch machen.

b) Das Gesetz wirkt so wenig als andere Gesetze rückwärts, daher sind

a. „in dem erst eintretenden Erbfolgefälle alle jetzt bereits abgeforderten und ausgestatteten Kinder und Geschwister ohne Ausnahme von der Erbfolge ausgeschlossen.“ (§. 5. der Colonatverordnung). Diese Bestimmung wird nur selten Anwendung finden können, da nach der Ausbildung, welche das System der Ausbestattungen in neuerer Zeit erhalten (§. 18. 19.), die Ausstattung nur als bei der nachherigen Kindtheilsbestimmung zu conferirende *dos* zu betrachten, also keine Abfindung ist. Das Gesetz sagt daher auch „abgefundene und ausgestattete Kinder.“ Angewandt werden können wird also das Gesetz nur da, wo der Vater durch Vertrag die Ausstattung zugleich als Abfindung schon erklärt hatte.

b. Wir entwickelten in §. 16, daß die Einbestattung dem Kinde ein unwiderrufliches Recht auf das Gut gebe. In diesem Rechte darf es also auch durch die neue, die Gutstheilung gestattende Verordnung nicht benachtheiligt werden. Von den Colonen sagt dieses das Gesetz ausdrücklich im §. 8. „die wirklichen Colonen, oder die mit elterlicher Einwilligung bereits auf die Colonien verheiratheten Kinder, oder diejenigen, denen das Colonie-Erbrecht bereits anerkannt ist, — sollen das Colonatgut als — Eigenthum besitzen und behalten.“ Von den Erbgütern versteht es sich von selbst. Uebrigens sieht man aus diesem §. 3. der Colonatverordnung eine gesetzliche Bestätigung des die Einbestattung gleichsam als Uebergabe betrachtenden Gewohnheitsrechts, was in

soweit bei Colonat- und Erbgütern übereinstimmend war, weil es eine gemeinsame Wurzel, die Natur der Sache, hatte.

40.

Nach dem §. 2. der Colonatverordnung ist das Reconsolidationsrecht „von jetzt an“ aufgehoben. Das Gesetz darf also auf keinen Fall in die Vergangenheit wirken. Dieses wird aber nicht so verstanden werden dürfen, daß alle vor dem neuen Gesetz veräußerten Grundstücke noch reconsolidirt werden können. Denn die Reconsolidationsbefugniß ist nur ein *actus merae facultatis*, der erst dann zum wirklichen Rechte wird, wenn der Wille, die Reconsolidation auszuüben, werththätig oder durch gerichtliche Klage erklärt wird. Die Annahme des Gegentheils würde auch zu Absurditäten führen; da das Gesetz und die ihm gefolgten Steuerreformen den Begriff einer Sohlstätte aufgehoben haben. Niemand hat auch noch das Gegentheil behauptet. Freilich läßt es sich nicht verkennen; daß darin, daß alle auf Widerruf geschene Käufe auf einmal unwiderruflich werden, eine große Ungerechtigkeit gegen die Sohlstättenbesitzer, welche sonst wohl die Grundstücke höher verkauft haben würden, begangen worden; allein sie ist einmal begangen und war, wenn die Untheilbarkeit, das Güterwesen aufgehoben werden sollte, nicht zu vermeiden.

Eine schwierigere Frage erhebt sich aber in den Fällen, wo in den Verkaufsurkunden das Reconsolidationsrecht vorbehalten, oft eine Zeit, bis zu welcher es nicht ausgeübt werden solle, bestimmt worden. Es ist schon zur Sprache gekommen, ob es auch hier wegfallen. Folgende Ansichten werden die richtigen seyn, und sind auch vom Amt Bilslein und vom Hofgericht in Sachen Schmieß zu Milchenbach gegen Schneider als solche anerkannt worden.

Das Reconsolidationsrecht stand dem Sohlstättenbesitzer kraft des Gesetzes zu. Wenn er sich dieses nun noch vorbehielt, so ward es dadurch kein anderes Recht, als das gesetzliche. *Superflua non nocent*. Uebrigens läßt sich die Veranlassung solcher Vorbehalte leicht erklären, wenn man an die

oben dargestellten Schwierigkeiten des Beweises der Zubehörlichkeit (§. 26.) und an die bei Waldungen — bei welchen sich auch die Vorbehalte rücksichtlich der Einlösungszeit gewöhnlich finden — vorkommenden Streitfragen (§. 30.) denkt.

Freilich laufen die Grenzen des *pactum de retrovendo* und des Reconsolidationsrechts nahe neben einander her, und es möchte einen Augenblick scheinen, daß ein solcher Vorbehalt als ein *pactum de retrovendo*, so nicht aufgehoben worden, zu betrachten. Allein hier ist nur Heil in der Schärfe juristischer Unterscheidungen. Hat die Urkunde das Recht, zur Sohlstätte wieder einzulösen, vorbehalten, so ist ein dingliches Recht, so der Sohlstätte erteilt worden, gemeint, es ist Reconsolidation, und diese ist aufgehoben. Hat der Verkäufer aber sich und seinen Erben das Recht des Rückkaufs bedungen, so ist ein *pactum de retrovendo* vorhanden, welches man nicht als aufgehoben betrachten kann. Freilich sehen diese Unterscheidungen aus, wie Silbenschere und Wortklauberei, allein will man hier nicht die Willkühr ohne allen Haltungspunkt entscheiden lassen, so bleibt in der That nichts übrig, als sich, wie geschehen, an die rechtlichen Unterschiede der Geschäfte zu halten, wodurch denn das nicht zu Vermeidende eintritt, daß der Zufall, wie damals, wo man keine Aufhebung des Reconsolidationsrechts vorkam, die Worte einer Urkunde, bei denen dem Schreiber schwerlich die strengrechtlichen Unterschiede gegenwärtig waren, gestellt worden, Rechteentscheidend ist. Die Ungerechtigkeit, die begangen wird, liegt nicht in dieser Unterscheidung, sondern in der Aufhebung des Reconsolidationsrechts überhaupt.

41.

Wenn je ein Gesetz bestimmt gewesen ist, die Gestalt des Landes umzuwandeln, so ist es dasjenige, welches die unbeschränkte Theilbarkeit aller Bauerngüter verordnete. Bisher waren auf dem Lande die einzelnen Bauernhöfe, zur Persönlichkeit erhoben, die Staatsbürger. Diese Actien waren beständig, durch die Reconsolidation war dafür gesorgt, daß nichts unwiderruflich davon abgezweigt werden konnte. — Die Zahl

der eigentlichen Staatsbürger auf dem Lande konnte sich so nach nicht vermehren; jeder, der nicht Besitzer einer solchen Staatsactie war, war nur Beiliege, der der Gemeinde, in der er wohnte, eine jährliche Abgabe für seine Aufnahme, und jährliches Weidegeld für sein Vieh geben mußte. — Die öffentlichen Lasten ruhten auf den Bauernhöfen, auf ihnen ruhte das Stimmrecht in der Gemeinde u. s. w.

Wie sehr ist dies alles geändert! Der Begriff von Sohlstätten, von Bauernhöfen, hat von selbst aufgehört. Ein den neuen Reformen folgendes Steuersystem hat jedes Grundstück besonders mit einer Steuer belegt und auch dadurch noch den letzten Rest des Hofverbandes zerstört. Schon seit 1803 wurde das Erbauen neuer Häuser begünstigt. Jetzt steht ein Haus dem andern gleich, man kann von keinem Hauseigentümer mehr sagen, daß er Sohlstättebesitzer, von keinem mehr, daß er nur Beiliege sei. Der Begriff des Beiliegens hat sich nunmehr nothwendig auf den, der in einer Gemeinde zur Miete wohnt, beschränken müssen. Manche Gemeinde begreift das nicht und fordert von dem Eigenthümer neuer Häuser Beiliegerabgaben, zu denen sie nimmer verbunden sind. Nur für den Mitgenuß von Gemeinheitsweide oder Wald mag mit Rechte ein Entgelt gefordert werden. — Nothwendig muß die Gemeindeverfassung bei diesen Einwirkungen der neuen Gesetzgebung mit der Zeit eine andere werden, es wird z. B. nothwendig werden, das Stimmrecht, was sonst auf den Höfen als Staatsactien ruhte, an bestimmte Steuerfäge zu knüpfen u. s. w.

Noch suchen zwar die Väter die Theilungen durch Testamente so viel möglich zu verhindern, allein allmählig werden doch immer mehrere Güter getheilt, das Gesetz und die Pflichttheilsberechtigung stehen einmal da als feste Säulen — und so geht denn unter der Sachsen Recht und römisches und fränkisches Recht tritt an die Stelle.

42.

Ob übrigens die Gesetzgebung wohl gehandelt habe, die unbeschränkte Theilbarkeit der Bauerngüter einzuführen — dies

ist eine Frage, die mit dem großen Streite über die ersten Grundlagen der Staatsnationalwirthschaft zusammenfällt. Berz. E. Adam Müllers Ansichten in den agronomischen Briefen⁵³⁾ sich angeeignet hat, wird trauern ob der Merkantilwirthschaft, die durch die neue Gesetzgebung an die Stelle der alten Nationalwirthschaft gesetzt worden. Vollends wenn man den Zusammenhang der Untheilbarkeit mit der alterwürdigen Staats- und Gemeindeverfassung erkannt, und, wie sie keineswegs mit der Feudalität in Verbindung gestanden, eingesehen hat — wird man in der Stimme der Mehrheit des Landes, die die Theilbarkeit und die maaslose Vermehrung der bäuerlichen Wohnungen für Unglück hält, eine beachtenswerthe Meinung finden. Indessen ist die Gesetzgebung nach reifer Erwägung durch das Gesetz vom 25. Sept. 1820 bestätigt, und es wird daher ein beruhigendes Unternehmen seyn, die Gründe darzustellen, welche die bestehende Gesetzgebung rechtfertigen.

Es ist nicht zu läugnen, daß die neue Gesetzgebung viele Nachtheile mit sich führt, allein schwerlich wird es zu beweisen seyn, daß diese Nachtheile größer seyen, als die Nachtheile, welche aus der Beibehaltung der Untheilbarkeit hätten entstehen müssen.

Der Mensch muß doch immer dem Menschen das Höchste seyn; ihm hat der Herr der Welten den Erdboden zu eigen gegeben, nicht aber hat er ihn einem Grundsatz zu eigen geben wollen; denn auch die irdischen Wissenschaften sind nur um des Menschen willen da und nicht umgekehrt.

Bei dem System der Untheilbarkeit würde der größte Theil des Volks, dessen Zahl sich täglich mehrt, besitzlos seyn. Wie unglücklich aber ein Land, worin das Grundeigenthum nicht gehörig vertheilt ist, deß ist Großbritannien ein redender Zeuge.

Freilich glaubt man mit Malthus, daß eben dieser Bevölkerung, die übermäßig zu werden drohe, Hindernismittel in den Weg gelegt werden müssen, Hindernung der Heirathen

53) In Fr. Schlegels deutschem Museum Bd. 1, S. 54—78., S. 137—159. Bd. 2, S. 213—234.

nämlich. Allein in der Wirklichkeit ist dies nicht ausführbar. Die Vermehrung der Bevölkerung läßt sich gar nicht hinderen, und vollends nicht, seitdem die Jugend drei Jahre lang beim Heere steht, hier die Welt sieht, und nun auch den natürlichen Wunsch mit nach Hause bringt, im Vaterlande, für das sie gestritten oder zu streiten bereit gewesen, zu heirathen. Ohne Ungerechtigkeit kann dies nicht verweigert werden.

Die Alten, welche freilich auch ihre Ackerloose, wie wir unsre untheilbaren Bauernhöfe hatten, sorgten für Mittel, des überflüssigen Nachwuchses der Bevölkerung ohne zu werden, sie legten Colonien an. Wir können das nicht. Unsre Bevölkerung bleibt zu Hause, sie drängt sich zusammen, und uns scheint nur die Wahl zu bleiben zwischen einem Großbritanniens traurigem Zustande ähnlichen Zustande oder der Theilbarkeit und Veräußerlichkeit des Grundbesitzes.

Wenn die Mehrsten am Grundeigenthum Theil nehmen können, so haben diese auch ein bleibendes Interesse an der Ruhe des Staats von innen und an seiner Sicherheit nach außen. Es läßt sich aber auch in der That nicht einsehen, mit welchem Grunde die Hofbesitzer die Erhaltung des alten Zustandes fordern können bei der geänderten Kriegseinrichtung, wo sie allein den Boden nicht mehr vertheidigen können.

Im Herzogthum Westfalen war die Nothwendigkeit der Theilbarkeit schon dadurch begründet, daß es den Gutsbesitzern nicht möglich war, die nach den neueren Grundsätzen so sehr gestiegenen Kindtheile in Geld zu zahlen. Entweder mußte hier auf die älteren geringeren Abgiften zurückgegangen werden — was die Zahl der Armen sehr vermehrt haben würde — oder es mußte geschehen, was geschehen ist, die Theilbarkeit der Güter ausgesprochen werden.

Ueberhaupt sind in unserer Zeit alle Verhältnisse auf Geldwirtschaft gegründet, und diese läßt sich nicht durchführen, ohne daß der Boden Scheidemünze wird, in freiem Verkehre von Hand zu Hand gehend.

Das Reconsolidationsrecht war freilich bei einmal feststehender Untheilbarkeit ein zweckmäßiges Nothmittel; aber es war doch auch nur ein Nothmittel; es war bei ihm kein ge-

sicherter Erwerb von Grundstücken möglich, und die Lust zu Verbesserungen konnte keine große seyn bei der Aussicht, dereinst das verbesserte Grundstück wieder abtreten und über den Betrag der Verbesserungen einen weitläufigen Rechtsstreit führen zu müssen.

Es ist übrigens nicht zu fürchten, daß aller große Ackerbesitz verschwinden werde. Denn — nicht zu gedenken der geschlossen bleibenden adlichen Güter — es werden sich Massen zusammensetzen⁵⁴⁾, diese aber auch wieder durch Theilung auseinander gehen, und so immer fort im Kreise.

Mit allem diesen soll aber nicht gradezu geläugnet werden, daß nicht beide streitende Systeme auf die Weise vermittelt werden können, daß kleinere Bauernhöfe geschaffen werden, wo der über das festgesetzte *Minimum* hinausgehende Besitz theilbar und veräußerlich sei. Auf solche Weise möchte wenigstens für zwei Generationen allen Bedürfnissen, auch dem der Stätigkeit, genug gethan werden. Uebrigens würde eine solche Bestimmung eine schwierige Aufgabe für die Gesetzgebung seyn, indem man hier keineswegs mit einigen Sätzen, mit Festsetzung von — Morgen⁵⁵⁾ auslangen, sondern auch einer Zusammenwirkung von unten herauf, einer geordneten Gemeindeverfassung u. s. w. bedürfen würde. Doch, zu lange schon haben wir uns *de lege ferenda* unterhalten, da unsre Aufgabe sich hier doch auf die *lex lata* beschränkt.

54) Freilich mit Untergang mancher Hofbesitzer, der bei dem Reconsolidationssystem wenigstens nicht ein ewiger war. Indessen wenn der Schuldner endlich einmal die Sohlstätte nicht mehr halten konnte, waren alle Vortheile des Reconsolidationsrechts doch auch für ihn verloren.

55) 20 Morgen bei Berl, und 20 bei Astenberg, wozu ein Unterschied! Wer möchte für beide Ergenden gleiche Maßbestimmungen geben wollen?

Fünftes Kapitel.

Von den Retracten.

43.

Die Richtung der Gesetzgebung des Mittelalters war nicht auf Beförderung des freien Verkehrs gerichtet, sondern mehr erhaltender Natur. Daher fand

I. der *retractus gentilitius*, die Erblosung, das Erbsfreundrecht, das Freundschaftsrecht statt. Dieses Recht steht einem Verwandten des Verkäufers in Ansehung eines von ihren beiderseitigen Vorfahren erworbenen und an einen Dritten veräußerten Guts zu. Man streitet sehr darüber, ob das ehemalige deutsche Gesamteigenthum Grund dieses Retractes sei ⁵⁶⁾. Man möchte dieses aber wohl behaupten, wenn man bedenkt, daß früherhin die Familien kleine Staaten waren, die auch am Wehrgeld activ und passiv theilhaftig waren, die also auch höchst wahrscheinlich ein gewisses Gesamteigenthum an den ältesten Familiengütern hatten. Der Sachsenspiegel ⁵⁷⁾ sagt: „Ohne der Erben Laub und ohne Gericht mag kein Mann sein eigen Gut, noch seine Leute vergeben — Vergiebet er es aber wider Recht, ohne der Erben Urlaub, die Erben mögen sich ihres Guts wohl unterwinden mit Recht, als ob er todt wäre, der es gab, darum, daß er es nicht vergeben mochte.“ Und der Schwabenspiegel ⁵⁸⁾ sagt: „Gibt man sein Eigenes wider seiner Erben willen, und ohne des Vogts Ding, sie sollen es versprechen, und der Richter soll es da antworten den Erben.“ — Schon Kaiser Friedrich II. hatte den Retract näher bestimmt ⁵⁹⁾.

56) Vergleiche *Pufendorf Observat. jur. univ. Tom. II, obs. 4. §. 2.* Walch Nöherrecht B. I. Hauptst. 2.

57) Buch 1. Art. 52.

58) Kap. 308.

59) *Lib. V. feud. tit. 13.*

Dieser Retract galt auch im Herzogthum Westfalen; das Nähere der dabei geltenden Rechtsgrundsätze darzulegen, ist aber um so überflüssiger, da dieser Retract im allgemeinen durch die kurfürstliche Verordnung vom 5ten Aug. 1789 aufgehoben worden, und bloß

II. die Erblosung in Beziehung auf Lehngüter, sodann Unterherrschaften, Ritteritze und adliche Höfe, sie seien allodial oder lehnpflichtig, beibehalten worden. Ueber diesen beibehaltenen Retract enthält nun die gedachte Verordnung die näheren Bestimmungen. Durch das großherzoglich hessische Gesetz vom 15. Mai 1812 sind aber alle Retracte, also auch dieser beibehaltene, aufgehoben.

44.

III. Die Polizeiordnung Tit. 31. §. 16. gibt den Bürgern einer Stadt den Retract bei einer Veräußerung von in der Stadt-Feldmark gelegenen Grundstücken an Auswärtige. Dieser Retract hat das eigene, daß er

1) wegfällt, wenn der Käufer der Stadt *ratione praestationum publicarum* gnugsame Sicherung gestellt hat,

2) daß er „jederzeit“ ausgeübt werden kann, also die gewöhnliche Retractsverjährung keine Statt findet.

Auch dieser Retract ist indessen durch die hessische Verordnung vom 15. Mai 1812 aufgehoben, übrigens dadurch allgemein ausgesprochen worden, daß nur dann vergangene Retractsfälle noch zugelassen werden können, wenn die Prozesse, welche einen Retract zum Gegenstande haben, bereits vor der Verkündung der Verordnung gerichtlich anhängig gemacht worden.

45.

IV. Ein merkwürdiger Retract ist der, welcher durch das sogenannte Amortisationsgesetz begründet ist.

Es war nämlich im Jahre 1726 von des Erzstifts Köln weltlichen Landständen bei Kaiser Karl VI. klagend vorgebracht worden, wie nicht allein dieses Kurfürstenthums

Stifter und Klöster und dergleichen *Collegia*, sondern auch weit und breit um selbiges gelegene Geistlichkeit weltliche liegende Güter vor und nach von den Weltlichen in solcher Menge an sich gebracht habe, daß sie anjeko den größten Theil des Erzfistis zu kundbarem der weltlichen Stände Abbruch und Unerträglichkeit wirklich besäßen und noch täglich mehreres zu erwerben suchten. Die Stände hatten daher den Kaiser gebeten, diesem Werk zu steuern. Der Kaiser hatte hierauf den Kurfürsten — zugleich Erzbischof — über dieses der weltlichen Landstände Anbringen zuvor vernommen, dieser aber dem Kaiser die angemessene Verordnung zu ertheilen, lediglich anheim gestellt. Danach hatte der Kaiser das gedachte Anbringen durch den Reichshofrath umständlich überlegen und berathschlagen lassen, auch nach eingeholtem dessen Rath und Gutachten besunden, daß erstlich einiger Zweifel nicht obhanden, sondern sich gebühre, solche Satzungen zu machen, welche den Untertanen zu Nutzen und zu Versicherung des Landes gezeihen, auch zum anderen gleichfalls nicht zu zweifeln, daß ein solches die Billigkeit erfördere und zulasse, inmaßen, wie die Kirchen selbst für billig und gut gehalten, die Vorsehung zu thuen, daß von den geistlichen Gütern keine ohne päpstlichen Consens an die Weltliche verwendet werden können, als um so viel mehr und billig der Weltlichen Vorsehung geschehen könne, daß von den liegenden Gütern nichts an die Geistlichen gebracht werden möge, zumal jenen mit Erhalt- und Erziehung der Kinder, auch Beschützung des Vaterlandes viel größere Beschwerden obhanden, und daher mehrere denn diese, sonderbar der liegenden Güter bedürfen. Diese Motive bestimmten denn den Kaiser, die Veräußerung liegender Gründe und der als dinglich zu betrachtenden Gerechtigkeiten an die Geistlichen zu verbieten, und auf den Fall einer solchen Veräußerung den Weltlichen, wer es immer sei, das Recht des Retracts zu ertheilen. Ueber diesen Retract wurden nun folgende nähere Bestimmungen getroffen:

1) Erst ist das Verjährungsjahr des *retractus gentilitius* abzuwarten.

2) Der Retract geschieht für den Erwerbpreis, ist dieser

aber zu hoch, oder die Erwerbung ohne Preis geschehen, so ist der durch weltliche Schätzer zu bestimmende zur Zeit des Retracts bestehende Werth zu zahlen — wozu nur hier auch der *ex jure gentilitio* Retrahirende verbunden ist.

3) Unnöthige Meliorationen werden nicht ersetzt, und der Streit über die Meliorationen muß besonders ausgemacht, während dem aber das Gut schon gegen den Kauffschilling abgetreten werden.

4) Es findet gar keine Verjährung gegen diesen Retract Statt.

5) Nur die *Clerici seculares* sind vom Gesetz ausgenommen, welchen die Weltlichen *ex testamento vel ab intestato* succediren können.

Diese Verordnung ward am 3. Dez. 1726 erlassen und am 1. März 1728 vom Kurfürsten verkündet ⁶⁰⁾. Durch spätere Erläuterungen ward das Domkapitel als ein *status patriae* ausgenommen ⁶¹⁾. In der Verordnung vom 5ten August 1789 §. 2. ward dieser Retract als nicht aufgehoben erklärt und blieb auch in soweit der *retractus gentilitius* bestehen.

Die heffische Verordnung vom 15. Mai 1812 hebt aber alle Retracte, also auch den gegenwärtigen auf. Es konnte auch keinen Grund geben, darauf zu beharren, in einer Zeit, wo die Kirche den größten Theil ihrer Güter verloren hatte.

46.

V. Der Juden=Retract.

Durch die kurböhmische Judenordnung vom 28. Juni 1700 Kap. V. §. 1. ⁶²⁾ ward den Juden verboten, ohne besondere kurfürstliche Erlaubniß unbewegliche Güter „und was unter deren Namen begriffen“ erb- und eigenthümlich

60) Edictensammlung Bd. 2. St. 256. S. 22.

61) Dasselbst St. 257. 258. 259. S. 25 — 27.

62) Dasselbst Bd. 1. St. 94. S. 232.

an sich zu bringen. Ein am 15. Febr. 1720 vom Grafen von Birmont auf kurfürstlichen Auftrag ausgegangener Befehl ⁶³⁾ gibt den Bürgern und übrigen erstiftischen Eingeseffenen das Recht, solche von den Juden gegen die Judensordnung an sich gebrachte Güter gegen Erstattung ihres erweislich ausgelegten Gelds und angewendeten redlichen Kdosten einzuziehen. Für das Herzogthum Westfalen hat dies aber keine Gesetzeskraft erlangt.

Eine hessische Verordnung vom 30. Juli 1805 ⁶⁴⁾ enthält die Bestimmung:

„daß, wenn ein in Schutz recipirter Jude ein Haus für sich und seine Familie erkaufte — und deshalb die landesherrliche Concession nachgesucht und ausgebracht haben wird, das Abtriebsrecht Unserer christlichen Unterthanen, in sofern der kaufende Jude hierunter noch eine weitere Dispensation bei Uns nachgesucht und erhalten haben wird, hinführo nicht länger als drei Monat dauern — binnen dieser Frist aber von dem einschlägigen Beamten der Gemeinde oder dem Ort, wo jenes Haus befindlich ist, der geföehene Verkauf desselben an den jüdischen Käufer dreimal und zwar gleich nach ausgebrachter landesherrlicher Dispensation von 14 zu 14 Tagen, zu dem Ende, damit derjenige christliche Unterthan, der solches etwa abzutreiben gedenkt, in Zeiten sich berathen könne — öffentlich bekannt gemacht werden — dagegen alsdann, wenn kein Retract erfolgt, der jüdische Käufer für die nachgesuchte und erhaltene landesherrliche Dispensation folgendes Quantum zu Unserm Fiscus erlegen solle ic.“

Die hessische Verordnung vom 15. Mai 1812 bestimmt *lit. c.*:

„Der Retract der christlichen Unterthanen in Unsern Landen gegen die Juden, welche sich mit Immobilien ankaufen, ist ebenfalls unter den aufgehobenen Näherrechten begriffen; jedoch hat es vor der Hand dabei sein Verblei-

ben, daß kein jüdischer Unterthan ohne Unsere landesherrliche Concession einige Immobilien acquiriren könne.“

In der Wirklichkeit wird von den Juden eine solche Concession zum Erwerb von Immobilien nicht gefordert, und wenn man darauf bestehen sollte, möchte das doch wohl nur Sportulirungen zur Folge haben. Weit wichtiger würde es seyn, wenn durch Retracts- oder sonstige Gesetze dafür gesorgt würde, daß die Juden ihre erworbenen Grundstücke selbst bebauen.

47.

VI. Die letzte Art der in Westfalen bekannten Retracte waren die, welche durch Verträge (*pactum protimiseos*) oder Testamente bedungen waren. Auch diese hat die Verordnung vom 15. Mai 1812 *lit. b.* aufgehoben:

„Ein Gleiches verordnen Wir in Ansehung der durch Testamente oder Verträge bestimmten Näherrechte und Retracte so, daß nicht nur bei denen zur Zeit der Publication dieser Verordnung bereits errichtet oder eröffnet gewesenen Testamenten oder Verträgen das daraus erworbene Recht als nicht existirend angesehen, sondern daß auch jede Clausel dieser Art, welche einem künftig zu errichtenden Testament oder Vertrag hinzugefügt werden würde, als nicht geschrieben und gänzlich kraftlos betrachtet werden soll.“

Diese Bestimmung beweist den ernstlichen Willen des Gesetzgebers, den freien Verkehr unbeschränkt zu erhalten. Veräußerungsverbote und *pacta de retrovendendo* sind übrigens leicht begreiflicher Weise durch diese Gesetze nicht getroffen, und bleibt es daher den Contrahenten überlassen, unter der Form von solchen Geschäften einen Theil ihrer Absicht zu erreichen.

63) Daselbst St. 100. S. 239.

64) Arnberger Intelligenzblatt von 1805 No. 79.