

Rechtsanwendung im Usus modernus

Eine Fallstudie zum Erbrecht der halben Geburt

Matthias Doms

Matthias Doms

Rechtsanwendung im Usus modernus



Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 43

Matthias Doms

Rechtsanwendung im Usus modernus

Eine Fallstudie zum Erbrecht der halben Geburt

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://www.dnb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<https://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Matthias Doms

„Rechtsanwendung im Usus modernus. Eine Fallstudie zum Erbrecht der halben Geburt“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 43

Verlag readbox publishing GmbH – readbox unipress, Münster

<http://unipress.readbox.net>

Zugl.: Diss. Universität Münster, 2009

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-NC-ND 4.0 International'

lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, welche sich nicht im Besitz des Autors oder der ULB Münster befinden.



ISBN 978-3-8405-0218-7

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-23139692509

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2019 Matthias Doms

Satz: Matthias Doms

Umschlag: ULB Münster



Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde bereits im Frühjahr 2009 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen und anschließend in digitaler Form veröffentlicht. Mit einiger Verzögerung erscheint sie nun auch gedruckt bei den Wissenschaftlichen Schriften der WWU Münster. Mein Dank gilt nach wie vor meinem Doktorvater Prof. Dr. Peter Oestmann für die Betreuung der Arbeit. Darüber hinaus danke ich dem Zweitgutachter Prof. Dr. Hannes Ludyga.

Weimar, Oktober 2019

Matthias Doms

Inhaltsverzeichnis

Einführung	1
I. Gegenstand und Quellenlage	1
1. Gegenstand	1
2. Quellenlage	6
II. Ziel und Methode sowie Vorarbeiten	8
1. Ziel und Methode	8
2. Vorarbeiten	13
III. Weitere Angaben zum Rechtsstreit	16
1. Stammbaum	16
2. Nachlaß	17
3. Ehegatten- und Verwandtenerbrecht	18
IV. Prozeßgeschichte	20
1. Allgemeines	20
2. Erstinstanzliches Verfahren vor dem Lübecker Rat	21
a) Klageerhebung und Streit um den Legitimationsnachweis	21
b) Zwischenurteil und Revision Krohns	24
c) Streit in der Hauptsache und Endurteil	26
3. Appellationsprozeß vor dem Reichskammergericht	28
a) Appellationseinlegung und Tod Spilckers	28
b) Wiederaufnahme, Reproduktion und zweiter Kompulsorialbrief	30
c) Exzeption, Lübecks Auftritt in Wetzlar und Replik	33
d) Exrotulation, Duplik und Tod Krohns	36
e) Beratungen des Senats, Endurteil und Partitionsanzeige	37
Hauptteil	39
1. Kapitel - Einleitung	39
I. Klagebegründung	39
II. Klageerwiderung	40
III. Votum	43
2. Kapitel - Das Verhältnis des römischen Rechts und der deutschen Rechte	45
I. Die Statutenlehre und die Fundata intentio-Theorie	45
1. Die italienische Lehre von den Statuten	45
2. Die Situation im Usus modernus	47
II. Krohns und Bacmeisters Argumente	51
1. Die Rezeption des römischen Rechts	51
2. Die Auslegung der deutschen Statuten	55
3. Das Erbrecht der halben Geburt als Beispiel	59
4. Die Auslegung des Lübecker Rechts	64
III. Summermanns Relation	69
IV. Zwischenergebnis	70

3. Kapitel - Das römische Recht	71
I. Die Erbfolge im römischen Recht	71
1. Das justinianische Recht	71
2. Das vorjustinianische Recht	73
II. Krohns und Bacmeisters Argumente	74
1. Der Wortlaut von Nov. 118	74
2. Die Erhaltung des Geschlechts	75
3. Das Vorrecht vollbürtiger Verwandter im justinianischen Recht	78
4. Das Vorrecht vollbürtiger Verwandter im vorjustinianischen Recht	81
5. Die Erbfolge der kognatischen Verwandten	84
6. Die herrschende Lehre	86
III. Summermanns Relation	90
IV. Zwischenergebnis	91
4. Kapitel - Das Naturrecht	92
I. Die Erbfolge im Naturrecht	92
II. Krohns und Bacmeisters Argumente	96
1. Der vermutete Wille als Grund der Intestaterbfolge	96
2. Das beibehaltene Miteigentum als natürlicher Grund	106
3. Das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht	110
4. Die Intestaterbfolge entfernter Seitenverwandter	115
III. Summermanns Relation	117
1. Die Ableitung erbrechtlicher Bestimmungen aus dem Naturrecht	117
2. Die Erbfolge vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter	118
3. Der Inhalt eines Vorrechts vollbürtiger Verwandter	120
IV. Zwischenergebnis	120
5. Kapitel - Die alten Rechte	123
I. Rechtsquellenvielfalt und historische Rechtsbegründung	123
II. Krohns und Bacmeisters Argumente	125
1. Die deutschen Vorfahren	125
2. Die germanischen Stammesrechte	126
3. Karl der Große und seine Nachkommen	133
4. Die alten Rechtsbücher	138
5. Die alten Handschriften und Stadtrechte	145
6. Frankreich, Schweden und Niederlande	153
III. Summermanns Relation	157
IV. Zwischenergebnis	160
6. Kapitel - Die deutschen Land- und Stadtrechte	162
I. Der Einfluß des römischen Rechts auf die deutschen Land- und Stadtrechte	162
II. Krohns und Bacmeisters Argumente	163
1. Vom römischen Recht beeinflusste Rechte	163
2. Vom römischen Recht unbeeinflusste Rechte	167
3. Der Einfluß des römischen Rechts auf das Lübecker Recht	170
4. Die Wechselseitigkeit in der Erbfolge	173

III. Summermanns Relation	174
IV. Zwischenergebnis	176
7. Kapitel - Rechtssprichwörter	177
I. Die erbrechtlichen Parömien und die Herkunft des Lübecker Rechts	177
1. Die Parömien zum Erbrecht der halben Geburt	177
2. Die Herkunft des Lübecker Rechts	178
II. Krohns und Bacmeisters Argumente	180
1. Übereinstimmung und Unterschiede deutscher Rechte	180
2. Die Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘	183
3. Die Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘	187
III. Summermanns Relation	191
IV. Zwischenergebnis	191
8. Kapitel - Das Lübecker Recht	193
I. Die Erbfolge im Lübecker Recht	193
II. Krohns und Bacmeisters Argumente	195
1. Bestätigung durch das Lübecker Recht	195
2. Das Lübecker Stadtrecht von 1586	196
a) Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht	196
b) Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht	199
c) Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht	199
d) Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht	203
e) Der Satz ‚Si vinco vincentem te, multo magis te vincum‘	206
3. Die Präjudizien des Lübecker Rechts	209
4. Die Meinung der Rechtsgelehrten	213
III. Summermanns Relation	216
1. Das Lübecker Stadtrecht von 1586	216
2. Die Analogie des Lübecker Stadtrechts	220
3. Die Präjudizien des Lübecker Rechts	220
4. Die Meinung der Rechtsgelehrten	222
IV. Zwischenergebnis	228
Schluß	231
Quellen- und Literaturverzeichnis	237
I. Ungedruckte Quellen	237
II. Gedruckte Quellen und Literatur	237

Einführung

I. Gegenstand und Quellenlage

1. Gegenstand

Gegenstand der vorliegenden Arbeit zur Rechtsanwendung im *Usus modernus* ist ein Lübecker Erbrechtsstreit aus den Jahren 1744 bis 1756, der erstinstanzlich vor dem Lübecker Rat verhandelt, nach Appellation der Klägerin aber vor dem Reichskammergericht in Wetzlar weiter ausgetragen und von diesem durch Endurteil entschieden wurde. Klägerin war die Delmenhorster Adlige Anna Maria von Spilcker, Beklagter war der Lübecker Bürgermeister Dr. Johann Adolph Krohn.¹ Zum Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn kam es, nachdem im Frühjahr 1744 die wohlhabende Lübecker Bürgerin Catharina Margaretha Haecks, die Ehefrau des zum Zeitpunkt des Streits noch lebenden Lübecker Rats Herrn Dr. Daniel Haecks, gestorben war.² Catharina Margaretha Haecks hatte zu Lebzeiten kein Testament verfaßt und außer ihrer Tante, der späteren Klägerin, sowie ihrem Onkel, dem späteren Beklagten, keine weiteren nahen Verwandten hinterlassen, die als ihre Erben in Betracht gekommen wären. Während aber der Lübecker Bürgermeister Krohn ein vollbürtiger Bruder des Vaters der Verstorbenen war, handelte es sich bei der Delmenhorster Adligen Spilcker, der Witwe des Oldenburger und Delmenhorster Amtsvogts Moritz Eberhard von Spilcker, lediglich um eine Halbschwester der Mutter der Erblasserin. Unter Berufung hierauf nahm Krohn das Verwandtenerbrecht für sich allein in Anspruch. Dadurch wiederum sah sich Spilcker, die sich als gleichbe-

¹ Zu Dr. Johann Adolph Krohn: Emil Ferdinand Fehling, *Lübeckische Ratslinie. Von den Anfängen der Stadt bis auf die Gegenwart*, Unveränderter Nachdruck der Ausgabe Lübeck 1925, Lübeck 1978, Anmerkung zu Nr. 860 (S. 139); Krohns Dissertation ist aufgelistet in: *Gesamtverzeichnis des deutschsprachigen Schrifttums (GV). 1700-1910* (hg. von Peter Geils), 81. Band, München/New York/London/Paris 1979, S. 157.

² Zu Dr. Daniel Haecks: Fehling (wie Fn. 1), Anmerkung zu Nr. 883 (S. 143); dort ist auch die Erblasserin, Haecks' erste Ehefrau Catharina Margaretha Haecks, erwähnt. Im folgenden wird der Name ‚Krohn‘ sowohl für den Beklagten, Bürgermeister Dr. Johann Adolph Krohn, als auch für dessen Sohn, Dr. Hermann Georg Krohn, verwendet. Aus dem Zusammenhang ist jeweils ohne weiteres ersichtlich, um wen es geht. Im Hauptteil und im Schluß der Arbeit meint der Name ‚Krohn‘ ausschließlich Dr. Hermann Georg Krohn. Etwas anderes gilt nur für die Einleitung zum Hauptteil.

rechtigte Erbin neben Krohn betrachtete, im Herbst 1744 zur Klageerhebung veranlaßt. Denn Spilcker war mit der Erblasserin im gleichen Verwandtschaftsgrad verwandt wie Krohn, nämlich im dritten Grad.

Auf diese Weise entwickelte sich ein langjähriger Rechtsstreit um das Erbrecht der halben Geburt, in dem die Parteien nicht nur um das Erbrecht vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter, sondern auch um zahlreiche prozessuale Fragen stritten. Beide Parteien stammten zudem aus weitverzweigten Juristenfamilien und konnten auf entsprechende Unterstützung aus ihrer jeweiligen Verwandtschaft zurückgreifen. Während der Stiefschwiegersohn der Klägerin, der Celler Oberappellationsrat Dr. Johann Christian Bacmeister, den Rechtsstreit für seine Stiefschwiegermutter Spilcker führte, ging Krohns Sohn, der Lübecker Syndikus Dr. Hermann Georg Krohn, so weit, daß er anonym eine Abhandlung mit dem Titel ‚Versuch die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen nach den in Teutschland üblichen Rechten und Statuten aus zulänglichen Gründen in Richtigkeit zu bringen‘ verfaßte und 1746 bei Jonas Schmidt in Lübeck verlegen ließ.³ Bürgermeister Krohn übergab die gedruckte Abhandlung seines Sohnes dem Lübecker Rat, ohne freilich den Namen des Verfassers zu nennen. Darauf reagierte Bacmeister mit einer eigenen, Heinrich Christian Senckenberg gewidmeten ‚Wiederlegung‘, auf die Krohns Sohn wiederum mit einer ‚Weiteren Ausführung‘ antwortete.⁴ Krohns Sohn vertrat zum Erbrecht vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter selbstverständlich diejenige Rechtsansicht, nach der sein Vater als vollbürtiger Verwandter der verstorbenen Haecks das Verwandtenerbrecht tat-

³ Hermann Georg Krohn (anonym), Versuch die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen nach den in Teutschland üblichen Rechten und Statuten aus zulänglichen Gründen in Richtigkeit zu bringen, Lübeck 1748; hierüber berichteten die Altonaischen Gelehrten Zeitungen am 17. Februar 1746 (Altonaische Gelehrte Zeitungen auf das Jahr 1746, XIII. Stück, S. 108ff.); Dr. Hermann Georg Krohn ist erwähnt bei: Fehling (wie Fn. 1), Anmerkungen zu Nr. 720 (S. 113) und zu Nr. 919 (S. 149); Krohns Dissertation ist aufgelistet in: Gesamtverzeichnis (wie Fn. 1), 81. Band, S. 157.

⁴ Johann Christian Bacmeister, Wiederlegung des Versuchs die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen nach den in Teutschland üblichen Rechten und Statuten aus zulänglichen Gründen in Richtigkeit zu bringen, Lübeck 1748; Hermann Georg Krohn, Weitere Ausführung des Versuchs die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen nach den in Teutschland üblichen Rechten und Statuten aus zulänglichen Gründen in Richtigkeit zu bringen; Samt dessen Bestärkung wider die vermeyntliche Widerlegung desselben, Lübeck 1748.

sächlich für sich allein beanspruchen durfte. Demgegenüber mußte Bürgermeister Krohn das Verwandtenerbrecht nach Bacmeisters Meinung mit dessen Stiefschwiegermutter teilen. 1748 erschienen bei Jonas Schmidt alle drei Abhandlungen in einem einzigen Band und unter Herausgeberschaft des nun nicht mehr anonymen Dr. Hermann Georg Krohn.⁵ Bei Försters Erben in Hannover gab auch Bacmeister seine Schrift unter dem Titel ‚Abhandlung von dem Recht der vollen und halben Geburt nach denen natürlichen, römischen, deutschen und besonders lübischen Rechten zu einer Prüfung des zu Lübeck herausgekommenen Versuchs, die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburt vor der halben in Erbschafts-Fällen (...) in Richtigkeit zu bringen‘ heraus.⁶ Eine weitere Schrift von Bürgermeister Krohns Sohn erschien zusammen mit dem erstinstanzlichen Urteil des Lübecker Rats erst nach Übersendung der Prozeßakte nach Wetzlar 1749.⁷ Diese dritte Schrift seines Sohnes, die ebenfalls bei Jonas Schmidt erschien, legte Krohn dem Reichskammergericht allerdings nicht mehr vor. Weder Spilcker noch Krohn erlebten das Ende des Rechtsstreits, denn nach Appellation der Klägerin gegen das erstinstanzliche Urteil verstarben beide Parteien. Die Erben Spilckers und Krohns führten den Prozeß fort. Am Ende gewannen Spilckers Erben. Dann starb auch Bürgermeister Krohns Sohn.

Entscheidend für den Ausgang des Rechtsstreits war die Ermittlung des anzuwendenden Rechts in der Frage des Erbrechts vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter, namentlich vollbürtiger und halbbürtiger Onkel und Tanten des Erblassers. Dabei standen sich das römische Recht als rezipiertes Recht auf der einen Seite und das Lübecker Recht als einheimisches Recht auf der anderen

⁵ Hermann Georg Krohn, Abhandlung von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen mit den dabey gemachten Einwürfen in drey Theile vertheilet und mit einem nöthigen Register versehen, Leipzig/Lübeck 1748.

⁶ Johann Christian Bacmeister, Abhandlung von dem Recht der vollen und halben Geburt nach denen natürlichen, römischen, deutschen und besonders lübischen Rechten zu einer Prüfung des zu Lübeck herausgekommenen Versuchs, die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburt vor der halben in Erbschafts-Fällen ... in Richtigkeit zu bringen, Hannover 1748.

⁷ Hermann Georg Krohn, Anhang zur Abhandlung von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen; nebst einem von der löblichen Juristen-Facultät zu Franckfurt an der Oder darunter gefällten Urtheil, Lübeck 1749; alle genannten Schriften Krohns und Bacmeisters sind aufgelistet bei: Wilhelm Ebel, Jurisprudencia Lubecensis. Bibliographie des lübischen Rechts, Nr. 0027 (S. 9) und Nr. 0682 (S. 58).

Seite gegenüber.⁸ Im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Kohn ging es damit zugleich um eine der wichtigsten Fragen im Zeitalter des *Usus modernus*, nämlich um die Frage des Verhältnisses des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte. Auch das neuzeitliche Naturrecht und andere Rechtsquellen spielten eine Rolle. Um Anwendung und Auslegung dieser Rechtsquellen stritten die Beteiligten aber weniger in den eigentlichen Schriftsätzen der Parteien, die lediglich Zusammenfassungen und Wiederholungen der Ausführungen in den Schriften Krohns und Bacmeisters sowie Verweise hierauf enthielten, als vielmehr in diesen drei Abhandlungen Krohns und Bacmeisters selbst. Um zu einem für die jeweils eigene Seite günstigen Ergebnis zu gelangen, betrieben Krohn und Bacmeister im Rahmen einer gewaltigen Auseinandersetzung einen immensen Aufwand. So argumentierte Krohn zur Auslegung des römischen Intestaterbrechts in Gestalt von Nov. 118 nicht nur mit den Novellen Justinians, sondern auch mit Zwölftafelrecht sowie mit diversen prätorischen Edikten und Senatsbeschlüssen. Im Bereich des neuzeitlichen Naturrechts ging Krohn über die von ihm zitierten Vernunftrechtler Hugo Grotius und Samuel Pufendorf weit hinaus und griff auf griechische und römische Denker wie Aristoteles und Cicero zurück, wie dies Grotius und Pufendorf in ihren Büchern allerdings auch selbst taten. Mit ihrer Untersuchung des Lübecker Rechts sprengten Krohn und Bacmeister die bis dahin von ihnen selbst gesetzten Maßstäbe jedoch vollends. Dies galt wiederum besonders für Krohn, der den Versuch unternahm, zugunsten seines beklagten Vaters in der Frage des Erbrechts vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter ein weitgehend einheitliches und vor allem weitgehend vom römischen Recht unbeeinflusstes deutsches Recht nachzuweisen. Darin sollte sich auch das Lübecker Recht ein-

⁸ Unter ‚Lübecker Recht‘ wird im folgenden das in Lübeck im 18. Jahrhundert geltende Recht verstanden. Darin ist das Lübecker Stadtrecht von 1586 eingeschlossen. Demgegenüber ist mit ‚lübisches Recht‘ das nicht nur in Lübeck, sondern im gesamten lübischen Rechtskreis geltende Recht gemeint. Eine ähnliche Begrifflichkeit findet sich bei Wilhelm Ebel, der unter dem Begriff ‚lübeckisches Recht‘ jedoch das ausschließlich in Lübeck geltende, besondere Recht zusammenfaßt. Damit sind insbesondere spezifische Dekrete des Lübecker Rats gemeint (Wilhelm Ebel, Stichwort ‚Lübisches Recht‘, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (hg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann), 3. Band, Berlin 1984, Sp. 77-84, Sp. 77f.). Zu dieser Unterscheidung auch: Stefan Ullrich, Untersuchungen zum Einfluss des lübischen Rechts auf die Rechte von Bergen, Stockholm und Wisby, Diss. iur. Würzburg 2007, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2008, S. 57f.

ordnen, wovon sich das Reichskammergericht jedoch nicht überzeugen ließ. Ausgangspunkt waren für Krohn antike Berichte Caesars und Tacitus' sowie verschiedene germanische Stammesrechte der Spätantike und des Frühmittelalters wie die Lex Salica. Weiter ging es über Rechtsbücher des Mittelalters wie dem berühmten Sachsenspiegel, der Soester Schrae und andere städtische Rechtsaufzeichnungen sowie zwei spezielle Rechtssprichwörter zum Erbrecht der halben Geburt. Vergleichend erörterte Krohn auch zahlreiche Land- und Stadtrechte der frühen Neuzeit. Krohn und Bacmeister versuchten, für ihre Zwecke alles fruchtbar zu machen, was irgendwie greifbar war, und deckten damit insgesamt einen Zeitraum von weit mehr als zweitausend Jahren ab. Selbst die Streitigkeiten zwischen den fränkischen Königen Karl dem Kahlen und Ludwig dem Deutschen nach dem Tode Lothars II. um das von diesem hinterlassene Lothringen in der zweiten Hälfte des 9. Jahrhunderts bezogen Bacmeister und Krohn in ihre jeweilige Argumentation ein. Selbstverständlich diskutierten Krohn und Bacmeister auch die konkreten Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts eingehend. In beachtlichem Umfang ließ sich auch der Reichskammergerichtsassessor Johann Wilhelm Summermann auf die materielle Auseinandersetzung der Beteiligten um das Erbrecht der halben Geburt ein.⁹

Daß bereits das zeitgenössische Schrifttum dem Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn große Aufmerksamkeit schenkte, ist demnach nicht verwunderlich. So behandelte der Vizepräsident des Celler Oberappellationsgerichts Friedrich Esaias Pufendorf, der zur selben Zeit wie Bacmeister Oberappellationsrat in Celle war, in zwei Observationen seines Hauptwerks ‚Observationes iuris universi' das Erbrecht vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter.¹⁰ Dabei ging Pufendorf ausdrücklich auf die von Krohn im ‚Versuch' vertretene Rechtsansicht samt der hierzu von Krohn angeführten Argumente ein, stellte sich aber auf die Seite Bacmeisters. Demgegenüber lobte der Kommentator des revidierten Lübecker Stadtrechts von 1586 Joachim Lukas Stein in seiner ‚Einleitung zur Lübschen Rechtsgelehrsamkeit', die er Krohn

⁹ Zu Summermann: Sigrid Jahns, Das Reichskammergericht und seine Richter. Verfassung und Sozialstruktur eines höchsten Gerichts im Alten Reich, Teil II: Biographien, 2. Band, Köln/Weimar/Wien 2003, S. 1409ff.

¹⁰ Friedrich Esaias von Pufendorf, Observationes iuris universi, 2. Band, Hannover 1779, 192. Observation (S. 587ff.) und 193. Observation (S. 593ff.).

widmete, Krohns ‚Versuch‘ und ‚Weitere Ausführung‘.¹¹ Im fernen Frankfurt am Main zitierte Johann Philipp Orth in seinem Kommentar des reformierten Frankfurter Stadtrechts von 1578 aus Krohns ‚Versuch‘.¹² Johann Ulrich Cramer bearbeitete für seine ‚Wetzlarischen Nebenstunden‘ das Votum des Assessors Summermann.¹³ Der Lübecker Partikularrechtler Johann Carl Henrich Dreyer nahm das Urteil des Reichskammergerichts von 1756, zusammen mit einer eigenen Stellungnahme, sogar in seine Sammlung Lübecker Rechtsquellen auf.¹⁴

2. Quellenlage

Der Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn ist in einer umfangreichen Reichskammergerichtsakte überliefert, die heute auf das Archiv der Hansestadt Lübeck und das Bundesarchiv verteilt ist und den Rechtsstreit nahezu vollständig dokumentiert. Während die im Archiv der Hansestadt Lübeck aufbewahrte Prozeßakte eine Abschrift der erstinstanzlichen Akte sowie das Protokollbuch des Reichskammergerichts, die beim Reichskammergericht vorgelegten Schriftsätze und weitere Schriftstücke enthält (AHL RKG S 118), befinden sich die Relation des Assessors Summermann sowie das Protokoll des Senats des Reichskammergerichts einschließlich des vom Senat beschlossenen Urteilste-

¹¹ Joachim Lukas Stein, Einleitung zur Lübschen Rechtsgelehrsamkeit, Rostock/Wismar 1751, 2. Teil, 2. Buch, 2. Titel, 2. Anmerkung zu § 195 (S. 243f.).

¹² Johann Philipp Orth, Nöthig- und nützlich-erachtete Anmerkungen über die im 2. Th. enthaltene 8 erstere Tituln wie auch der so genannten Erneuernten Reformation der Stadt Franckfurt am Mayn, 4. Fortsetzung, Frankfurt am Main 1757, Anmerkungen, S. 28; herangezogen wird Krohn auch im Zusammenhang mit dem Repräsentationsrecht im Lübecker Recht von: Heinrich Brokes, *Selectae observationes forenses*, Lübeck/Altona 1765, 519. Observation (S. 539ff.); ein späterer Hinweis auf Krohns und Bacmeisters Schriften findet sich bei: Friedrich Christoph Jonathan Fischer, *Erbfolgsgeschichte der Seitenverwandten in Teutschland*, Leipzig 1782, § 27 (S. 53).

¹³ Johann Ulrich von Cramer, *Wetzlarische Nebenstunden*, 6. Band, Ulm 1757, 6. Kapitel (S. 84ff.).

¹⁴ Johann Carl Henrich Dreyer, *Einleitung zur Kenntniß der in Geist- Bürgerlichen- Gerichts- Handlungs- Policey- und Kammer-Sachen von E. Hochw. Rath der Reichsstadt Lübeck von Zeit zu Zeit ergangenen allgemeinen Verordnungen, Normalien, Decreten, wie auch der dahin einschlagenden Rechts-Urkunden*, Lübeck 1769, S. 318ff.; im 19. Jahrhundert wird das Urteil des Reichskammergerichts erwähnt und kritisiert von Carl Wilhelm Pauli (*Carl Wilhelm Pauli, Abhandlungen aus dem Lübschen Rechte*, 3. Teil. *Das Erbrecht der Blutsfreunde und die Testamente nach Lübschen Rechte*, Lübeck 1841, I § 10 (S. 65f.)).

nors im Bundesarchiv (BA AR 1-I/184). Auch das Endurteil des Reichskammergerichts ist im Bundesarchiv archiviert (BA AR 1-III/66). Hingegen sind die Entscheidungsgründe zum Endurteil des Lübecker Rats, zumindest in der Reichskammergerichtsakte, nicht überliefert. Der Grund hierfür könnte darin liegen, daß die von der Juristenfakultät in Frankfurt an der Oder erstellten Entscheidungsgründe, die vor der Übersendung der Prozeßakte nach Wetzlar dem Anschein nach gesondert gebunden wurden, möglicherweise bei den persönlichen Unterlagen Summermanns verblieben. Allerdings enthalten Joachim Lukas Steins ‚Betrachtungen einzelner Rechtsmaterien‘, die in einem eigenen Kapitel und vor dem Hintergrund der Auseinandersetzung zwischen Krohn und Bacmeister das ‚Vorrechte der vollen Geburth‘ behandeln, die Rationes decidendi der Frankfurter Juristenfakultät vom 18. August 1748.¹⁵ Unklar ist freilich, inwieweit diese authentisch sind. Ebenfalls nicht in der Akte überliefert ist Krohns ‚Versuch‘. Bacmeister hatte während des Appellationsprozesses zur Beschleunigung der Aktenübersendung gegenüber dem Lübecker Rat angeregt, ihm keine Abschrift von Krohns ‚Versuch‘ zu übergeben, sondern eine Druckfassung hiervon. Was letztlich geschah, ist nicht sicher. Da sich Summermann in seinem Votum aber ausdrücklich auf Krohns ‚Versuch‘ bezog, steht fest, daß Summermann zumindest eine gedruckte Fassung besaß, woher auch immer er diese erhalten hatte. Gleiches gilt für die anderen an der Entscheidung des Reichskammergerichts beteiligten Assessoren. Auch die vorliegende Untersuchung bedient sich, soweit es um die erste Abhandlung Krohns geht, der gedruckten Fassung. Bacmeisters ‚Wiederlegung‘ und Krohns ‚Weitere Ausführung‘ sind hingegen Teil der Abschrift der erstinstanzlichen Akte und werden in dieser Form zugrundegelegt.¹⁶

Wegen der sehr guten Quellenlage sowie ihrer besonderen Eigenschaft, sowohl ein erstinstanzliches Verfahren im 18. Jahrhundert als auch einen Appel-

¹⁵ Joachim Lukas Stein, *Betrachtungen einzelner Rechts-Materien nach deutschen, besonders sächsischen, lübischen, hamburgischen ... Rechten*, 3. Teil, Rostock 1783, 7. Kapitel (‚Von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts Fällen, nach älteren und neueren Teutschen, besonders den alten Sächsischen und Lübeckischen Rechten.‘) (S. 2ff.); die Rationes decidendi befinden sich auf den S. 118-128.

¹⁶ Die der Abschrift der erstinstanzlichen Akte entsprechenden Stellen in den Druckfassungen werden in den Fußnoten jeweils an zweiter Stelle genannt. Zwischen der Abschrift der erstinstanzlichen Akte und den Druckfassungen besteht bis auf wenige Ausnahmen Übereinstimmung.

lationsprozeß beim Reichskammergericht einschließlich zahlreicher Prozeßhandlungen, Aktenversendungen, Zwischenurteile sowie einer Revision und anderem zu veranschaulichen, veröffentlichte Peter Oestmann die Akte des Reichskammergerichts im Jahre 2009 im Rahmen einer einmaligen historisch-kritischen Edition.¹⁷

II. Ziel und Methode sowie Vorarbeiten

1. Ziel und Methode

Ziel der vorliegenden Arbeit zur Rechtsanwendung im *Usus modernus* ist die quellennahe Darstellung des Rechtsstreits zwischen Spilcker und Krohn sowie die Erörterung verschiedener Fragen in diesem Rahmen. Das wichtigste Thema ist das Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte. Die Untersuchung geht der Frage nach, ob für das Reichskammergericht sowie für die Beteiligten des Rechtsstreits in der Mitte des 18. Jahrhunderts die *Fundata intentio*-Theorie des *Usus modernus* noch maßgeblich war. Nach dieser Theorie hatte trotz der Subsidiarität des römischen Rechts derjenige, der sich vor Gericht auf das römische Recht berief, gegenüber demjenigen, der sich auf anderslautendes einheimisches Recht stützte, eine Präsomption in dem Sinne, daß letzterer den Nachweis hierfür erbringen mußte. Damit eng verbunden ist die Auslegung partikularen Rechts nach römischem Recht. Ein weiterer Punkt ist die Berufung auf die herrschende Lehre in einer konkreten rechtlichen Frage. Die Arbeit erörtert hier, welchen Stellenwert das Argumentieren mit gelehrten Autoritäten im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn noch hatte. Nicht weniger interessant ist der Umgang mit dem neuzeitlichen Naturrecht. Denn mit dem römischen Recht und dem Lübecker Recht gab es zwei Quellen des positiven Rechts, auf die sich die Beteiligten durchaus hätten beschränken können. Neben dem Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte, der Berufung auf die herrschende Lehre und dem Umgang mit dem neuzeitlichen Naturrecht ist ein weiteres Thema der Arbeit die Bedeutung alter Rechtsquellen in der juristischen Auseinandersetzung. Da die Frage nach dem Erbrecht der halben Geburt keine Frage ist, die sich erst im 18. Jahrhundert stellte, wird untersucht, ob und in-

¹⁷ Peter Oestmann, *Ein Zivilprozeß am Reichskammergericht. Edition und Kommentar einer Gerichtsakte aus dem 18. Jahrhundert*, Köln/Weimar/Wien 2009.

wieweit die Beteiligten alte Rechtsquellen in ihre Argumentation einbezogen. Schließlich ist die vorliegende Arbeit eine solche zur Erbrechtsgeschichte. Primär geht es zwar um das Erbrecht der halben Geburt. In diesem Zusammenhang wird aber auch die Intestaterbfolge generell thematisiert, was das Verständnis erleichtern oder überhaupt erst ermöglichen soll. Dies gilt namentlich für die Intestaterbfolge im römischen Recht, im Naturrecht, im Sachsenspiegel und im revidierten Lübecker Stadtrecht von 1586. Selbstverständlich wird nicht der Versuch unternommen, zu prüfen, welche der Parteien im Recht war und welche nicht. Ebensowenig werden die Endurteile des Lübecker Rats und des Reichskammergerichts überprüft.

Die Darstellung konzentriert sich auf die von Krohn und Bacmeister zur Frage des Erbrechts vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter veröffentlichten Abhandlungen sowie auf das Votum Summermanns. Weil die Schriftsätze der Parteien nur Zusammenfassungen und Wiederholungen der Ausführungen in den Schriften Krohns und Bacmeisters sowie vor allem Verweise hierauf enthalten, ist der Verzicht auf eine Darstellung der Schriftsätze der Parteien keine echte Verkürzung der angestrebten Gesamtdarstellung und Erörterung des Rechtsstreits. Dieser Verzicht scheint allenfalls insofern problematisch zu sein, als Krohn mit seinem ‚Versuch‘ nach außen hin noch den Anspruch stellte, das Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge universell und damit unabhängig vom Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn zu behandeln. Das Lübecker Recht erwähnte Krohn scheinbar nur beiläufig und widmete diesem bedeutenden deutschen Recht erst am Ende seines ‚Versuchs‘ ein ganzes Kapitel sowie mehrere Anhänge.¹⁸ Allerdings nehmen dieses 9. Kapitel sowie die drei Anhänge einschließlich zahlreicher Präjudizien hierzu innerhalb von Krohns ‚Versuch‘ genauso viel Raum ein wie die vorhergehenden acht Kapitel. Außerdem rückte bereits Bacmeister, dem bewußt war, welche Funktion die anonym verfaßte Schrift Krohns tatsächlich hatte, in seiner ‚Wiederlegung‘ das Lübecker Recht ganz klar in den Vordergrund. Dem konnte sich in seiner ‚Weiteren Ausführung‘ auch Krohn nicht mehr entziehen.¹⁹ Während am Anfang von Krohns ‚Versuch‘ noch ein umfangreicher

¹⁸ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel (S. 113ff.) und 1. bis 3. Anhang (S. 137ff.).

¹⁹ Dazu: AHL RKG S 118 Q 40a S. 1128f. = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, § 13 (S. 255f.): „(...) nachdem uns die Wiederlegung auf den casum speciale geleitet: Ob insonderheit nicht Vaters-Voll-Bruder und Schwestern den Mutter-halb-Brüdern und halb-Schwestern nach Lübschen Rechte vorgehen müssen? (...)“.

‚Vorbericht‘ zum Rückgriff auf das römische Recht bei der Auslegung der deutschen Rechte steht, folgt in Bacmeisters ‚Wiederlegung‘ nach einer kurzen anfänglichen ‚Untersuchung des gegenseitigen Vorberichts‘ unmittelbar ein eigenes Kapitel zur Auslegung des Lübecker Rechts in der Frage der Erbfolge der Seitenverwandten.²⁰ Dementsprechend baute Krohn seine ‚Weitere Ausführung‘ auf.²¹ Insofern sind auch die drei Abhandlungen Krohns und Bacmeisters, von ihrem Anlaß ganz zu schweigen, ganz nah am Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn aufgestellt. Zugleich zeigt die Arbeit auf diese Weise an einem schönen Beispiel, wie Rechtslehre und Rechtspraxis im Zeitalter des *Usus modernus* zusammenspielen konnten. Die weitere Beschränkung auf die Relation Summermanns und das Senatsprotokoll ergibt sich zwangsläufig daraus, daß das Reichskammergericht seine Urteile nicht begründete.²²

Die Darstellung faßt die Ausführungen Krohns im ‚Versuch‘ und in der ‚Weiteren Ausführung‘ regelmäßig zusammen und stellt dem die Argumente Bacmeisters gegenüber. Eine chronologische Erörterung vor bzw. nach Bacmeisters ‚Wiederlegung‘ wird demgegenüber gewählt, wenn dadurch besser deutlich wird, welche Dynamik die Auseinandersetzung zwischen Bacmeister und Krohn entfaltete. Vor allem zeigt sich dabei, wer genau ein konkretes Argument im Rechtsstreit als erster vortrug, denn dies war nicht in jedem Fall Krohn. Dies gilt insbesondere für die Auseinandersetzung um die alten Rechte. Dort brachte Bacmeister bspw. die bereits angedeuteten Streitigkeiten zwischen den fränkischen Königen vor Krohn in die Diskussion ein.²³ Summermanns Votum wird generell gesondert behandelt. Bei diesem Vorgehen unterscheidet die Arbeit zwischen den verschiedenen Argumentationsebenen, auf denen sich Krohn und Bacmeister sowie Summermann bewegten. Diese unterschiedlichen Ebenen spiegeln sich im Aufbau der Abhandlungen Krohns und Bacmeisters, aber auch im Aufbau des Votums Summermanns wider, der sich allerdings

²⁰ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, S. 3ff.; AHL RKG S 118 Q 40a S. 375ff. und S. 385ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 1. Kapitel (S. 3ff.) und 2. Kapitel (S. 7ff.).

²¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 553ff. und S. 587ff. = Krohn (wie Fn. 4), 1. Kapitel (S. 7ff.) und 2. Kapitel (S. 19ff.).

²² Dazu: Stephan Hocks, Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert, Diss. iur. Frankfurt am Main 1999, Frankfurt am Main 2002; das Senatsprotokoll wird nur an einer Stelle ausdrücklich einbezogen.

²³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 439ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 6. Kapitel (S. 28f.); AHL RKG S 118 Q 40a S. 936ff. = Krohn (wie Fn. 4), 6. Kapitel, § 21 (S. 21ff.).

nicht zu allen aufgeworfenen Fragen äußerte. Da die einzelnen Kapitel in den Abhandlungen von Krohn und Bacmeister aufeinander aufbauen, hätte es nahegelegen, die dortige Reihenfolge der Argumentationsebenen, die zum Teil jeweils mehrere Kapitel umfassen, vollständig zu übernehmen. So verweist Krohn immer wieder auf seine naturrechtlichen Ausführungen, die ganz am Anfang der Schriften stehen.²⁴ Dennoch geht die vorliegende Darstellung einen anderen Weg und löst sich insofern absichtlich von der von Bacmeister und Krohn vorgegebenen äußeren Reihenfolge, als sie das römische Recht an die erste Stelle nach der Frage nach dem Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Recht setzt. Dieser Weg wird nicht deshalb eingeschlagen, weil dies der überkommenen Fundata intentio-Theorie des Usus modernus entsprochen hätte, deren Gebrauch gerade untersucht werden soll, sondern weil auch Summermann sein Votum mit einigen wenigen Ausführungen zum römischen Recht begann und damit freilich der Fundata intentio-Theorie folgte.²⁵ Erst daran schließen sich Summermanns naturrechtliche Erörterungen an, gefolgt von weiteren von Krohn und Bacmeister diskutierten Argumentationsebenen.²⁶ Insofern orientiert sich die Arbeit an Summermanns Votum. Außerdem wird die Auseinandersetzung um die von Krohn und Bacmeister ausführlich behandelten alten Rechte vorgezogen und unmittelbar nach dem Naturrecht dargestellt. Auf diese Weise soll die Darstellung der inhaltlichen Bedeutung, die dieser Themenkreis für Krohn und Bacmeister hatte, besser gerecht werden. Im übrigen wird der vorgegebenen Reihenfolge gefolgt. Alles andere hätte zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten bei der Umsetzung geführt und zumindest die Schwerpunktsetzung Krohns und Bacmeisters zu sehr vernachlässigt. Dies gilt insbesondere für die Behandlung des Lübecker Rechts an letzter Stelle. Das Lübecker Recht erst zum Schluß zu behandeln, mag auf den ersten Blick wenig sachgerecht erscheinen. Andererseits ist nicht zu leugnen, daß die Abhandlungen Krohns und Bacmeisters, mit denen der Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn untrennbar verbunden war, über verschiedene argumentative Schritte zum Lübecker Recht erst hinführten. Das steht nicht im Widerspruch dazu, daß Bacmeister das Lübecker Recht stärker in

²⁴ Krohn (wie Fn. 3), 1. Kapitel (S. 31ff.); AHL RKG S 118 Q 40a S. 390ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 10ff.); AHL RKG S 118 Q 40a S. 637ff. = Krohn (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 37ff.).

²⁵ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 8a ff. (§ 35).

²⁶ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 9d ff. (§§ 38ff.).

den Vordergrund rückte als Krohn. Diese Hinführung brach auch Summermann nicht auf und behandelte das Lübecker Recht erst am Ende seines Votums.²⁷ Überdies ist die gewählte Reihenfolge der Argumentationsebenen in weiten Teilen auch ohne weiteres nachvollziehbar. Zu nennen ist etwa die Behandlung des Verhältnisses des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte an allererster Stelle.²⁸

Demnach beginnt der Hauptteil, nach einem einleitenden Überblick über die materiell-rechtliche Auseinandersetzung zwischen Krohn und Bacmeister im 1. Kapitel, mit einem 2. Kapitel zum Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte. Das 3. Kapitel beschäftigt sich mit dem römischen Intestaterbrecht. Das 4. Kapitel geht auf die naturrechtlichen Ausführungen Krohns und Bacmeisters sowie Summermanns ein. Das darauffolgende 5. Kapitel betrifft die von Krohn und Bacmeister aufgeworfene Frage, inwieweit nach alten deutschen Rechten vollbürtige Verwandte vor halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge ein Vorrecht hatten. Das 6. Kapitel behandelt Krohns und Bacmeisters Ausführungen zu verschiedenen deutschen Land- und Stadtrechten sowie zu der Frage, ob diese vom römischen Recht beeinflusst waren. Das 7. Kapitel geht auf die von Krohn und Bacmeister diskutierten Rechtssprichwörter ein, zu denen sich auch Summermann äußerte. Das 8. Kapitel endlich widmet sich den Ausführungen Krohns und Bacmeisters sowie Summermanns zum Lübecker Recht, insbesondere zum revidierten Lübecker Stadtrecht von 1586.

Der Mehrwert der Darstellung der materiell-rechtlichen Auseinandersetzung im Vergleich zur Quelle wird im wesentlichen darin gesehen, daß die Ausführungen Krohns und Bacmeisters sowie das Votum Summermanns leicht zugänglich gemacht werden. Die gründliche Darstellung des Rechtsstreits, die gleichsam eine Niederschrift sein soll, wird um einen Überblick über den besonderen Forschungsstand zur Rechtsanwendung, aber auch zum Erbrecht ergänzt, der den einzelnen Kapiteln vorangestellt ist. Daß die Beschreibung der materiell-rechtlichen Auseinandersetzung ohne ein gewisses Vorverständnis oftmals nicht auskommt, das damit vorweggenommen wird, ist selbstverständ-

²⁷ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 15c ff. (§§ 51ff.).

²⁸ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, S. 3ff.; AHL RKG S 118 Q 40a S. 375ff. und S. 385ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 1. Kapitel (S. 3ff.) und 2. Kapitel (S. 7ff.); AHL RKG S 118 Q 40a S. 553ff. und S. 587ff. = Krohn (wie Fn. 4), 1. Kapitel (S. 7ff.) und 2. Kapitel (S. 19ff.); BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 7d (§ 33).

lich. Schließlich werden an den Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn verschiedene Fragen gestellt, in die auf diese Weise eingeführt wird.²⁹ Mitunter wird der Forschungsstand auch erst unmittelbar im Text wiedergegeben, wenn dies aufbautechnisch oder didaktisch sinnvoll erscheint. Jedes Kapitel endet mit einem Zwischenergebnis, in dem ein abschließender Überblick über die Argumentation Krohns und Bacmeisters sowie Summermanns gegeben wird und wo zusammengefaßt wird, was der Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn zeigt. Im Schluß der Arbeit werden die einzelnen Zwischenergebnisse wiederholt.

2. Vorarbeiten

Diese Arbeit über den Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn ist nicht die erste Fallstudie zu einem Reichskammergerichtsprozeß. Julia Maurer stellte den Lahrer Prozeß, einen Untertanenprozeß vor dem Reichskammergericht aus dem letzten Viertel des 18. Jahrhunderts, umfassend dar.³⁰ Mit dem Münsterischen Erbmännerstreit aus dem 17. Jahrhundert, der eines der wenigen Revisionsverfahren vor dem Reichskammergericht zur Folge hatte, beschäftigte sich Rudolfine von Oer.³¹ Den ebenfalls in Revisionen mündenden Vierklosterstreit bearbeitete Dietrich Kratsch.³² Dabei ging es um das Schicksal kirchlichen Vermögens nach dem Augsburger Religionsfrieden von 1555. Auch Ernst Pitz erörterte einen Reichskammergerichtsprozeß aus dem 16. Jahrhundert.³³ Parteien dieses Prozesses waren zwei Lüneburger Kaufleute. Friedrich Battenberg berichtete kurz über einen Prozeß aus der Mitte des 18. Jahrhunderts, in dem sich die Fürther Judengemeinde und die Dompropstei Bamberg gegenüberstanden.³⁴ Darin ging es um die im Ergebnis vergeblichen Bemühun-

²⁹ Zu diesen Fragen: S. 8.

³⁰ Julia Maurer, *Der ‚Lahrer Prozess‘ 1773-1806. Ein Untertanenprozess vor dem Reichskammergericht*, Diss. iur. Freiburg (Breisgau) 1994, Köln/Weimar/Wien 1996.

³¹ Rudolfine Freiin von Oer, *Der Münsterische „Erbmännerstreit“*. Zur Problematik von Revisionen Reichskammergerichtlicher Urteile, Köln/Weimar/Wein 1998.

³² Dietrich Kratsch, *Justiz-Religion-Politik. Das Reichskammergericht und die Klosterprozesse im ausgehenden sechzehnten Jahrhundert*, Diss. iur. Tübingen 1988, Tübingen 1990.

³³ Ernst Pitz, *Ein niederdeutscher Kammergerichtsprozeß von 1525. Beitrag zum Problem der rechtsgeschichtlichen und wirtschaftsgeschichtlichen Auswertung der Reichskammergerichtsakten*, Göttingen 1969.

³⁴ Friedrich Battenberg, *Das Reichskammergericht und die Juden des Heiligen Römischen Reiches. Geistliche Herrschaft und korporative Verfassung der Juden-*

gen der Fürther Judengemeinde, gegen die teilweise Kündigung eines vertraglich erzielten Generalprivilegs gerichtlich vorzugehen. Battenberg lieferte eine Nacherzählung des Streits und ging am Ende auf die Frage ein, ob die Juden in diesem Fall vor dem Reichskammergericht benachteiligt wurden. Battenberg kam zu dem Ergebnis, daß die formal gleiche Rechtsposition der Juden gegenüber anderen Parteien keinen ausreichenden Schutz davor bot, faktisch dennoch schlechter behandelt zu werden.³⁵ Schließlich ist Peter Oestmann mit seiner Arbeit zu den Hexenprozessen am Reichskammergericht zu nennen, die sich diesem Thema umfassend und nicht auf einen Fall beschränkt widmete.³⁶

Im Unterschied zu diesen Arbeiten geht es in der vorliegenden Darstellung nicht um historische Aspekte und, von einem kurzen Überblick über die Prozeßgeschichte abgesehen, auch nicht um prozessuale Fragen. Thema ist die Anwendung des materiellen Rechts zum Erbrecht der halben Geburt und die Art und Weise der juristischen Auseinandersetzung. In dieser Hinsicht bietet der Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn zahlreiche Anknüpfungspunkte. Einige davon werden aufgegriffen, um den Rechtsstreit vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Forschungsstandes einzuordnen und letzteren auf diese Weise zu bereichern.³⁷ An erster Stelle steht das Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte. Ein weiteres Thema ist das Gewicht von Argumenten, die sich auf eine tatsächlich oder vermeintlich herrschende Meinung stützen. Von Bedeutung ist auch das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht im 18. Jahrhundert. Schließlich geht es auch um die nicht weniger interessante Frage nach der Bedeutung alter Rechte in der juristischen Argumentation. Zu diesen und weiteren Themen äußert sich die Arbeit wie oben beschrieben erst an denjenigen Stellen, an denen die Darstellung des Rechtsstreits hierzu Anlaß bietet. Dort erst wird auch die einschlägige Literatur genannt.³⁸

schaft in Fürth im Widerspruch. Erweiterte und veränderte Fassung des Vortrags am 29.8.1991 im Stadthaus am Dom zu Wetzlar, Wetzlar 1992.

³⁵ Battenberg (wie Fn. 34), S. 36f.

³⁶ Peter Oestmann, Hexenprozesse am Reichskammergericht, Diss. iur. Göttingen 1996, Köln/Weimar/Wien 1997.

³⁷ Zu den behandelten Fragen: S. 8.

³⁸ Zur Methode: S. 9.

Vorweggenommen werden soll nur der Hinweis, daß das Erbrecht der halben Geburt, um das im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn gestritten wurde, in der neueren und neuesten Literatur zur allgemeinen Privatrechtsgeschichte, soweit ersichtlich, keine Erwähnung findet.³⁹ Zu nennen ist allerdings Götz Landwehr mit seinem Aufsatz zur Erbfolgeordnung und Verwandtschaftszählung im sächsisch-magdeburgischen und im lübischen Recht.⁴⁰ Landwehr übernimmt die Darstellung der Lübecker Erbfolge bei Carl Wilhelm Pauli von 1841, der im Widerspruch zum Urteil des Reichskammergerichts von einem durchgängigen Vorrecht vollbürtiger Verwandter im Lübecker Recht ausging.⁴¹ Sehr gründlich behandelt Ludger Meuten das Erbrecht der halben Geburt für den Sachsenspiegel und das Magdeburger Recht.⁴²

In Lübeck selbst stellte sich die Frage nach dem Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge, und zwar über Geschwister des Erblassers und deren Kinder hinaus, ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts überdies nicht mehr. Denn durch Gesetz vom 10. Februar 1862 wurde die zuvor geltende Erbfolge des Lübecker Rechts unter anderem insofern geändert, als, von Geschwistern und deren Kindern abgesehen, Seitenverwandte des Erblassers ausdrücklich ohne Berücksichtigung der Voll- oder Halbbürtigkeit und ausschließlich nach dem Verwandtschaftsgrad zur Erbfolge berufen waren.⁴³

³⁹ Dies gilt namentlich für die neuere Darstellung bei: Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band I. *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, §§ 129ff. (S. 602ff.), sowie die neueste Darstellung bei: Ursula Floßmann, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, 6. Auflage, Wien/New York 2008, S. 318ff.

⁴⁰ Götz Landwehr, *Erbfolgeordnung und Verwandtschaftszählung*. Ein Diskussionsbeitrag anhand des sächsisch-magdeburgischen und des lübischen Rechts, in: *Recht als Erbe und Aufgabe*. Heinz Holzauer zum 21. April 2005 (hg. von Stefan Chr. Saar/Andreas Roth/Christian Hattenhauer), Berlin 2005, S. 32-50.

⁴¹ Landwehr (wie Fn. 40), S. 46f. und S. 49; Pauli (wie Fn. 14), I § 10 (S. 49ff.).

⁴² Ludger Meuten, *Die Erbfolgeordnung des Sachsenspiegels und des Magdeburger Rechts*, Diss. iur. Gießen 1999, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2000, § 10 (S. 127f.), § 13 IV (S. 225ff.) und § 13 VI (S. 243ff.)

⁴³ Otto Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 5. Band, Berlin 1885, 1. Abschnitt, 1. Kapitel, § 292 III 6 (S. 129); dazu im einzelnen: C. Plitt, *Das Lübeckische Erbrecht nach dem Gesetze vom 10. Februar 1862, das Erbrecht der Eheleute und der Blutsfreunde, die letztwilligen Verfügungen, so wie die Erbgüter betreffend*, Lübeck 1870, S. 47.

III. Weitere Angaben zum Rechtsstreit

1. Stammbaum

Die Erblasserin Catharina Margaretha Haecks starb am 20. Mai 1744 gegen 2 Uhr.⁴⁴ Sie war die Tochter von Dr. Hermann Krohn und Sophia Eleonora Gloxin.⁴⁵ Dr. Hermann Krohn und der beklagte Dr. Johann Adolph Krohn waren die Söhne von Hans Krohn und Catharina Hartmann. Sophia Eleonora Gloxin war hingegen die Tochter von Dr. Anton Hinrich Gloxin und dessen dritter Ehefrau Anna Margaretha Steinin.⁴⁶ Aus dieser dritten Ehe stammte auch Johann Hinrich Gloxin. In zweiter Ehe war Dr. Anton Hinrich Gloxin, der Großvater der Verstorbenen, mit Maria Juliana Beckerin verheiratet gewesen. Aus dieser zweiten Ehe wiederum stammte die klagende Anna Maria von Spilcker, geborene Gloxin, die halbbürtige Tante der Erblasserin. In erster Ehe hatte Dr. Anton Hinrich Gloxin mit seiner Ehefrau Anna Catharina Derenthal seinen Sohn David Gloxin gezeugt.⁴⁷ Insgesamt drei in der Akte des Reichs-

⁴⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 85-86 (Brief von Dr. Daniel Haecks an Anna Maria von Spilcker, 29. Mai 1744).

⁴⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 45-48 (Nächstzeugnis für die Erben des Dr. Johann Adolph Krohn, 21. August 1744); Dr. Hermann Krohn ist erwähnt bei: Fehling (wie Fn. 1), Anmerkung zu Nr. 883 (S. 143); Krohns Dissertation ist aufgelistet in: Gesamtverzeichnis (wie Fn. 1), S. 157; im folgenden wird bei den weiblichen Personen jeweils nur der Mädchename genannt.

⁴⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 57-61 (Nächstzeugnis für die Erben des Dr. Anton Hinrich Gloxin, 5. August 1691).

⁴⁷ David Gloxin hieß auch der Vater Dr. Anton Hinrich Gloxins und Großvater Anna Maria von Spilckers. Dr. David Gloxin war als Sydikus des Lübecker Rats beim Westfälischen Frieden als Gesandter Lübecks tätig und war von 1666 bis zu seinem Tode 1671 Lübecker Bürgermeister. Eine besondere Rolle spielte David Gloxin im Zusammenhang mit dem Bürgerrezeß von 1669, der das Ergebnis eines Streits zwischen dem Rat und der Bürgerschaft um die Zusammensetzung des Lübecker Rats war (zu David Gloxin: Fehling (wie Fn. 1), Anmerkung zu Nr. 792 (S. 128), sowie Mantels in: Allgemeine Deutsche Biographie (hg. von der Historischen Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften), 9. Band, Leipzig 1879, Stichwort ‚Gloxin: David G.‘ (S. 241ff.); zu den verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen in Lübeck im 17. Jahrhundert: Jürgen Asch, Rat und Bürgerschaft in Lübeck. 1598-1669. Die verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen im 17. Jahrhundert und ihre sozialen Hintergründe, Lübeck 1961 (zwischen S. 136 und S. 137 befindet sich die Abbildung eines Portraits Gloxins von 1662)).

kammergerichts enthaltene Schemata unterschiedlicher Reichweite geben den Stammbaum der Verstorbenen wieder.⁴⁸

2. Nachlaß

Auskunft über Umfang und Inhalt des Nachlasses der verstorbenen Catharina Margaretha Haecks gibt ein Nachlaßverzeichnis, das ebenfalls in der Akte des Reichskammergerichts enthalten ist.⁴⁹ Danach lag der Gesamtwert des Nachlasses bei insgesamt 17.711 Lübschen Mark und 6 Lübschen Schillingen. Um 1700 zählten in Lübeck Personen oder Familien mit einem Vermögen von mehr als 20.000 Lübschen Mark zur vermögenden Oberschicht.⁵⁰ Personen oder Familien mit einem Vermögen von weniger als 20.000 Lübschen Mark gehörten zur vermögenden Mittelschicht. Für das 18. Jahrhundert ist diese Schwelle zwar höher anzusetzen.⁵¹ Dennoch ist klar, zu welcher sozialen Schicht Haecks gehörte. Denn 1762 versteuerte etwas weniger als die Hälfte der Lübecker Haushalte ein Vermögen von lediglich 1.000 bis 2.000 Lübschen Mark.⁵² Kleinste Position des Nachlaßverzeichnisses ist ein kleiner Ring mit 3 Steinen im Wert von 18 Lübschen Mark. Größte Position ist ein Haus in der Huxstraße in Lübeck im Wert von 5.300 Lübschen Mark. Auch ein Gartengrundstück vor dem heutigen Mühlentor ist genannt. Für die Einordnung des Nachlasses ist dies ebenfalls hilfreich, weil viele vermögende Lübecker nicht nur Grundbesitz in der Stadt hatten, sondern auch Gärten, Höfe und Landgüter vor der Stadt besaßen.⁵³ Neben diversen Obligationen sowie zahlreichem Schmuck, bestehend

⁴⁸ AHL RKG S 118 Q 7 fol. 58v; AHL RKG S 118 Q 40a S. 61; BA AR 1-I/184 vor fol. 20r vor Bogen 1a.

⁴⁹ AHL RKG S 118 Q 8 fol. 59r (Erbschaftsinventar vor 13. Dezember 1748); zu Lübecker Nachlaßinventaren im 17. Jahrhundert: Renate Reichstein, Wohnen in Lübeck um die Mitte des 17. Jahrhunderts. Drei Nachlaßinventare Lübecker Bürger, in: ZVLGA, 61. Band (1981), S. 37-50.

⁵⁰ Hans-Konrad Stein, Die vermögende Oberschicht und die „Spitzenvermögen“ in Lübeck während des 16. bis 18. Jahrhunderts, in: Forschungen aus Akten des Reichskammergerichts (hg. von Bernhard Diestelkamp), Köln/Wien 1984, S. 159-185, S. 162.

⁵¹ Hans-Konrad Stein, Der Grundbesitz der vermögenden Lübecker und Hamburger Oberschicht im 16. bis 18. Jahrhundert, in: ZVLGA, 65. Band (1985), S. 87-117, S. 87, Fn. 1.

⁵² Klaus-J. Lorenzen-Schmidt, Die Vermögens- und Berufsstruktur Lübecks im Jahre 1762. Materialien zur Sozialtopographie, in: ZVLGA, 62. Band (1982), S. 155-194, S. 167f. und S. 193.

⁵³ Stein (wie Fn. 51), S. 88ff.

aus Uhren, Ketten, Ringen und dergleichen, hergestellt aus Gold, Silber und Diamanten sowie anderen Edelsteinen, ist im Nachlaßverzeichnis alles aufgelistet, was zum persönlichen Besitz einer wohlhabenden Ehefrau eines Lübecker Ratsherrn in der Mitte des 18. Jahrhunderts gehört haben mag.⁵⁴ Angegeben sind auch zwei Erbbegräbnisse in der St. Katharinen Kirche und in der St. Jakobi Kirche. Dies war sicher nur das Privileg weniger Lübecker Familien.

Inwieweit Umfang und Inhalt des Nachlasses die Parteien motivierte, den Rechtsstreit mit hohem Aufwand und bis in den jeweils eigenen Tod hinein zu betreiben, kann nicht eindeutig gesagt werden. Bacmeister, der den Rechtsstreit für seine Stiefschwiegermutter Anna Maria von Spilcker führte, gab zu Beginn des Rechtsstreits an, die Erbschaft sei von keiner besonderen Bedeutung.⁵⁵ Das Vermögen seiner Stiefschwiegermutter sei bereits groß genug, um davon gut zu leben, abgesehen davon, daß letztere ohnehin niemanden mehr zu versorgen habe. Hinter dieser Aussage können freilich vielerlei Absichten stehen. Möglicherweise wollte Bacmeister dem Vorwurf der Habgier aus dem Weg gehen. Bürgermeister Krohn hingegen bedauerte im Herbst 1749 unter Hinweis auf sein hohes Alter vor dem Reichskammergericht in Wetzlar ausdrücklich, vom Nachlaß Catharina Margaretha Haecks' noch keinen einzigen Kreuzer bekommen zu haben, woran sich für Krohn auch nichts mehr ändern sollte.⁵⁶

3. Ehegatten- und Verwandtenerbrecht

Ein Erbrecht Dr. Daniel Haecks', des überlebenden Ehegatten der verstorbenen Catharina Margaretha Haecks, wird im gesamten Rechtsstreit nicht thematisiert. Auch wird mit keinem einzigen Wort erwähnt, worauf Spilcker und Krohn ihr Verwandtenerbrecht gegenüber dem Ehegatten der Verstorbenen überhaupt stützten. Mit Sicherheit war jedoch Art. 2, 2, 12 Lübecker Stadtrecht die einschlägige Bestimmung für das Verwandtenerbrecht.⁵⁷ Danach mußte ein

⁵⁴ Zu den Bezügen der Lübecker Ratsherren: Friedrich Bruns, Die Bezüge der Lübecker Ratsherren, in: ZVLGA, 68. Band (1988), S. 83-112.

⁵⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 197 (Schriftsatz vom 10. Juni 1746).

⁵⁶ AHL RKG S 118 Q 26 fol 109r f. (Exzeptionsschrift vom 24. Oktober 1749).

⁵⁷ Art. 2, 2, 12 Lübecker Stadtrecht: „Stirbet einem Mann sein Weib, vnd haben sie keine Kinder mit einander, der Mann sol der Frawen nehesten Erben wider geben; den halben theil Gutes, welches er mit ihr bekommen, (...).“ (zum Text: Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd StadtRecht/Sampt angehengter Schiffs: vnd Hochzeiten Ordnung, Lübeck 1608); Joachim Lukas Stein, Gründliche Abhandlung des Lübschen Rechts, 2. Teil, Leipzig 1741,

Mann nach dem Tode seiner Ehefrau dann, wenn keine gemeinsamen Kinder mehr lebten oder die Eheleute niemals Kinder gehabt hatten, die Hälfte desjenigen Vermögens, das für besonderes Vermögen der Ehefrau gehalten wurde, an deren nächste Erben aushändigen. Auf das gemeinschaftliche Vermögen hatten letztere jedoch keinen Anspruch.⁵⁸ Dieses wurde insofern als alleiniges Vermögen des Mannes angesehen.⁵⁹ Damit ist zugleich die Frage nach dem Ehegattenerbrecht beantwortet. Streitgegenständlich war demnach tatsächlich nur die Hälfte des im Nachlaßverzeichnis genannten Gesamtnachlasses im Wert von 17.711 Lübschen Mark und 6 Lübschen Schillingen.⁶⁰

Für den Fall, daß Eheleute Kinder gehabt hatten und diese noch lebten, mußte der Ehemann bei Versterben seiner Ehefrau nach Art. 2, 2, 5 Lübecker Stadtrecht hingegen das gesamte gemeinschaftliche Vermögen mit den Kindern teilen, anders als nach Art. 2, 2, 12 Lübecker Stadtrecht.⁶¹ Von der Teilung ausgenommen war besonderes Vermögen des Ehegatten nach Art. 2, 2, 2 Lübecker Stadtrecht.⁶² Keine Teilung fand mit abgesonderten Kindern statt, d.h. mit Kindern, die vermögensrechtlich selbständig waren.⁶³ Mit dieser Lösung verfolgte das Lübecker Recht offensichtlich ein vom römischen Recht abweichendes Konzept. Denn im justinianischen Recht erhielten Kinder im Falle des Todes ihrer Mutter nach Nov. 98, 1 das alleinige Eigentum an der zunächst dem Ehe-

2. Teil, 2. Buch, 2. Titel, §§ 200f. (S. 275ff.); David Mevius, *Commentarius in ius Lubecense*, Frankfurt am Main/Leipzig 1700, 2. Teil, 2. Titel, Art. 12 (S. 401ff.).

⁵⁸ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, § 199 (S. 274f.).

⁵⁹ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 1. Titel, § 116 (S. 158ff.).

⁶⁰ Für einige nicht wertmäßig erfaßte Gegenstände sah das Inventar die Teilung „in natura“ vor. Dies betraf etwa „Kleider, Leinen und Betten“.

⁶¹ Art. 2, 2, 5 Lübecker Stadtrecht: „Wann ein Mann ein Weib nimpt; vnd sie Kinder miteinander zeugen; stirbet die Fraw; der Mann mus theilen mit seinen Kindern, (...)“ (zum Text: *Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd StadtRecht* (wie Fn. 57)); Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, § 194 (S. 269f.); zu Art. 2, 2, 12 Lübecker Stadtrecht: Fn. 57.

⁶² Art. 2, 2, 2 Lübecker Stadtrecht: „Stirbet einem Mann sein Weib, vnd er sol theilen mit seinen Kindern, so nimpt der Mann zuuor aus seinen Harnisch vnd beste Kleider, was alßdann vberig bleibet, das sol er zugleich theilen mit den Kindern, nemblichen, der Vater die helffte; die Kinder die ander helffte.“ (zum Text: *Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd StadtRecht* (wie Fn. 57)); Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, § 195 (S. 270f.).

⁶³ Art. 2, 2, 33 und Art. 2, 2, 34 Lübecker Stadtrecht; Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, § 196 (S. 271).

mann übertragenen Mitgift, wohingegen sich letzterer mit einem Nießbrauch hieran begnügen mußte.⁶⁴

Haecks ging später überdies noch drei weitere Ehen ein.⁶⁵ Haecks war also insgesamt viermal verheiratet. Dies zeigt die praktische Bedeutung des Erbrechts der halben Geburt.⁶⁶ Der Großvater der Erblasserin war hingegen nur dreimal verheiratet gewesen.⁶⁷

IV. Prozeßgeschichte

1. Allgemeines

Die Prozeßgeschichte des Rechtsstreits zwischen Spilcker und Krohn ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.⁶⁸ Dennoch werden das erstinstanzliche Verfahren vor dem Lübecker Rat und der sich daran anschließende Appellationsprozeß vor dem Reichskammergericht in Wetzlar im folgenden und damit außerhalb des Hauptteils in Grundzügen dargestellt. Dadurch soll veranschaulicht werden, in welchem äußeren Rahmen sich der Rechtsstreit abspielte und von welchen zusätzlichen Auseinandersetzungen dieser Rahmen geprägt war. Zur Vertiefung dient die von Peter Oestmann edierte Akte des Reichskammergerichts mit ihren wertvollen Anmerkungen.⁶⁹ Zur Erläuterung der benutzten Fachbegriffe wird zugleich auf Samuel Oberländers ‚Lexicon iuridicum Romano-Teuto-

⁶⁴ Max Kaser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt. Das altrömische, das vor-klassische und klassische Recht, 2. Auflage, München 1971, § 223 II 1b (S. 190); Coing (wie Fn. 39), § 41 I (S. 238).

⁶⁵ Fehling (wie Fn. 1), Anmerkung zu Nr. 883 (S. 143).

⁶⁶ Zur erhöhten Sterblichkeit in der Hansezeit: Wilhelm Ebel, Bürgerliches Rechtsleben zur Hansezeit in Lübecker Ratsurteilen, Göttingen/Frankfurt am Main/Berlin 1954, S. 19.

⁶⁷ Zum Stammbaum: S. 16.

⁶⁸ Zum älteren Kameralprozeß: Bettina Dick, Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 bis 1555, Diss. iur. Heidelberg 1980, Köln/Wien 1981; zur späten Kameralliteratur: Ernst Holthöfer, Die Literatur der Kameraljurisprudenz am Ende des Alten Reichs. Die reichskammergerichtliche Literatur von der Mitte des 18. Jahrhunderts bis 1806, in: Das Reichskammergericht am Ende des Alten Reiches und sein Fortwirken im 19. Jahrhundert (hg. von Bernhard Diestelkamp), Köln/Weimar/Wien 2002, S. 189-215.

⁶⁹ Oestmann (wie Fn. 17).

nicum' sowie auf Georg Wilhelm Wetzells ‚System des ordentlichen Civilprocesses' verwiesen.⁷⁰

2. Erstinstanzliches Verfahren vor dem Lübecker Rat

a) Klageerhebung und Streit um den Legitimationsnachweis

Am 23. Oktober 1744 reichte Bacmeister die Klage Spilckers beim Lübecker Rat ein.⁷¹ Als Obergericht entschied der Lübecker Rat über nahezu alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die wahlweise entweder an das Niedergericht oder an das Obergericht gebracht werden konnten.⁷² Das Obergericht setzte sich aus sämtlichen Ratsmitgliedern unter Vorsitz des zweiten wortführenden Bürgermeisters der Stadt zusammen.⁷³ Zuvor hatte Spilcker ihren Stiefschwiegersohn dazu bevollmächtigt, den Rechtsstreit in ihrem Namen zu führen.⁷⁴ Für Bacmeister selbst trat vor dem Lübecker Rat der Obergerichtsprokurator Petrus Andreas Haecker auf.

Am 6. November 1744 legte Bürgermeister Krohn, für den vor dem Lübecker Obergericht der Obergerichtsprokurator Dr. Joachim Tanck auftrat, seine Exzeption vor.⁷⁵ Darin ließ sich Krohn allerdings nicht zur Hauptsache ein, sondern bestritt, daß es sich bei der Klägerin um eine Verwandte der verstorbenen Haecks handelte. Krohn erzielte damit eine jahrelange Verzögerung des Rechtsstreits. Krohn verlangte nicht nur einen Nachweis der Legitimation der klagenden Spilcker, sondern auch die Vorlage einer Vollmacht Haeckers und

⁷⁰ Samuel Oberländer, *Lexicon iuridicum Romano-Teutonicum*, Nürnberg 1753; Georg Wilhelm Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Auflage, Leipzig 1878; als Edition: Samuel Oberländer, *Lexicon iuridicum Romano-Teutonicum* (hg. von Rainer Polley), Unveränderter Nachdruck der 4. Auflage, Nürnberg 1753, Köln/Weimar/Wien 2003.

⁷¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 31-32 (Rezeß, 23. Oktober 1744); AHL RKG S 118 Q 40a S. 32-37 (Klage, 23. Oktober 1744); umfassend zum Lübecker Rat: Friedrich Bruns, *Der Lübecker Rat. Zusammensetzung, Ergänzung und Geschäftsführung von den Anfängen bis ins 19. Jahrhundert*, in: ZVLGA, 32. Band (1951), S. 1-69.

⁷² Art. 5, 3, 7 Lübecker Stadtrecht; dazu: Martin Samuel Funk, *Die Lübischen Gerichte. Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte der Freien und Hansestadt Lübeck*, SZ (Germ. Abt.), 26. Band (1905), S. 53-90, S. 64f.

⁷³ Funk (wie Fn. 72), S. 77.

⁷⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 37-40 (Vollmacht Bacmeisters, 14. September 1744).

⁷⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 40-41 (Rezeß, 6. November 1744); AHL RKG S 118 Q 40a S. 41-45 (Exzeption, 6. November 1744); zu Dr. Joachim Tanck: Fehling (wie Fn. 1), Anmerkung zu Nr. 910 (S. 148); allgemein zur Exzeption: Wetzell (wie Fn. 70), 1. Buch, § 17 2 (S. 162ff.).

eine Sicherheitsleistung für seinen möglichen Anspruch auf Schadensersatz und Kostenerstattung im Falle des Unterliegens Spilckers.⁷⁶ Die Legitimation Spilckers versuchte Bacmeister in seiner Replik vom 15. Januar 1745 mit einem Nächstzeugnis aus dem Jahre 1691, einem beglaubigten Auszug aus dem Delmenhorster Kirchenbuch vom 5. Januar 1745 und einem entsprechenden Attest des Delmenhorster Landvogts Hövell vom 5. Januar 1745 nachzuweisen.⁷⁷ Nächstzeugnisse gingen auf Todesfälle zurück, in denen ein Erblasser keine kundigen Erben wie etwa die Ehefrau oder Kinder hinterlassen hatte und der Nachlaß der Stadt Lübeck zugefallen wäre.⁷⁸ Das in diesem Sinne städtische Erbrecht konnte allerdings mit einem Nächstzeugnis zweier Bürger zugunsten einer dritten Person über deren Verwandtschaft mit dem Erblasser verdrängt werden. Dabei handelte es sich um keine Individualzeugen, sondern um Zeugen der ganzen Familie, die gleichzeitig die eidliche Erklärung abgeben mußten, daß niemand näher oder gleich nahe erbberechtigt sei. Mit dem Aufkommen der Kirchenbücher traten an die Stelle alleiniger Nächstzeugnisse Urkunden und Registerauszüge, die weiterhin zu bezeugen und zu beeidigen waren. Bacmeister reichte außerdem eine Vollmacht Haeckers und einen Nachweis der Kautionsleistung durch den Lübecker Weinhändler Johann Daniel Weltner ein, der sich am 13. Januar 1745 vor dem Niederstadtbuch für alle möglichen Ansprüche Krohns verbürgt hatte.⁷⁹ In seiner Duplik vom 29. Januar 1745 akzeptierte Krohn zwar die Kautionsleistung durch Weltner und überließ die rechtliche Beurteilung der Vollmachten Bacmeisters und Haeckers dem Lübecker Rat, wies die zur Legitimation Spilckers vorgelegten Nachweise jedoch zurück.⁸⁰ Stattdessen verlangte Krohn einen anderen Nachweis dafür, daß die Klägerin mit der von Dr. Anton Hinrich Gloxin und dessen zweiter Ehefrau Maria Juliana Beckerin gezeugten Anna Maria von Spilcker identisch und so-

⁷⁶ Allgemein zur Kautionsleistung: Wetzell (wie Fn. 70), 1. Buch, § 30 2 (S. 315ff.).

⁷⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 50 (Rezeß, 15. Januar 1745); AHL RKG S 118 Q 40a S. 50-57 (Replik, 15. Januar 1745); AHL RKG S 118 Q 40a S. 57-61 (Nächstzeugnis für die Erben des Dr. Anton Hinrich Gloxin, 5. August 1691); AHL RKG S 118 Q 40a S. 62-63 (Auszug aus dem Delmenhorster Kirchenbuch, 5. Januar 1745); AHL RKG S 118 Q 40a S. 63-64 (Attest Hövells, 5. Januar 1745).

⁷⁸ Zum Nächstzeugnis: Ebel (wie Fn. 66), S. 38ff.

⁷⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 64-67 (Vollmacht Haeckers, 31. Oktober 1744); AHL RKG S 118 Q 40a S. 67-69 (Nachweis der Kautionsleistung Weltners, 13. Januar 1745).

⁸⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 69-70 (Rezeß, 29. Januar 1745); AHL RKG S 118 Q 40a S. 70-75 (Duplik, 29. Januar 1745).

mit mit der Erblasserin verwandt sei. Dem hielt Bacmeister in seiner Triplik vom 12. März 1745 entgegen, daß diejenigen Zeugen, die das von ihm vorgelegte Nächstzeugnis bereits im Jahre 1691 abgelegt hätten, inzwischen weit über 70 Jahre alt seien und Krohn nicht verlangen könne, daß jene nochmals ein Nächstzeugnis für Spilcker ablegten.⁸¹ Vielmehr müsse Krohn die Klägerin als die Tante der verstorbenen Catharina Margaretha Haecks solange anerkennen, wie er das Gegenteil nicht nachweisen könne.⁸² Statt eines erneuten Nächstzeugnisses übergab Bacmeister einen Brief des Witwers Dr. Daniel Haecks an Spilcker, in dem Haecks Spilcker über den Tod seiner Ehefrau informierte.⁸³ Daneben übergab Bacmeister einen Brief von Haecks an Bacmeister, worin Haecks Bacmeister mitteilte, daß Krohn Spilcker als Halbschwester der Mutter der Verstorbenen kein Erbrecht zugestehe.⁸⁴ Bacmeister meinte, damit habe Krohn Spilcker als Halbschwester der Mutter der Verstorbenen anerkannt. Krohn wiederum betonte in seiner Quadruplik vom 27. Mai 1745 nochmals, daß es nicht darauf ankomme, ob Dr. Anton Hinrich Gloxin mit seiner zweiten Ehefrau eine Tochter gehabt habe oder nicht, sondern darauf, ob die Klägerin eine solche Tochter und damit eine Tante der Verstorbenen sei oder nicht.⁸⁵ Die von Bacmeister übergebenen Briefe zeigten dies jedenfalls nicht. Abgesehen davon habe Krohn seine Einwände damals noch gar nicht formulieren müssen. In Lübeck seien zum Nachweis der Legitimation einer Person Nächstzeugnisse erforderlich. Da die Mutter der Verstorbenen erst im Jahre 1730 verstorben sei, bedürfe es keiner mehr als 70 Jahre alten Zeugen. Krohn mutmaßte, stünden für ein Nächstzeugnis keine Zeugen zur Verfügung, könne ein Nachweis auch außerhalb eines Nächstzeugnisses höchstwahrscheinlich nicht erbracht werden. Daraufhin erging am 4. Februar 1746 ein erstes Zwischenurteil des Lübecker Rats, eingeholt von der Juristenfakultät in Halle.⁸⁶ Darin bekam die Klägerin

⁸¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 76 (Rezeß, 12. März 1745); AHL RKG S 118 Q 40a S. 77-84 (Triplik, 12. März 1745).

⁸² Allgemein zur Beweislastverteilung: Wetzell (wie Fn. 70), 1. Buch, § 15 (S. 142ff.).

⁸³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 85-86 (Brief von Dr. Daniel Haecks an Anna Maria von Spilcker, 29. Mai 1744).

⁸⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 86-90 (Brief von Dr. Daniel Haecks an Dr. Johann Christian Bacmeister, 22. August 1744).

⁸⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 90-91 (Rezeß, 26. März 1745); AHL RKG S 118 Q 40a S. 91-107 (Quadruplik, 27. März 1745).

⁸⁶ Zur Aktenversendung: Ulrich Falk, *Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit*, Frankfurt am Main 2006, S. 4ff.

die Möglichkeit, ihre Legitimation mit einem Suppletionseid nachzuweisen.⁸⁷ Ein solcher Ergänzungseid war im gemeinen Zivilprozeß dann möglich, wenn die betreffende Partei die beweisbedürftige Tatsache bereits zur Hälfte bewiesen hatte.⁸⁸ Daß ein Lübecker Gericht eine Juristenfakultät um eine Expertenmeinung bat, war überdies keine Seltenheit.⁸⁹ Im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn kam es sogar mehrmals zu Aktenversendungen, was auch für das Endurteil des Lübecker Rats gilt.

b) Zwischenurteil und Revision Krohns

Zwischen den Parteien kam es nun zum Streit darüber, wo Spilcker den Eid abzulegen habe. Während sich Bacmeister auf den Standpunkt stellte, der Eid sei in Oldenburg zu leisten, also am Wohnort der Delmenhorster Adligen, war Bürgermeister Krohn der Ansicht, dies habe in Lübeck zu geschehen.⁹⁰ Der Lübecker Rat entschied durch ein zweites Zwischenurteil vom 18. März 1746, das Rechtshilfeersuchen um die Abnahme des Ergänzungseids bei der Oldenburger Regierung zu stellen und die Requisitorialien dorthin zu senden.⁹¹

Krohn legte gegen dieses zweite Zwischenurteil am 22. April 1746 Revision ein.⁹² Weil es sich dabei um ein Rechtsmittel ohne Devolutiveffekt handelte, hatte auch hierüber der Lübecker Rat zu entscheiden.⁹³ In seiner Revisionsbegründung vom 7. April 1746 wandte sich Krohn ein weiteres Mal gegen die von Bacmeister zur Legitimation Spilckers vorgelegten Nachweise, die Spilcker zur Möglichkeit, einen Suppletionseid abzulegen, verholfen hatten.⁹⁴ Daneben führte Krohn aus, ein Legitimationseid sei immer an dem Ort zu leisten, an dem die betreffende Person geboren sei. Denn letztere sei am ehesten

⁸⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 108-109 (Rezeß, 4. Februar 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 109-111 (Erstes Zwischenurteil, 4. Februar 1746).

⁸⁸ Allgemein zum Suppletionseid: Wetzell (wie Fn. 70), 1. Buch, § 26 (S. 278).

⁸⁹ Thomas Freitag und Nils Jörn, Lübeck und seine Bewohner vor den obersten Reichsgerichten in der Frühen Neuzeit, ZVLGA, 81. Band (2001), S. 161-200, S. 174f.

⁹⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 114-116 (Rezeß, 4. März 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 118-125 (Rezeß, 18. März 1746).

⁹¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 119 (Zweites Zwischenurteil, 18. März 1746); allgemein zum Rechtshilfeersuchen: Wetzell (wie Fn. 70), 2. Buch, § 38 II (S. 468ff.).

⁹² AHL RKG S 118 Q 40a S. 125-126 (Rezeß, 22. April 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 127-136 (Dokument zur Revisionseinlegung, 25. März 1746).

⁹³ Allgemein zur Revision: Wetzell (wie Fn. 70), 2. Buch, § 59 (S. 773ff.).

⁹⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 136-178 (Revisionsbegründung, 7. April 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 178-183 (Rezeß, 7. April 1746).

noch an ihrem Geburtsort bekannt. Von dieser Regel sei der Lübecker Rat bei seiner Entscheidung ohne Grund abgewichen, zumal bereits der Suppletionseid eine Ausnahme sei. Neben anderen detaillierten juristischen Erwägungen argumentierte Krohn unter anderem damit, daß ihm noch nicht einmal die zu erwartenden Reisekosten ersetzt worden seien. Bacmeister wies Krohns Revisionsbegründung am 10. Juni 1746 zurück.⁹⁵ Unter anderem hielt Bacmeister eine Reise der Klägerin nach Lübeck unter Berücksichtigung des hohen Alters und des schlechten Gesundheitszustands derselben für unzumutbar. Die zu erwartenden Reisekosten wolle er Krohn nicht ersetzen. Schließlich müsse Krohn bei der Ableistung des Suppletionseids nicht unbedingt anwesend sein und entstünden Krohn insofern keine notwendigen Reisekosten. Bacmeister warf Krohn vor, diesem gehe es ausschließlich um eine Verzögerung des Rechtsstreits. Krohn reagierte darauf in seiner weiteren Revisionsbegründung, die er dem Lübecker Rat am 29. Juli 1746 vorlegte, unter anderem mit dem Einwand, Lübeck liege von Delmenhorst lediglich 21 Meilen weit entfernt.⁹⁶ Eine solche Strecke könne im Sommerhalbjahr auch von der Klägerin ohne große Mühe zurückgelegt werden. Denn letztere könne nach ihren eigenen Angaben höchstens 67 Jahre alt sein und wolle zudem mit einem ehemaligen Angehörigen des Militärs verheiratet gewesen sein, womit sich Krohn auf die erste Ehe Spilckers bezieht.⁹⁷ Für ihn sei es im übrigen durchaus erforderlich, der Ableistung des Suppletionseids beizuwohnen, um sich auf diese Weise vor einem Betrug durch die Klägerin zu schützen. Auf Bacmeisters Hinweis auf den von Krohns Sohn zwischenzeitlich anonym veröffentlichten ‚Versuch‘ reagierte Krohn mit der Ankündigung, sich diese Schrift gelegentlich zu beschaffen und unter Umständen hierauf zurückzukommen. Krohn wollte damit den Eindruck erwecken, die anonyme Schrift seines Sohnes nicht zu kennen. Ansonsten ließ sich Krohn auch weiterhin nicht zur Hauptsache ein. Bacmeister legte daraufhin am 7. Oktober 1746 ein ärztliches Attest vor, nach dem Spilcker wegen ihres Alters und einer nicht weiter konkretisierten Krankheit nicht in der Lage war, nach Lübeck

⁹⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 184 (Rezeß, 10. Juni 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 184-214 (Refutation, 10. Juni 1746).

⁹⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 215-216 (Rezeß, 29. Juli 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 217-263 (Weitere Revisionsbegründung, 29. Juli 1746).

⁹⁷ Ein Hinweis auf diese erste Ehe findet sich in dem von Bacmeister vorgelegten Auszug aus dem Delmenhorster Kirchenbuch vom 5. Januar 1745 (AHL RKG S 118 Q 40a S. 62-63).

zu reisen.⁹⁸ Krohn antwortete darauf lediglich, dem bloßen Attest eines Arztes werde nicht ohne weiteres geglaubt.⁹⁹ Wenn Spilcker nach Oldenburg fahren könne, könne sie auch nach Lübeck fahren und ihren angeblichen Geburtsort wiedersehen. Die Revision Krohns hatte keinen Erfolg. Am 3. März 1747 entschied der Lübecker Rat durch Revisionsurteil, diesmal eingeholt von der Juristenfakultät in Leipzig, daß es bei der Entscheidung des Lübecker Rats vom 18. März 1746 bleibe, die Requisitorialien an die Oldenburger Regierung zu schicken, die Klägerin dem Beklagten aber 5 Taler zur Bestellung eines Anwalts zu erstatten habe.¹⁰⁰ Am 17. Juni 1747 leistete Anna Maria von Spilcker vor einem Kommissar der Oldenburger Regierung an ihrem Wohnort in Delmenhorst den Suppletionseid, womit die Frage ihrer Legitimation geklärt war.¹⁰¹

c) Streit in der Hauptsache und Endurteil

Nach Ableistung des Ergänzungseids durch Spilcker ließ sich Bürgermeister Krohn am 4. August 1747 vor dem Lübecker Rat erstmals zur Hauptsache ein.¹⁰² In der Anlage seiner Exzeption zur Hauptsache befand sich ein Exemplar der gedruckten Abhandlung seines Sohnes Dr. Hermann Georg Krohn, die ein Jahr zuvor anonym erschienen war und auf die Krohn immer wieder verwies. Möglicherweise hatte sich Krohn, abgesehen von Spilckers Alter, nur deshalb um eine Verzögerung des Prozesses bemüht, damit sein Sohn in dieser Zeit den aufwendigen ‚Versuch‘ fertigstellen konnte. Bürgermeister hielt Krohn in seiner Replik vom 17. Oktober 1747 entgegen, es sei mehr als ungewöhnlich, statt eigener Einwände eine gedruckte Abhandlung eines anderen vorzulegen

⁹⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 264 (Rezeß, 7. Oktober 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 264-267 (Weitere Zurückweisung der Revisionsbegründung, 7. Oktober 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 268 (Ärztliches Attest, 14. September 1746).

⁹⁹ RKG S 118 Q 40a S. 268-269 (Rezeß, 21. Oktober 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 269-282 (Rezeß, 21. Oktober 1746).

¹⁰⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 286-287 (Rezeß, 3. März 1747); AHL RKG S 118 Q 40a S. 287-289 (Revisionsurteil, 3. März 1747); zum Zwischenurteil vom 18. März 1746: S. 24.

¹⁰¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 293-294 (Schreiben der Oldenburger Regierung an den Lübecker Rat, 20. Juni 1747); AHL RKG S 118 Q 40a S. 295-296 (Schreiben des Kommissars Woldenberg an den dänischen König, 17. Juni 1747); AHL RKG S 118 Q 40a S. 296-298 (Protokoll über den Suppletionseid, 17. Juni 1747).

¹⁰² AHL RKG S 118 Q 40a S. 300 (Rezeß, 4. August 1747); AHL RKG S 118 Q 40a S. 300-361 (Exzeption zur Hauptsache, 4. August 1747).

und sich hierauf wie auf die Rechtsansicht eines unparteiischen Dritten zu berufen.¹⁰³ Für Bacmeister war klar, daß der von Krohn übergebene ‚Versuch‘ entweder von Krohn selbst oder von einem Verwandten oder Freund stammte. Es könne, so schrieb Bacmeister, doch kein Zufall sein, daß genau zu dem Zeitpunkt, in dem in Lübeck ein Rechtsstreit geführt werde, in dem es um die Frage des Erbrechts vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter gehe, am selben Ort eine Abhandlung eines Dritten zu derselben Frage erscheine. Deswegen sei die von Krohn vorgelegte Abhandlung genauso zu behandeln wie Krohns eigene Ausführungen und könne jene kein größeres Gewicht haben, als diese selbst hätten. Seiner Replik fügte Bacmeister eine eigene Abhandlung bei.¹⁰⁴ Krohn reagierte in seiner Duplik vom 12. Januar 1748 mit einer weiteren Abhandlung seines Sohnes, die nun innerhalb kurzer Zeit geschrieben worden war.¹⁰⁵ Zugleich kündigte Krohn an, der Verfasser des ‚Versuchs‘ werde gelegentlich der kommenden Buchmesse genannt werden. Daß es sich bei jenem nur um einen unparteiischen Dritten handeln könne, zeige sich aber schon dadurch, daß jener den ‚Versuch‘ und die ‚Weitere Ausführung‘ zusammen mit der von Bacmeister vorgelegten ‚Wiederlegung‘ in einem Band veröffentlichen lasse.¹⁰⁶ Am 19. Januar 1748 begehrte Bacmeister vor dem Lübecker Rat, die ‚Weitere Ausführung‘ vor Gericht nicht zuzulassen.¹⁰⁷ Krohn hielt dem entgegen, jeder könne seine Ausführungen nach Belieben in einem Schriftsatz oder in einer Anlage hierzu unterbringen.¹⁰⁸ Der Lübecker Rat entschied, die ‚Weitere Ausführung‘ zuzulassen.¹⁰⁹

¹⁰³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 363-374 (Replik, 17. Oktober 1747).

¹⁰⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 375-520 (Wiederlegung des Versuchs die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen nach den in Teutschland üblichen Rechten und Statuten aus zulänglichen Gründen in Richtigkeit zu bringen).

¹⁰⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 523-524 (Rezeß, 12. Januar 1748); AHL RKG S 118 Q 40a S. 524-542 (Duplik, 12. Januar 1748); AHL RKG S 118 Q 40a S. 543-1230 (Weitere Ausführung des Versuchs die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen nach den in Teutschland üblichen Rechten und Statuten aus zulänglichen Gründen in Richtigkeit zu bringen; Samt dessen Bestärkung wider die vermeyntliche Widerlegung desselben).

¹⁰⁶ Zu diesem gemeinsamen Band bereits: S. 3.

¹⁰⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1231-1232 (Rezeß, 19. Januar 1748).

¹⁰⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1231-1232 (Rezeß, 19. Januar 1748).

¹⁰⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1231-1232 (Rezeß, 19. Januar 1748).

Acht Monate später wies der Lübecker Rat die Klage ab.¹¹⁰ Das Endurteil vom 6. September 1748 hatte der Lübecker Rat von der Juristenfakultät in Frankfurt an der Oder eingeholt.¹¹¹ Für Spilcker bedeutete dies, daß sie als halbbürtige Verwandte trotz gleichen Verwandtschaftsgrades nicht neben Bürgermeister Krohn als vollbürtigen Verwandten zur Erbfolge berufen war.

3. Appellationsprozeß vor dem Reichskammergericht

a) Appellationseinlegung und Tod Spilckers

Am 11. Oktober 1748 legte Bacmeister beim Lübecker Rat unter Vorlage seines notariellen Appellationsinstruments vom 14. September 1748 Appellation gegen das Lübecker Endurteil ein.¹¹² Für die Einhaltung der Zehntagesfrist für die Appellation kam es auf die Beurkundung des Appellationsinstruments durch den Notar, nicht auf die Vorlage des beurkundeten Dokuments an.¹¹³ Der Lübecker Rat verwies die Appellation sofort weiter.¹¹⁴ Am 13. Dezember 1748 reichte der Prokurator Dr. Johann Albert Ruland, der für Bacmeister vor dem Reichskammergericht auftrat, seine Supplikation um Eröffnung des Appellationsprozesses in Wetzlar ein.¹¹⁵ Das Reichskammergericht entschied am selben Tag durch Extrajudizialdekret, d.h. außerhalb der regulären Audienzen, über

¹¹⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1233 (Rezeß, 6. September 1748); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1234-1236 (Endurteil des Lübecker Rats, 6. September 1748).

¹¹¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1233 (Rezeß, 6. September 1748); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1234-1236 (Endurteil des Lübecker Rats, 6. September 1748); zu den Rationes decidendi: S. 7.

¹¹² AHL RKG S 118 Q 40a S. 1236-1238 (Rezeß, 11. Oktober 1748); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1238-1250 (Notarielles Appellationsinstrument, 14. September 1748); allgemein zur Appellation: Wetzell (wie Fn. 70), 2. Buch, § 54 (S. 701ff.).

¹¹³ Allgemein zur Zehntagesfrist sowie zur Einhaltung der Frist: Wetzell (wie Fn. 70), 2. Buch, § 55 I (S. 721ff.).

¹¹⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1236-1238 (Rezeß, 11. Oktober 1748); zu diesem Zeitpunkt hatte sich Bacmeister noch nicht auf das Reichskammergericht in Wetzlar festgelegt.

¹¹⁵ AHL RKG S 118 Q 4 fol. 26r-28v (Supplikation, vor 13. Dezember 1748); zu Dr. Johann Albert von Ruland: Anette Baumann, *Advokaten und Prokuratoren. Anwälte am Reichskammergericht (1690-1806)*, Köln/Weimar/Wien 2006, S. 143 und S. 191, sowie: Andreas Klass, *Standes- oder Leistungselite? Eine Untersuchung der Karrieren der Wetzlarer Anwälte des Reichskammergerichts (1693-1806)*, Diss. iur. Würzburg 2001, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2002, S. 320; allgemein zur Inanspruchnahme von Reichskammergericht und Reichshofrat durch die Bewohner Lübecks: Freitag/Jörn (wie Fn. 89).

die Eröffnung des Appellationsprozesses.¹¹⁶ Die Ladung vom 16. Dezember 1748 wurde Krohn am 9. Januar 1749 zugestellt.¹¹⁷ Gleichzeitig erhielt der Lübecker Rat Inhibition und Kompulsorialbrief.¹¹⁸ Darin forderte das Reichskammergericht den Lübecker Rat auf, sich aller die Appellation beeinträchtigenden Handlungen zu enthalten und eine Abschrift der erstinstanzlichen Akten an Bacmeister zu übersenden. Zur Abnahme der Appellationseide Spilckers und Bacmeisters setzte der Lübecker Rat am 10. Januar 1749 Dr. Philipp Caspar Lamprecht als Kommissar ein.¹¹⁹ Bacmeister wies auf das Alter und den Gesundheitszustand der Appellantin sowie darauf hin, daß diese als Frau rechtsunkundig sei.¹²⁰ Vor diesem Hintergrund beantragte Bacmeister, daß Spilcker den erforderlichen Appellationseid nicht persönlich leisten müsse, sondern sich von ihm vertreten lassen dürfe. Hilfsweise bat Bacmeister darum, daß Spilcker, die zur persönlichen Ableistung des Appellationseids grundsätzlich bereit sei, den Appellationseid in Delmenhorst ablegen dürfe.¹²¹ Die ebenfalls zu den Solennitäten, d.h. zu den Voraussetzungen der Einlegung der Appellation zählende Kautionsleistung erfolgte am 29. Januar 1749 wiederum durch den Lübecker Weinhändler Weltner.¹²² Unter Übersendung der Eidesformeln schickte der Lübecker Rat die Requisitorialien sowohl an die Oldenburger Regierung als auch an das Oberappellationsgericht Celle, wo Bacmeister tätig war.¹²³ Spilcker sollte den Appellationseid demnach persönlich leisten. Al-

¹¹⁶ AHL RKG S 118 Q 4 fol. 28v (Extrajudizialdekret, 13. Dezember 1748).

¹¹⁷ AHL RKG S 118 Q 3 fol. 18r-23r (Ladung, Inhibition und Kompulsorialformel, 16. Dezember 1748).

¹¹⁸ AHL RKG S 118 Q 3 fol. 18r-23r (Ladung, Inhibition und Kompulsorialformel, 16. Dezember 1748); allgemein zu Inhibition und Kompulsorialbrief: Wetzell (wie Fn. 70), 2. Buch, § 56 I und 2 (S. 732ff.).

¹¹⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1251 (Dekret, 10. Januar 1749); zu Dr. Philipp Caspar Lamprecht: Fehling (wie Fn. 1), Anmerkung zu Nr. 882 (S. 142f.); allgemein zum Kalumnieneid: Wetzell (wie Fn. 70), 1. Buch, § 36 II 1 (S. 312ff.); zum Appellationseid: Wetzell (wie Fn. 70), 2. Buch, § 56 (S. 754f.).

¹²⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1253-1258 (Rezeß, 31. Januar 1749); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1259-1267 (Kommissionsprotokoll, 27. Januar 1749).

¹²¹ Allgemein zur Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten: Wetzell (wie Fn. 70), 1. Buch, § 25 I (S. 258f.); zur Bevollmächtigung beim Kalumnieneid: Wetzell (wie Fn. 70), 1. Buch, § 30 II 1 (S. 312).

¹²² AHL RKG S 118 Q 40a S. 1267-1269 (Nachweis der Kautionsleistung Weltners, 29. Januar 1749); zu Weltner im erstinstanzlichen Verfahren: S. 22.

¹²³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1274-1276 (Schreiben des Lübecker Rats an die Oldenburger Regierung, 8. Februar 1749); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1276-1277 (Eidesformel für Spilcker); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1269-1271 (Schreiben des Lübecker

lerdings wurde ihr gestattet, die Eidesleistung in Delmenhorst vorzunehmen. Die Oldenburger Regierung setzte als Termin für die Eidesableistung durch Spilcker in Delmenhorst den 18. März 1749 fest.¹²⁴ Die Ableistung des Appellationseids durch Bacmeister terminierte das Oberappellationsgericht Celle auf den 14. März 1749.¹²⁵ Während Bacmeister seinen Eid zum vorgesehenen Termin wirklich ablegte, wurde die Ableistung des Eids durch Spilcker zunächst ausgesetzt.¹²⁶

Am 7. März 1749 starb Spilcker.¹²⁷ Bacmeister zeigte dem Reichskammergericht den Tod Spilckers in der Audienz am 21. März 1749 unter Vorlage der Sterbeurkunde Spilckers an.¹²⁸

b) Wiederaufnahme, Reproduktion und zweiter Kompulsorialbrief

Die Stiefkinder Spilckers, Johann Friederich von Spilcker und Sophia Charlotte Bacmeister, geborene von Spilcker, ersuchten den Lübecker Rat am 16. Mai 1749 durch ihren Prokurator Haecker um Übersendung einer Abschrift der erstinstanzlichen Akte.¹²⁹ Unter Vorlage eines Schreibens an den Lübecker Rat sowie eines Testaments Spilckers vom 9. März 1742, mit dem die Verstorbene ihre Stiefkinder als Erben eingesetzt hatte, beantragten sie zugleich die Wiederaufnahme und Fortsetzung des Appellationsprozesses.¹³⁰ Bezüglich des Appel-

Rats an das Oberappellationsgericht Celle, 8. Februar 1749); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1272-1274 (Eidesformel für Bacmeister).

¹²⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1285-1287 (Schreiben der Oldenburger Regierung an den Lübecker Rat, 17. Februar 1749).

¹²⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1278-1279 (Schreiben des Oberappellationsgerichts Celle an den Lübecker Rat, 11. Februar 1749); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1279-1281 (Terminsfestsetzung durch das Oberappellationsgericht Celle, 11. Februar 1749).

¹²⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1305-1306 (Schreiben des Oberappellationsgerichts Celle an den Lübecker Rat, 15. März 1749); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1307-1309 (Protokoll über die Ableistung des Appellationseids durch Bacmeister, 14. März 1749); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1293-1294 (Schreiben der Oldenburger Regierung an den Lübecker Rat, 3. März 1749); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1296-1297 (Schreiben des Landgerichts Delmenhorst an die Oldenburger Regierung, 1. März 1749).

¹²⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1300-1302 (Schreiben der Oldenburger Regierung an den Lübecker Rat, 19. März 1749).

¹²⁸ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 2r (Audienz, 21. März 1749); AHL RKG S 118 Q 1 fol. 13r-14v (Sterbeurkunde Spilckers, 7. März 1749).

¹²⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1313-1316 (Rezeß, 16. Mai 1749).

¹³⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1313-1316 (Rezeß, 16. Mai 1749); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1316-1320 (Schreiben der Kinder Spilckers an den Lübecker Rat, Mai 1749); AHL RKG S 118 Q 40a S. 1321-1330 (Testament Spilckers, 9. März 1742); allgemein zur Litisreassumtion: Wetzell (wie Fn. 70), 1. Buch, § 6 (S. 41ff.).

lationseids Spilckers waren die Erben der Ansicht, daß jener als erbracht zu behandeln sei, weil Spilcker vor ihrem Tode die Ableistung des Appellationseids akzeptiert habe. Für Krohn gab dessen Prokurator Tanck im selben Termin an, die Stiefkinder Spilckers hätten die Wiederaufnahme des Appellationsprozesses noch nicht beim hierfür zuständigen Reichskammergericht beantragt.¹³¹ Der Lübecker Rat entschied daraufhin am 6. Juni 1749, die Entscheidung über die Frage der ordnungsgemäßen Einlegung der Appellation dem Reichskammergericht zu überlassen und die Abschrift und Übersendung der erstinstanzlichen Akten solange auszusetzen.¹³²

Nachdem Ruland das Reichskammergericht mehrmals um Verschiebung des Reproduktionstermins, d.h. des Termins, in dem die Ladung des Reichskammergerichts übergeben werden mußte, hatte bitten müssen, fand dieser in der Audienz am 27. August 1749 endlich statt.¹³³ Ruland legte seine Vollmacht sowie die Krohn zugestellte Ladung vom 16. Dezember 1748 vor.¹³⁴ Zudem überreichte Ruland die dem Reichskammergericht bereits am 13. Dezember 1748 im Extrajudizialverfahren übergebene Supplikation um Eröffnung des Appellationsprozesses sowie das notarielle Appellationsinstrument und den Appellationslibell, den Beschwerdebrief der Appellanten.¹³⁵ In ihrem schriftlichen Reproduktionsrezeß baten die Appellanten außerdem darum, den Appellationseid vor dem Reichskammergericht ableisten zu dürfen, nachdem der Lübecker Rat nach dem Tode Spilckers hierfür keinen Termin mehr hatte bestimmen wollen.¹³⁶ Mit dieser Bitte waren die Appellanten bereits am 2. Juni 1749 sowie am 30. Juli 1749 im Extrajudizialverfahren an das Reichskammergericht

¹³¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1313-1316 (Rezeß, 16. Mai 1749); AHL RKG S 118 Q 32 fol. 123r-123v (Rezeß, 16. Mai 1749).

¹³² AHL RKG S 118 Q 40a S. 1331-1332 (Dekret, 6. Juni 1749).

¹³³ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 2v (Audienz, 27. August 1749).

¹³⁴ AHL RKG S 118 Q 9 fol. 61r-62v (Generalvollmacht Rulands, 20. April 1749); AHL RKG S 118 Q 3 fol. 18r-23r (Ladung, Inhibition und Kompulsorialformel, 16. Dezember 1748).

¹³⁵ AHL RKG S 118 Q 4 fol. 26r-28v (Supplikation, vor 13. Dezember 1748); AHL RKG S 118 Q 5 fol. 29r-35v (Notarielles Appellationsinstrument, 14. September 1748); AHL RKG S 118 Q 6 fol. 36r-56v (Libellus Gravaminum, vor 13. Dezember 1748).

¹³⁶ AHL RKG S 118 Q 2 fol. 15r-17v (Reproduktionsrezeß, 27. August 1749).

herangetreten.¹³⁷ In beiden Fällen hatte das Reichskammergericht die Abnahme des Appellationseids aber abgelehnt und die Appellanten an den Lübecker Rat verwiesen.¹³⁸ Den Lübecker Rat hatten die Appellanten hingegen sowohl mit Schreiben vom 23. Juni 1749 als auch mit einem weiteren Schreiben vom Juli 1749 erfolglos um die Abnahme des Appellationseids ersucht.¹³⁹ Auch die von Weltner bestellte Kautionsleistung hatten die Appellanten damals erneuert und nochmals um Übersendung der erstinstanzlichen Akten gebeten.¹⁴⁰ Der hierzu besonders bevollmächtigte Ruland leistete in der Audienz am 27. August 1749 nun sowohl für die Appellanten Johann Friedrich von Spilcker und Anna Charlotte Bacmeister als auch für Bacmeister als deren Advokat in Wetzlar den Appellationseid.¹⁴¹

In der Audienz am 5. September 1749 ersuchten die Appellanten das Reichskammergericht um einen zweiten Kompulsorialbrief an den Lübecker Rat, der immer noch keine Abschrift der erstinstanzlichen Akte an die Appellanten übersandt hatte.¹⁴² Fünf Tage später, in der Audienz am 10. September 1749, meldete sich auch Krohn zu Wort.¹⁴³ Für Krohn trat in dieser Audienz der Prokurator Lic. Lukas Bostell auf, vertreten durch den Prokurator Lic. Ferdinand Wilhelm Anton Helffrich.¹⁴⁴ Krohn war der Ansicht, die Appellation sei unzulässig. Das Reichskammergericht entschied durch Zwischenurteil, den Lübecker Rat erneut zur Übersendung einer Abschrift der erstinstanzlichen Akte an die Appellanten aufzufordern.¹⁴⁵ Den zweiten Kompulsorialbrief des

¹³⁷ AHL RKG S 118 Q 14 fol. 74r-75v (Supplikation um Abnahme des Appellationseids, 2. Juni 1749); AHL RKG S 118 Q 20 fol. 84r-85v (Supplikation um Abnahme des Appellationseids, 30. Juli 1749).

¹³⁸ AHL RKG S 118 Q 14 fol. 75v (Dekret, 27. Juni 1749); AHL RKG S 118 Q 20 fol. 85v (Dekret, 20. August 1749).

¹³⁹ AHL RKG S 118 Q 39 fol. 151r-152v (Schreiben der Appellanten an den Lübecker Rat, 23. Juni 1749); AHL RKG S 118 Q 21 fol. 86r-87v (Schreiben der Appellanten an den Lübecker Rat, Juli 1749).

¹⁴⁰ AHL RKG S 118 Q 22 fol. 88r-89v (Nachweis der Kautionsleistung Weltners, 1. Juli 1749)

¹⁴¹ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 3r (Audienz, 27. August 1749); AHL RKG S 118 Q 10 fol. 63r-64v (Spezialvollmacht Rulands, 7. Januar 1749); AHL RKG S 118 Q 11 fol. 65r-66v (Spezialvollmacht Rulands, 7. Januar 1749).

¹⁴² AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 3r (Audienz, 5. September 1749).

¹⁴³ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 3r-3v (Audienz, 10. September 1749).

¹⁴⁴ Zu Lic. Lukas Andreas von Bostell: Baumann (wie Fn. 115), S. 129-131 und S. 186, sowie: Klass (wie Fn. 115), S. 221; zu Lic. Ferdinand Wilhelm Anton Helffrich: Baumann (wie Fn. 115), S. 189, sowie: Klass (wie Fn. 115), S. 281.

¹⁴⁵ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 3v-4r (Zwischenurteil, 10. September 1749).

Reichskammergerichts vom 17. September 1749 erhielt der Lübecker Rat am 28. Oktober 1749.¹⁴⁶ Einen Tag später entschied der Lübecker Rat, mit der Abschrift der erstinstanzlichen Akten zu beginnen.¹⁴⁷

c) Exzeption, Lübecks Auftritt in Wetzlar und Replik

In der Audienz am 20. Oktober 1749 erschien für Krohn erstmals der von diesem bevollmächtigte Prokurator Dr. Georg Melchior Hofmann.¹⁴⁸ Hofmann, der für Krohn bzw. dessen Sohn bis zum Ende des Appellationsprozesses vor dem Reichskammergericht auftrat, legte die Exzeption Krohns in der Audienz am 24. Oktober 1749 vor.¹⁴⁹ Darin argumentierte Krohn, die Appellanten hätten ihren Antrag auf Wiederaufnahme nicht beim Lübecker Rat, sondern ausschließlich beim Reichskammergericht stellen dürfen, weil der Appellationsprozeß im Frühjahr 1749 längst beim Reichskammergericht anhängig gewesen sei. Zudem hätten die Appellanten das Lübecker Appellationsprivileg verletzt, weil sie den Appellationseid nicht vor dem Lübecker Rat geleistet hätten, sondern nach dem Tode Spilckers davon ausgegangen seien, die Ableistung des Appellationseids habe sich erledigt, weil Spilcker diese angeboten habe, darüber aber verstorben sei.¹⁵⁰ Vor dem Reichskammergericht hätte dieser hingegen nicht abgelegt werden dürfen. Zudem hätten die Appellanten, indem sie immer wieder um Verschiebung des Reproduktionstermins gebeten hätten,

¹⁴⁶ AHL RKG S 118 Q 36 fol. 127r-131v (Zweiter Kompulsorialbrief, 17. September 1749).

¹⁴⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1332-1333 (Dekret, 29. Oktober 1749).

¹⁴⁸ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 4v (Audienz, 20. Oktober 1749); AHL RKG S 118 Q 25 fol. 94r-95v (Vollmacht Hofmanns, 13. Oktober 1749); zu Dr. Georg Melchior von Hofmann: Baumann (wie Fn. 115), S. 12-14, S. 22-26, S. 137-139 und S. 189, sowie: Klass (wie Fn. 115), S. 228.

¹⁴⁹ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 4v (Audienz, 24. Oktober 1749); AHL RKG S 118 Q 26 fol. 96r-110v (Exzeption, 24. Oktober 1749).

¹⁵⁰ Lübecker Appellationsprivileg vom 23. Mai 1588: „(...) derselbe sol zuvoran dem Rathe zu Lübeck einen Gülden Lübisch darlegen, und daselbst Gelübde und Eidt thun, daß er von ihrem Urtheil, Erkäntnuß, Proces, Entscheidt oder Decret, nicht gefährlich, oder der Wider-Parthey ihre Gerechtigkeit zu verhindern, appellire, dinge, supplicire oder reducirre, sondern daß er nicht anders wisse oder verstehe, dann daß er eine gute Sache habe, und ihm nach Satzung der Rechte, seine Gerechtigkeit zu beschirmen, zu appelliren, zu dinge, zu suppliciren, oder zu reducirren, und weiter Recht zu suchen noth sey. (...)“ (zum Text: Dero Kayserlichen Freyen und des Heiligen Römischen Reichs-Stadt Lübeck/Statuta Und Stadt-Recht/Sampt angehängter Schiffs-Ober- und Nieder-Gerichts-Ordnung/auffs neue wiederumb gedrucket, Lübeck 1680, S. 70f.).

auch gegen den Gemeinen Bescheid vom 11. Februar 1748 verstoßen, wonach nur bei Vorliegen besonderer Gründe um Verlängerung von Fristen gebeten werden dürfe. Überdies sei das von den Appellanten dem Lübecker Rat vorgelegte Testament lediglich eine Kopie, die ohne königliche Bestätigung keine Beweiskraft habe. Deswegen seien die Appellanten nicht einmal hinreichend legitimiert. Aus diesen Gründen sei die Appellation bereits unzulässig.

Für die Stadt Lübeck trat in der Audienz am 10. November 1749 der Prokurator Lic. Conrad Anton Weiskirch auf, der den von der Stadt Lübeck bevollmächtigten Dr. Philipp Ludwig Meckel vertrat.¹⁵¹ Weiskirch verteidigte das Appellationsprivileg der Stadt Lübeck, die als Adressatin der Kompulsorialbriefe am Prozeß beteiligt war. Weiskirch erinnerte daran, daß der Lübecker Rat die Entscheidung der Frage, ob die Appellanten die Solennitäten der Appellationseinlegung eingehalten hätten oder nicht, durch Dekret vom 6. Juni 1749 dem Reichskammergericht überlassen habe.¹⁵² Das Abschreiben und die Übersendung der erstinstanzlichen Akten sei inzwischen angeordnet, habe aber innerhalb von 14 Tagen nicht erfolgen können.¹⁵³ Dessen ungeachtet bestand Weiskirch darauf, daß das Reichskammergericht den Rechtsstreit zur Abnahme des Appellationseids nach Lübeck zurückverweisen müsse.

In der Audienz am 3. Dezember 1749 übergab Ruland dem Reichskammergericht die Replik der Appellanten.¹⁵⁴ Diese führten aus, nach Verkündung der Citation gegenüber dem Appellaten sowie der Inhibition und der Kompulsorialformel gegenüber dem Lübecker Rat am 9. Januar 1749 sei nicht nur die Kautionsleistung durch Weltner umgehend erfolgt, sondern dem Lübecker Rat sei auch die Ableistung der Appellationseide Spilckers und Bacmeisters angeboten worden. Daraufhin habe Bacmeister den Appellationseid tatsächlich abgelegt. Hingegen habe Spilcker den von der Oldenburger Regierung anberaumten

¹⁵¹ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 5r-6r (Audienz, 10. November 1749); AHL RKG S 118 Q 27 111r-112v (Vollmacht Meckels, 29. März 1738); zu Lic. Conrad Anton Weiskirch: Baumann (wie Fn. 115), S. 192, sowie: Klass (wie Fn. 115), S. 350; zu Dr. Philipp Ludwig Meckel: Baumann (wie Fn. 115), S. 190, sowie: Klass (wie Fn. 115), S. 305.

¹⁵² AHL RKG S 118 Q 40a S. 1331-1332 (Dekret, 6. Juni 1749); zum Dekret vom 6. Juni 1749: S. 31.

¹⁵³ Der erste Kompulsorialbrief war bereits am 19. Januar 1749 in Lübeck zugestellt worden, d.h. fast zehn Monate vor der Audienz am 10. November 1749.

¹⁵⁴ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 6v (Audienz, 3. Dezember 1749); AHL RKG S 118 Q 37 fol. 132r-148v (Replik, 3. Dezember 1749).

Termin zur Ableistung des Appellationseids in Delmenhorst nicht wahrnehmen können, habe sich aber zur Ablegung desselben grundsätzlich bereit erklärt. Bacmeister habe den Lübecker Rat nach dem Tode Spilckers zwar gebeten, die Solennitäten der Einlegung als erfüllt zu betrachten, habe hilfsweise aber die Ablegung des Appellationseids durch Spilckers Erben angeboten. Auch nach dem Beschluß des Lübecker Rats vom 6. Juni 1749 hätten sie den Lübecker Rat mit Schreiben vom 23. Juni 1749 um die Abnahme des Appellationseids gebeten.¹⁵⁵ Der Lübecker Rat habe sich jedoch geweigert, den Appellationseid abzunehmen. Nur notgedrungen hätten sie das Reichskammergericht um Abnahme des Appellationseids ersucht. Weiter argumentierten die Appellanten, Krohns Ausführungen in dessen Exzeption, wonach die Appellanten ihren Antrag auf Wiederaufnahme des Prozesses nach dem Tode Spilckers ausschließlich beim Reichskammergericht, aber nicht mehr beim Lübecker Rat hätten stellen dürfen, sei widersprüchlich. Denn entweder seien die Solennitäten der Appellationseinlegung erfüllt oder nicht. Wenn sie als Appellanten die Appellation formal ordnungsgemäß eingelegt hätten, hätte der Lübecker Rat nach dem Tode Spilckers die erstinstanzlichen Akten abschreiben und dem Reichskammergericht übersenden müssen. Da der Lübecker Rat dies nicht getan habe, sei es richtig gewesen, daß sie um Wiederaufnahme des Appellationsprozesses gebeten und sich zudem vor dem Lübecker Rat durch das Testament Spilckers als deren Erben legitimiert hätten. Wenn sie die Appellation jedoch nicht formal ordnungsgemäß eingelegt hätten, hätten sie den Lübecker Rat ohnehin um Wiederaufnahme des Appellationsprozesses und um Abnahme des Appellationseids ersuchen müssen. Eine andere Möglichkeit habe es nicht gegeben. Daß sie den Appellationseid nicht vor dem Lübecker Rat abgeleistet hätten, sei im übrigen nicht ihre Schuld, denn sie hätten die Eidesableistung wiederholt angeboten. Daß sie schließlich mehrmals um Verschiebung des Reproduktionstermins gebeten hätten, hätten sie nicht ohne Grund getan, denn immerhin sei dies nach dem Tode Spilckers geschehen. Zu dem von Krohn kritisierten Testament Spilckers führten die Appellanten aus, dieses sei von einem Notar bestätigt worden, was ausreichend sei.

¹⁵⁵ AHL RKG S 118 Q 39 fol. 151r-152v (Schreiben der Appellanten an den Lübecker Rat, 23. Juni 1749).

d) Exrotulation, Duplik und Tod Krohns

Im Exrotulationstermin am 26. Januar 1750 wurde unter Anwesenheit der Prokuratoren Ruland und Hofmann die zwischenzeitlich bei den Appellanten eingetroffene Abschrift der erstinstanzlichen Akte geöffnet.¹⁵⁶ Zuvor hatten die Appellanten für den Fall, daß der Lübecker Rat ihnen auch nach Zustellung des zweiten Kompulsorialbriefes keine Abschrift der erstinstanzlichen Akte übersenden würde, noch einen weiteren Kompulsorialbrief beantragt.¹⁵⁷ In diesem Zusammenhang hatten die Appellanten auch angedeutet, der Lübecker Rat gebe die Akten möglicherweise absichtlich nicht heraus, um sie zu benachteiligen.¹⁵⁸ Gegen diesen Vorwurf hatte sich der Lübecker Rat mit Schreiben vom 7. Januar 1750 gewehrt und ausgeführt, die Verzögerung beruhe auf der fehlenden Ableistung des Appellationseids durch die Appellanten vor dem Lübecker Rat.¹⁵⁹

In der Audienz am 16. Februar 1750 legte Hofmann dem Reichskammergericht die Duplik des Appellaten vor.¹⁶⁰ Darin führte Krohn aus, die Appellanten hätten selbst zugegeben, daß der Lübecker Rat zur Abnahme des Appellationseids bereit gewesen sei. Denn sie hätten gesagt, daß der Lübecker Rat, nachdem Spilcker die Eidesableistung angeboten habe, sogleich einen Kommissar ernannt habe. Nach dem Tode Spilckers hätten die Appellanten die Ableistung des Eids dann jedoch nicht mehr angeboten, sondern seien der Ansicht gewesen, die Solennitäten der Appellationseinlegung seien bereits erfüllt. Krohn wies außerdem wiederholt darauf hin, eine Zuständigkeit des Lübecker Rats für den Antrag der angeblichen Erben Spilckers auf Wiederaufnahme des Appellationsprozesses habe nicht mehr bestanden, nachdem Spilcker die Appellation beim Reichskammergericht eingereicht habe. Im übrigen verwies Krohn auf die Ausführungen in seiner Exzeption.

In der Audienz am 24. November 1750 zeigte Hofmann dem Reichskammergericht den Tod Krohns an und legte ein Nächstzeugnis vor, aus dem hervorging, daß Krohn von seinen Kindern Dr. Hermann Georg Krohn und Margaretha Catharina Detharding, geborene Krohn, sowie seiner Ehefrau Anna Sophia

¹⁵⁶ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 8r-8v (Audienz, 26. Januar 1750).

¹⁵⁷ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 6v-7r (Audienz, 12. Dezember 1749).

¹⁵⁸ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 6v-7r (Audienz, 12. Dezember 1749).

¹⁵⁹ AHL RKG S 118 unqadr. fol. 175r-178v, 174r (Schreiben des Lübecker Rats an das Reichskammergericht, 7. Januar 1750).

¹⁶⁰ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 8v (Audienz, 16. Februar 1750); AHL RKG S 118 Q 41 fol. 153r-166v (Dupliktschrift, 16. Februar 1750).

Krohn, geborene Stindten, beerbt worden sei.¹⁶¹ Zugleich kündigte Hofmann an, eine von den Appellaten unterzeichnete Vollmacht einzureichen, was dieser anderthalb Jahre später in der Audienz am 17. April 1752 tat.¹⁶²

e) Beratungen des Senats, Endurteil und Partitionsanzeige

Nach einer vierjährigen Pause des Rechtsstreits beriet der Senat des Reichskammergerichts vom 19. bis 22. Mai 1756 über seine Entscheidung.¹⁶³ Die Relation verfaßte der Reichskammergerichtsassessor Johann Wilhelm Summermann.¹⁶⁴ Die Verkündung des Endurteils fand am 22. Mai 1756 statt.¹⁶⁵ Darin verurteilte das Reichskammergericht die Appellaten dazu, die fragliche Erbschaft einschließlich gezogener Nutzungen zur Hälfte an die Appellanten herauszugeben, und entsprach damit voll und ganz dem Antrag der Appellanten in deren Reproduktionsrezeß.¹⁶⁶ In der Audienz am 27. August 1756 legte Hofmann dem Reichskammergericht die Partitionsanzeige der Kinder des inzwischen ebenfalls verstorbenen Dr. Hermann Georg Krohn sowie der Tochter Krohns, Margaretha Catharina Detharding, geborene Krohn, vor, in der diese erklärten, das Endurteil vom 22. Mai 1756 zu befolgen.¹⁶⁷ Das Reichskammergericht erkannte damit im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn ein gemeinsames Erbrecht vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter bei gleichem Verwandtschaftsgrad an.

¹⁶¹ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 9v (Audienz, 24. November 1750); AHL RKG S 118 unquadr. fol. 169r-170v (Nächstzeugnis, 14. November 1750); Margaretha Catharina Detharding ist als Ehefrau des Lübecker Ratsherrn Dr. Georg Wilhelm Detharding erwähnt bei: Fehling (wie Fn. 1), Anmerkung zu Nr. 890 (S. 144); zum Nächstzeugnis bereits: S. 22.

¹⁶² AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 9v (Audienz, 17. April 1752); AHL RKG S 118 Q 43 fol. 167r-168v (Vollmacht Hofmanns, 12. April 1752).

¹⁶³ AHL RKG S 118 Protokollbuch fol. 10r (Visum-Vermerk, 19. Mai 1756, Exeditum-Vermerk, 22. Mai 1756); BA AR 1-I/184 fol. 20r-23v (Senatsprotokoll).

¹⁶⁴ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 1a-26d (Relation Summermanns).

¹⁶⁵ BA AR 1-III/66 fol. 170r-170v (Endurteil, 22. Mai 1756).

¹⁶⁶ AHL RKG S 118 Q 2 fol. 15r-17v (Reproduktionsrezeß, 27. August 1749); zum Reproduktionsrezeß: S. 31.

¹⁶⁷ AHL RKG S 118 unquadr. fol. 171r-172v (Partitionsanzeige, 27. August 1756); AHL RKG S 118 unquadr. fol. 173r-173v (Prozeßvormundschaft für die unmündigen Kinder Hermann Georg Krohns, 17. Juni 1756); zu den Kindern Krohns gehörte auch der spätere Lübecker Bürgermeister Lic. Hermann Diedrich Krohn (dazu: Fehling (wie Fn. 1), Anmerkung zu Nr. 919 (S. 149)).

Hauptteil

1. Kapitel - Einleitung

I. Klagebegründung

In der materiell-rechtlichen Auseinandersetzung im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn geht es inhaltlich um zwei große Themen. Dies ist zum einen die Intestaterbfolge nach römischem Recht und nach Lübecker Recht. Auf der anderen Seite ist dies die grundlegende Frage nach dem Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte, namentlich des Lübecker Rechts. Beide Themen kommen bereits in Bacmeisters Klagebegründung zur Sprache. So stützt Bacmeister seine Klage von vornherein auf römisches Recht und begründet seinen Anspruch auf hälftige Teilung des Nachlasses damit, daß nach Nov. 118, 3 bei der Erbfolge, von Geschwistern des Erblassers und deren Kindern abgesehen, nicht zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterschieden, sondern ausschließlich auf den Grad der Verwandtschaft mit dem Erblasser geachtet werde.¹⁶⁸ Dieser stimme bei der Klägerin und dem Beklagten überein. Hingegen weiche das Lübecker Recht vom römischen Recht in der Frage der Erbfolge zwar teilweise ab, regle den vorliegenden Fall aber nicht. Im übrigen sei davon auszugehen, daß das Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten nach Lübecker Recht nicht weiter reiche als nach römischem Recht. Bacmeister verweist auf David Mevius' ‚Commentarius in ius Lubecense‘, wo sich im Zusammenhang mit der Intestaterbfolge ein ausdrücklicher Hinweis auf das justinianische Recht findet.¹⁶⁹ Mit Mevius betritt zugleich ein wichtiger Kommentator des revidierten Lübecker Stadtrechts von 1586 die Bühne.¹⁷⁰ Krohn nennt

¹⁶⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 34ff.; Nov. 118, 3, 1: „Si vero neque fratres neque filios fratrum, sicuti diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inveniuntur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividitur, quod in capita nostrae leges appellant.“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis, 3. Band. Novellae (hg. von Rudolf Schöll und Wilhelm Kroll), 10. Auflage, Dublin/Zürich 1972).

¹⁶⁹ Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 19, Rn. 2 (S. 454f.).

¹⁷⁰ Zu David Mevius: David Mevius (1609-1670). Leben und Werk eines pommerischen Juristen von europäischem Rang (hg. von Nils Jörn), Hamburg 2007, sowie:

Joachim Lukas Stein, einen jüngeren Kommentator und zudem Zeitgenossen Krohns und Bacmeisters.¹⁷¹

II. Klageerwiderung

In seiner Klageerwiderung spricht auch Bürgermeister Krohn die beiden hauptsächlichen Themen des Rechtsstreits an. Krohns Klageerwiderung ist überwiegend eine Vorwegnahme dessen, was in Krohns ‚Versuch‘ erschöpfend ausgeführt ist. So fordert Krohn gleich zu Beginn, sich bei der Lösung eines bestimmten Falles nicht auf den Wortlaut des jeweiligen Statuts zu beschränken, sondern auch andere Möglichkeiten, wie etwa Umkehrschlüsse, zu nutzen.¹⁷² Auf das römische Recht als subsidiäres Recht solle erst dann zurückgegriffen werden, wenn auch Sinn und Zweck des betreffenden Statuts sowie dessen Analogie zu keiner Lösung führten. Dies gelte auch für die Auslegung nach römischem Recht. An einer anderen Stelle seiner Klageerwiderung geht Krohn noch weiter. Dort schreibt Krohn, das römische Recht dürfe nur dann herangezogen werden, wenn diejenige Frage, der ein bestimmter Fall zuzuordnen sei, in dem betreffenden Statut überhaupt nicht behandelt sei oder die einschlägigen Bestimmungen erst später aus dem römischen Recht übernommen worden seien.¹⁷³ Präjudizien und Meinungen anderer Rechtsgelehrter seien hingegen kritisch zu behandeln, weil Irrtümer und Befangenheit niemals ausgeschlossen werden könnten.¹⁷⁴ Mit seiner Auffassung, wonach das rezipierte römische Recht lediglich subsidiären Charakter hat, befindet sich Krohn in Übereinstimmung mit der zeitgenössischen Rechtsquellenlehre. Auch für Bacmeister war die Subsidiarität ganz selbstverständlich, wie seine Klagebegründung zeigt.¹⁷⁵ Nebenbei schneidet Krohn ein weiteres wichtiges Thema des Rechtsstreits an, und zwar den Umgang mit dem Autoritätsargument. Im Hinblick auf das Lübecker Recht verneint Krohn, daß dieses vollbürtigen Verwandten gegenüber halbbürtigen Verwandten über Geschwister des Erblassers und deren Kinder hinaus kein Vorrecht bei der Erbfolge gewähre und nicht einmal unter Onkeln

Götz Landwehr, Rechtspraxis und Rechtswissenschaft im Lübisches Recht vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, in: ZVLGA, 60. Band (1980), S. 21-55, S. 35ff.

¹⁷¹ Zu Joachim Lukas Stein: Landwehr (wie Fn. 170), S. 38ff.

¹⁷² AHL RKG S 118 Q 40a S. 303ff.

¹⁷³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 344f.

¹⁷⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 311ff.

¹⁷⁵ Zur Klagebegründung: S. 39.

und Tanten des Erblassers vollbürtige Verwandte halbbürtige Verwandte von der Erbfolge ausschließen.¹⁷⁶ Mithin bejaht Krohn ein durchgängiges Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge im Lübecker Recht. Zudem lehnt es Krohn im Unterschied zu Bacmeister ab, in der Frage des Erbrechts vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter auf das römische Recht als subsidiäres Recht zurückzugreifen. Zuletzt bestreitet Krohn, und zwar erneut anders als Bacmeister, daß auch das römische Recht, von Geschwistern des Erblassers und deren Kindern wiederum abgesehen, vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge nicht bevorzugen und nach römischem Recht nicht einmal vollbürtige Geschwister der Eltern des Erblassers vor halbbürtigen Geschwistern derselben zur Erbfolge berufen seien. Krohn ist demnach der Auffassung, daß nicht nur im Lübecker Recht, sondern auch im römischen Recht vollbürtige Verwandte ohne Beschränkung auf bestimmte Grade der Verwandtschaft vor halbbürtigen Verwandten zur Erbfolge berufen seien.

Anders als Bacmeister geht Bürgermeister Krohn in seiner Klageerwiderung zunächst auf das Lübecker Recht ein. Erst im Anschluß daran behandelt Krohn das römische Recht. Krohn ist der Auffassung, daß Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht, wonach Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers vor Kindern vollbürtiger Geschwister der Eltern des Erblassers erben, zeige, daß das Lübecker Recht nicht nur bei Geschwistern und deren Kindern, sondern auch bei Onkeln und Tanten zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterscheidet.¹⁷⁷ Für Krohn beschränkt sich das Lübecker Stadtrecht aber nicht auf diese bloße Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Onkeln und Tanten in Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht. Sondern auch unter Onkeln und Tanten haben für Krohn vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht. Denn Kinder halbbürtiger Geschwister erben nach Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht zwar vor Kindern vollbürtiger Geschwister der Eltern, nicht aber vor vollbürtigen Geschwistern der Eltern des Erblassers selbst. Dies gelte allerdings ausschließlich für solche Geschwister der Eltern, die vollbürtig seien. Daraus zieht Krohn den Schluß, daß nach Lübecker Recht

¹⁷⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 315ff.

¹⁷⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 317ff.; Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: „Halb Brüder vnd halbe Schwester Kinder seind neher dann Vater oder Mutter volle Brüder oder volle Schwester Kinder.“ (zum Text: Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd StadtRecht (wie Fn. 57)).

vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten auch über Geschwister des Erblassers und deren Kinder hinaus ein Vorrecht bei der Erbfolge hätten. Krohn verweist auf Joachim Lukas Steins ‚Gründliche Abhandlung des Lübschen Rechts‘, wo genau dieses Ergebnis zum Erbrecht der halben Geburt zu finden ist.¹⁷⁸ Jedenfalls, so schreibt Krohn weiter, enthalte das Lübecker Recht in der Frage der Erbfolge ausschließlich Überreste älteren deutschen Rechts. Demgegenüber habe das revidierte Lübecker Stadtrecht von 1586 in der Frage der Erbfolge in keinem einzigen Punkt römisches Recht übernommen. Auch insofern stimmt Krohn mit Stein überein. Stein gibt als entscheidenden Grund hierfür die Gütergemeinschaft im Lübecker Recht an, von der das römische Recht nichts wisse und die sich auch auf das Erbrecht auswirke.¹⁷⁹

Zum römischen Recht vertritt Krohn die Auffassung, daß der bloße Wortlaut von Nov. 118, 3 zur Frage, ob nach römischem Recht vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten gleichen Grades bei der Erbfolge generell ein Vorrecht hätten, nichts hergebe.¹⁸⁰ Denn jener beschränke sich darauf, ein Vorrecht vollbürtiger Geschwister und deren Kinder gegenüber halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern zu regeln. Für alle anderen Seitenverwandten sehe Nov. 118, 3, 1 lediglich vor, daß diese entsprechend dem Grad der Verwandtschaft zur Erbfolge berufen seien.¹⁸¹ Nov. 118, 3, 1 bezieht sich nach

¹⁷⁸ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, 3. Anmerkung zu § 271 (S. 400).

¹⁷⁹ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, § 189 (S. 267).

¹⁸⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 346ff.; Nov. 118, 3, pr.: „Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primum ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos. quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus qui ex uno parente coniuncti sunt defuncto, sive per patrem solum seu per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis, et quanticumque fuerint, tantam ex hereditate portionem percipient, quantam eorum parens futurus esset accipere si superstes esset. Unde consequens est, ut si forte praemortuus frater, cuius filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctae personae iungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsitan aut matrem ei iungebantur. praeponantur istius filii propriis thiis, licet tertio sint gradu (sive a patre sive a matre sint thii, et sive masculi sive feminae), sicut eorum parens praeponeretur, si viveret. Et e diverso, si quidem superstes frater ex utroque parente coniungitur defuncto, praemortuus autem per unum parentem iungebatur, huius filios ab hereditate excludimus, sicut ipse si viveret excluderetur. (...)“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 168)).

¹⁸¹ Zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

Krohns Ansicht gerade nicht auf die Frage, ob nach römischem Recht vollbürtige Verwandte auch über Geschwister des Erblassers und deren Kinder hinaus vor halbbürtigen Verwandten erben. Vielmehr stellt Nov. 118, 3, 1 für Krohn ausschließlich klar, daß das vor der justinianischen Gesetzgebung entscheidende Recht der agnatischen Verwandtschaft keine Bedeutung mehr habe. Krohn ist der Auffassung, daß das römische Recht, wie auch das Lübecker Recht, ein durchgängiges Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten enthalte. Zwar habe es, so schreibt Krohn weiter, ein solches Vorrecht im römischen Recht ursprünglich nicht gegeben, weil letzteres zunächst vom Recht der agnatischen Verwandtschaft geprägt gewesen sei. Nach dessen Aufhebung sei jenes aber mit Nov. 84 in das römische Recht eingeführt und auch durch Nov. 118 nicht wieder aufgehoben oder eingeschränkt worden.¹⁸² Selbst ein Rückgriff auf das römische Recht würde für Krohn damit zu keinem anderen als dem von ihm sicher nicht unwillkommenen Ergebnis führen, wonach vollbürtige Geschwister der Eltern halbbürtige Geschwister derselben von der Erbfolge ausschließen. Mit seiner Auslegung des römischen Erbrechts stand Krohn der herrschenden Lehre hierzu allerdings allein gegenüber. Auch die Frankfurter Juristenfakultät erkannte in ihren *Rationes decidendi* für das erstinstanzliche Urteil des Lübecker Rats im römischen Recht kein unbeschränktes Vorrecht vollbürtiger Verwandter, folgte im übrigen allerdings Krohns Argumentation, insbesondere im Hinblick auf Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht.¹⁸³

III. Votum

Summermann folgt in seinem Votum der herrschenden Lehre zur Erbfolge im römischen Recht.¹⁸⁴ Danach hatten vollbürtige Verwandte des Erblassers gegenüber dessen halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge kein Vorrecht, sondern erbten neben diesen, es sei denn, es handelte sich um solche vollbürtigen Geschwister oder deren Kinder, die mit halbbürtigen Geschwistern oder deren

¹⁸² Nov. 84, 1, 1 regelte ein Vorrecht vollbürtiger Brüder gegenüber halbbürtigen Brüdern bei der Erbfolge: „Vult autem haec lex ex utroque decoratos et simul quidem consanguineos simul autem uterinos fratres ad successionem morientis meliores esse quam illi qui solummodo consanguinei aut solummodo uterini sunt. (...)“ (zum Text: *Corpus Iuris Civilis* (wie Fn. 168)).

¹⁸³ *Rationes Decidendi* der Frankfurter Juristenfakultät (abgedruckt bei: Stein (wie Fn. 15), S. 118ff.); zu Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177; zum erstinstanzlichen Urteil: S. 28.

¹⁸⁴ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 8a ff. (§ 35).

Kindern konkurrierten. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Fundata intentio-Theorie des Usus modernus, von der sich ganz offensichtlich auch Bacmeister in seiner Klagebegründung leiten läßt, prüft Summermann, ob Krohn den Nachweis von insofern vom römischen Recht abweichendem Lübecker Recht erbringen kann.¹⁸⁵ Dabei geht Summermann ausführlich auf zahlreiche von Krohn in dessen ‚Versuch‘ vorgebrachte und von Bacmeister und danach wiederum von Krohn diskutierte Argumente ein. Summermann befaßt sich zunächst mit dem Naturrecht, danach mit den vor allem von Krohn umfassend besprochenen alten deutschen Rechten und Rechtssprichwörtern, weiter mit den erbrechtlichen Bestimmungen des revidierten Lübecker Stadtrechts von 1586 und der von Krohn vorgestellten Analogie des Lübecker Rechts sowie schließlich mit diversen Präjudizien und Meinungen verschiedener Rechtsgelehrter. Nach Summermanns Ansicht kann Krohn den verlangten Nachweis nicht erbringen. Deswegen schlägt Summermann dem Senat eine Entscheidung im Sinne Bacmeisters vor. Der Senat folgt diesem Vorschlag.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Zur Klagebegründung: S. 39.

¹⁸⁶ BA AR 1-I/184 fol. 20r ff.

2. Kapitel - Das Verhältnis des römischen Rechts und der deutschen Rechte

I. Die Statutenlehre und die Fundata intentio-Theorie

1. Die italienische Lehre von den Statuten

Im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn stellt sich an erster Stelle die Frage nach dem Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte. Dabei geht es zum einen um die Auslegung örtlichen Rechts vor dem Hintergrund des gleichzeitig bestehenden gemeinen Rechts und zum anderen um das generelle Verhältnis von gemeinem und einheimischem Recht. Mit der Auslegung des örtlichen Rechts beschäftigten sich bereits die italienischen Rechtsgelehrten des Hochmittelalters, die dabei das gemeine Recht zu beachten hatten.¹⁸⁷ Danach waren die italienischen Statuten und Gewohnheitsrechte nach ihrer eigenen Ratio auszulegen, was allerdings nur dann galt, wenn letztere ohne weiteres erkennbar war.¹⁸⁸ Bestimmungen, die sich inhaltlich mit dem gemeinen Recht deckten, oder solche, die ihrem Inhalt nach das gemeine Recht voraussetzten, waren hingegen nach dem gemeinen Recht auszulegen. Im Zweifel waren die örtlichen Rechte so zu interpretieren, daß sie das gemeine Recht so wenig wie möglich beeinträchtigten. Zum Teil enthielten die italienischen Statuten eigene Bestimmungen zu ihrer Auslegung.¹⁸⁹ Dazu zählte insbesondere das Gebot, sich bei der Auslegung auf den Wortlaut zu beschränken.¹⁹⁰ Auf diese Weise sollte die genaue Befolgung und Anwendung der Statuten abgesichert werden. Weil dies allerdings der eigenen Gesetzesauffassung der italienischen Rechtsgelehrten widersprach, orientierte sich die herrschende Lehre und Gutachtenpraxis bei solchen Statuten an anderen Lehrensätzen.

¹⁸⁷ Umfassend zur Statutenlehre: Woldemar Engelmann, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre. Eine Darstellung der Entfaltung des gemeinen italienischen Rechts und seiner Justizkultur im Mittelalter unter dem Einfluß der herrschenden Lehre der Gutachtenpraxis der Rechtsgelehrten und der Verantwortung der Richter im Sindikatsprozeß, Leipzig 1938, § 6 (S. 128ff.); eine neuere Darstellung findet sich bei: Hermann Lange und Maximiliane Kriechbaum, Römisches Recht im Mittelalter, Band II. Die Kommentatoren, § 32 VII (S. 240ff.).

¹⁸⁸ Engelmann (wie Fn. 187), § 6 III (S. 139ff.).

¹⁸⁹ Engelmann (wie Fn. 187), § 6 IV (S. 145ff.).

¹⁹⁰ Dazu auch: Lange/Kriechbaum (wie Fn. 187), § 32 VII (S. 240ff.).

zen, die sich allerdings in jenes Gebot einordnen mußten. Die Statuten waren wiederum entsprechend ihrer Ratio auslegen. Mögliche Interpretationsverbote wurden abgeschwächt. Sowohl für diejenigen Statuten, die eigene Auslegungsregeln enthielten, als auch generell galt, daß sie gemäß dem gemeinen Recht auszulegen waren oder gemäß anderen Statuten, auf die sie sich bezogen. Vor allem waren Bestimmungen, die dem gemeinen Recht widersprachen, einschränkend auszulegen. Ähnlich war es bei Bestimmungen, die Nachteile für einen der Beteiligten vorsahen. War der Geltungsgrund einer Bestimmung nicht klar, so konnte diese ausschließlich nach ihrem Wortsinn ausgelegt werden. Die Statutenlehre wurde gemeinsam mit dem römischen Recht in Deutschland rezipiert und im *Usus modernus* grundsätzlich auf alle einheimischen Gesetze angewandt.¹⁹¹ Zum Teil kam es auch zur Entwicklung eigener Lehrsätze.¹⁹²

Die italienische Statutenlehre betraf darüber hinaus das generelle Verhältnis von gemeinem und einheimischem Recht.¹⁹³ Ausgangspunkt war das Verhältnis der Statuten untereinander.¹⁹⁴ Die Beschäftigung hiermit führte jedoch auch zu Antworten auf die Frage nach dem generellen Verhältnis von gemeinem und örtlichem Recht.¹⁹⁵ Nach justinianischem Recht war der Kaiser alleiniger Gesetzgeber und sein Gesetzgebungsrecht unterlag keiner Beschränkung, während das Gesetzgebungsrecht der Provinzen und Munizipien beschränkt war.¹⁹⁶ Daraus folgte, daß das kaiserliche Recht überall und in allen Fragen galt, es sei denn, das gemeine Recht ließ abweichendes örtliches Recht zu. Im 13. Jahrhundert änderte sich die tatsächliche und rechtliche Situation, denn aufgrund veränderter Machtverhältnisse wich die kaiserliche Gesetzgebung der Gesetzgebung der italienischen Republiken und Kommunalstaaten sowie später auch der Fürsten. Das gemeine Recht galt zwar weiter, trat aber als lediglich subsidiäres Recht bei der Rechtsanwendung hinter dem einheimischen Recht zurück. Für die Legistik brachte dieses Verständnis insbesondere der Satz *„Ubi cessat*

¹⁹¹ Coing (wie Fn. 39), § 16 IV 1 (S. 107).

¹⁹² Winfried Trusen, *Römisches Recht und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit*, in: *Rechtserhaltung und Rechtsentwicklung. Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag* (hg. von Kurt Kuchinke), München 1970, S. 97-120, S. 110f.

¹⁹³ Zu diesem Aspekt: Engelmann (wie Fn. 187), § 5 V (S. 104ff.), sowie: Lange/Kriechbaum (wie Fn. 187), § 32 VIII (S. 245ff.).

¹⁹⁴ Dazu: Coing (wie Fn. 39), §§ 22ff. (S. 137ff.).

¹⁹⁵ Coing (wie Fn. 39), § 22 III 2 (S. 140).

¹⁹⁶ Engelmann (wie Fn. 187), § 5 V (S. 105f.).

statutum, habet locum ius civile' des Legisten Baldus` zum Ausdruck.¹⁹⁷ Statuten solcher italienischer Städte, die von einem anderen Gebiet abhängig waren, konnten das gemeine Recht jedoch nur verdrängen, soweit das Recht des übergeordneten Gebiets dies zuließ.¹⁹⁸ Im Ergebnis bedeutete dies, daß das gemeine Recht theoretisch nur dann anzuwenden war, wenn das betreffende Statut keine vom gemeinen Recht abweichende Regelung traf.¹⁹⁹ Gerade dies war jedoch häufig der Fall. Auch dieser Teil der Statutenlehre wurde in Deutschland rezipiert und wirkte im Usus modernus fort.²⁰⁰

2. Die Situation im Usus modernus

Nördlich der Alpen stellten sich wegen der Rezeption dieselben Fragen.²⁰¹ Von den deutschen Rechtsgelehrten wurde das Gebot der engen Auslegung von Statuten zum Teil noch verschärft.²⁰² So sah unter anderem Conrad Lagus Fälle, die ein Statut nicht ausdrücklich behandelte, als von diesem nicht geregelt an, mit der Folge, daß das gemeine Recht ohne weiteres anwendbar war.²⁰³ Auch Christian Gottlieb Riccius sprach sich für die Auslegung deutscher Statuten nach römischem Recht aus.²⁰⁴ Neben die enge und am gemeinen Recht orientierte Auslegung deutscher Statuten trat der Umstand, daß die Subsidiarität des gemeinen Rechts durch die Fundata intentio-Theorie des Usus modernus in der Praxis zumindest geschwächt und das gemeine Recht dadurch aufgewertet wurde. Einerseits galt zwar auch für die deutschen Gerichte der Satz ‚Iura novit

¹⁹⁷ Baldus de Ubaldis, *Commentaria in primam digesti veteris partem*, Venedig 1572, Dig. Vet. 1, 1, 9, Rn. 1. (fol. 14r); Trusen (wie Fn. 192), S. 101.

¹⁹⁸ Engelmann (wie Fn. 187), § 5 V (S. 107f.).

¹⁹⁹ Engelmann (wie Fn. 187), § 5 VI (S. 109).

²⁰⁰ Coing (wie Fn. 39), § 22 IV (S. 140f.).

²⁰¹ Kurz zum Geltungsgrund des römischen Rechts: Peter Oestmann, *Kontinuität oder Zäsur? Zum Geltungsgrund des gemeinen Rechts vor und nach Hermann Conring*, in: *Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker*. München 22.-24. Juli 1998 (hg. von Andreas Thier/Guido Pfeifer/Philipp Grzimek), Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1999, S. 191-210, S. 194; speziell zu Lübeck: Albrecht Cordes, *Kaiserliches Recht in Lübeck. Theoretische Ablehnung und praktische Rezeption*, ZVLGA, 89. Band (2009), S. 123-145, S. 127.

²⁰² Trusen (wie Fn. 192), S. 109f. m.w.N.

²⁰³ Conrad Lagus, *Methodica iuris utriusque traditio*, Lyon 1592, 1. Teil, 10. Kapitel, Rn. 5 und 6 (S. 46).

²⁰⁴ Christian Gottlieb Riccius, *Zuverlässiger Entwurff von Stadt-Gesetzen, oder Statutis vornehmlich der Land-Städte*, Frankfurt am Main/Leipzig 1740, 2. Buch, 11. Hauptstück, § 11 (S. 445-447); Trusen (wie Fn. 192), S. 110.

curia'.²⁰⁵ Auf der anderen Seite war klar, daß die richterliche Pflicht, das anzuwendende Recht zu kennen, Grenzen haben mußte. Deswegen mußte der Richter lediglich das gemeine Recht und die Statuten des Gerichtsortes kennen, nicht aber Rechtsgewohnheiten und fremde Statuten, die insofern als Tatsachen behandelt wurden.²⁰⁶ Letztere mußten von den Parteien angeführt und gegebenenfalls bewiesen werden. Hingegen konnte derjenige, der sich auf das gemeine und insbesondere auf das römische Recht berief, eine Präsümption für sich in Anspruch nehmen.²⁰⁷

Die Wurzeln der entsprechenden Formel ‚habere fundatam intentionem‘ lagen wiederum bei den italienischen Rechtsgelehrten.²⁰⁸ In Deutschland wurde diese Formel etwa von Matthaeus Wesenbeck gebraucht.²⁰⁹ Ihren bekanntesten normativen Niederschlag fand die Fundata intentio-Theorie in der Ordnung des Reichskammergerichts von 1495. § 3 RKGO 1495 nannte im Zusammenhang mit dem Amtseid des Kammerrichters und der Beisitzer das gemeine Recht nicht nur vor den sonstigen, an sich spezielleren Rechten, sondern machte die Entscheidung hiernach zusätzlich noch davon abhängig, daß es sich um solche speziellere Rechte handelte, „die für sy pracht werden“.²¹⁰ Zahlrei-

²⁰⁵ Wolfgang Wiegand, Die privatrechtlichen Rechtsquellen des Usus modernus, in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages. Frankfurt am Main, 22. bis 26. September 1986 (hg. von Dieter Simon), Frankfurt am Main 1987, S. 237-252, S. 245f.

²⁰⁶ Coing (wie Fn. 39), § 21 II (S. 132f.); dazu: Wolfgang Wiegand, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit, Ebelsbach 1977, 5. Kapitel (S. 91ff.) und 6. Kapitel (S. 148ff.).

²⁰⁷ Coing (wie Fn. 39), § 21 II 3 c (S. 133).

²⁰⁸ Dazu: Wolfgang Wiegand, Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel „habere fundatam intentionem“. Eine Vorstudie zur Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit und des usus modernus, in: Festschrift für Hermann Krause (hg. von Sten Gagnér/Hans Schlosser/Wolfgang Wiegand), Köln/Wien 1975, sowie: Wiegand (wie Fn. 206).

²⁰⁹ Matthaeus Wesenbeck, Tractatus et responsa, quae vulgo consilia iuris appellantur, 5. Band, Wittenberg 1619, Cons. 205 n. 35 (Sp. 211): „Nam qui habet regulam iuris communis pro se, habet intentionem fundatam, (...) secundum quam est pronunciantum, et obtinet donec contra specialitas jam excepta, vel consuetudo aut statutum contrarium probetur, in casu obtinere de quo agitur.“; weitere Nachweise bei: Wiegand (wie Fn. 208).

²¹⁰ Reichskammergerichtsordnung von 1495, § 3: „Item die alle sollen zuvor Unser Königlicher oder Kaiserlicher Majestät geloben und zu den Hailigen swern: Unserm Königlichen oder Kaiserlichen Camergericht getrewlich und mit Vleis ob sein und nach des Reichs gemainen Rechten, auch nach redlichen, erbern und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewonhaiten der Fürstenthumb, Herrschaften und Gericht, die

che örtliche Gerichtsordnungen übernahmen den Wortlaut der Reichskammergerichtsordnung.²¹¹ Die Ordnung des Reichskammergerichts von 1555 enthielt in § 1, 13, 1 eine fast wortgleiche Formulierung.²¹² Anders als es der Rechtslehre entsprochen hätte, standen die Statuten dem gemeinen Recht dabei zusammen mit dem örtlichen Gewohnheitsrecht unterschiedslos gegenüber.²¹³ Auch insofern wurde der Wortlaut der Reichskammergerichtsordnung von den einzelnen Gerichtsordnungen übernommen.²¹⁴ Die Hessische Hofgerichtsordnung von 1524 erklärte sogar sich selbst ausdrücklich für der Anführung und des Beweises bedürftig.²¹⁵ Der Jüngste Reichsabschied von 1654 brachte insofern eine Änderung im Wortlaut, als § 105 JRA das gemeine Recht erst nach den Statuten, Gewohnheiten und Reichsabschieden erwähnte und auf den bekannten Nebensatz der Reichskammergerichtsordnungen von 1495 und 1555 ganz verzichtete.²¹⁶ Bereits in dieser Änderung könnte eine normative Aufwertung

für sy pracht werden, dem Hohen und dem Nidern nach seinem besten Verstantnus gleich zu richten und kain Sach sich dagegen bewegen zu lassen, (...).“ (zum Text: Arno Buschmann, Kaiser und Reich. Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806 in Dokumenten, 1. Teil. Vom Wormser Konkordat 1122 bis zum Augsburger Reichsabschied von 1555, 2. Auflage, Baden-Baden 1994, S. 176).

²¹¹ Klaus Luig, Universales Recht und partikulares Recht in den „meditationes ad pandectas“ von Augustin Leyser, in: Klaus Luig, Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht, Goldbach 1998, S. 109-130, S. 117f. m.w.N.

²¹² Reichskammergerichtsordnung von 1555, § 1, 13, 1: „Die beisitzer des cammergerichts sollen (...) auf des reichß gemeine recht, abschied und den jetztbewilligten und auf disem reychßtage aufgerichteten frieden in religion- und andern sachen, auch handhabung des friedens und erbare ländische ordnungen, statuten und redliche, erbare gewonheiten der fürstenthumben, herrschaften und gericht (die für sie gebracht werden), wie sollichs von alter jederzeyt cammerrichter und beysitzer auferlegt udn gehalten wordne ist, nach vermög und außweisung ires eydts, wie der hieunden gesetzt, urtheil fassen und außsprechen.“ (zum Text: Adolf Laufs, Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, Köln/Wien 1976, S. 93).

²¹³ Wiegand (wie Fn. 206), 7. Kapitel (S. 172f.).

²¹⁴ Luig (wie Fn. 211), S. 117f. m.w.N.

²¹⁵ Wiegand (wie Fn. 206), 7. Kapitel (S. 174).

²¹⁶ Jüngster Reichsabschied von 1654, § 105: „Benebens sollen Cammer-Richter, Präsidenten und Beysitzere bei Administration der heylsamen Justiz so wohl die Statuta und Gewohnheiten als die Reichs-Abschiede und gemeine Rechten vor Augen haben und wohl beobachten und sich in den Schrancken der Cammer-Gerichts-Ordnung halten, daraus nicht schreiten, (...).“ (zum Text: Arno Buschmann, Kaiser und Reich. Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806 in Dokumenten, 2. Teil. Vom Westfälischen Frieden 1648 bis zum Ende des Reiches im Jahre 1806, 2. Auflage, Baden-Baden 1994, S. 226f.).

des deutschen Partikularrechts vor dem Reichskammergericht gesehen werden.²¹⁷ Der Visitationsabschied von 1713 ging in seinem Wortlaut noch weiter und verlangte darüber hinaus die von Amts wegen zu erfolgende Anwendung derjenigen örtlichen Rechte, die dem Reichskammergericht bekannt waren.²¹⁸ Demgegenüber regelte der Gemeine Bescheid von 1692 zwar ausdrücklich eine Vorlagepflicht.²¹⁹ Dies galt allerdings ausschließlich für solche Advokaten und Prokuratoren, die im Auftrag der Reichsstände handelten, nicht jedoch für sonstige Parteien.²²⁰ Möglicherweise galt die Vorlagepflicht der Advokaten und Prokuratoren sogar ganz unabhängig von den reichskammergerichtlichen Verfahren.²²¹

Das Lübecker Stadtrecht von 1586 enthielt keine Klausel zur Rechtsanwendung, die § 3 der Reichskammergerichtsordnung von 1495 entsprochen hätte.²²² Dafür regelte der Bürgerrezeß von 1669 die subsidiäre Anwendung des gemeinen Rechts.²²³ Im Gegensatz zur Reichskammergerichtsordnung und der Fundata intentio-Theorie bestand allerdings eine gerichtliche Pflicht zur Anwendung der Lübecker Statuten und Ordnungen. Eine Besonderheit galt für die Lübecker Gewohnheiten, die nur im summarischen Verfahren von Amts wegen anzuwenden waren. Daneben existierten zahlreiche Attestate des Lübecker Rats, die die Rechtsanwendung nicht abstrakt, sondern konkret für einzelne Rechtsmaterien behandelten.²²⁴ Ein Beispiel ist das Attestat vom 4. März 1758, welches das erbrechtliche Repräsentationsrecht, d.h. das Recht von Kindern, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern zu treten, betraf.²²⁵

²¹⁷ So: Peter Oestmann, *Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich*, Frankfurt am Main 2002, S. 57 und S. 447ff.

²¹⁸ Oestmann (wie Fn. 217), S. 452f.

²¹⁹ Oestmann (wie Fn. 217), S. 58.

²²⁰ Oestmann (wie Fn. 217), S. 58f.

²²¹ So: Oestmann (wie Fn. 217), S. 59.

²²² Oestmann (wie Fn. 217), S. 459; zu § 3 der Reichskammergerichtsordnung von 1495: Fn. 210.

²²³ Art. ‚Fürs Andere‘ des Bürgerrezeßes von 1669: „nach dieser Stadt Statuten und Ordnungen, auch iis deficientibus den gemeinen Rechten“ (zum Text: Johann Rudolph Becker, *Umständliche Geschichte der Kaiserl. und des Heil. Römischen Reichs freyen Stadt Lübeck*, 3. Band, Lübeck 1805, Beilage I nach S. 432, S. 11f.); Oestmann (wie Fn. 217), S. 464ff.

²²⁴ Oestmann (wie Fn. 217), S. 459ff.

²²⁵ Attestat vom 4. März 1758 (zum Text: Dreyer (wie Fn. 14), S. 318); zum Repräsentationsrecht im Lübecker Recht: Ebel (wie Fn. 66), S. 19ff.

II. Krohns und Bacmeisters Argumente

1. Die Rezeption des römischen Rechts

Krohn beginnt den ‚Vorbericht‘ des ‚Versuchs‘ zum Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte mit einer Bemerkung, mit der er sich an besonders exponierter Stelle nicht nur ganz klar positioniert, sondern mit der Krohn zugleich das gesamte Programm seiner Abhandlung vorgibt.²²⁶ Dieses Programm besteht in der Zurückdrängung des römischen Rechts zugunsten der deutschen Rechte, namentlich in der Frage des Erbrechts der halben Geburt. Krohn schreibt, in allen Büchern werde darüber geklagt, wie nachteilig sich die Anwendung des römischen Rechts durch die Gerichte auf die deutschen Rechte ausgewirkt habe.²²⁷ Letztere würden entweder überhaupt nicht mehr angewandt oder hätten eine solche Gestalt angenommen, nach der sie den deutschen Gesetzen und Gewohnheiten gar nicht mehr ähnlich seien. Durch Vermittlung italienischer Rechtsgelehrter sei nicht nur das römische Recht nach Deutschland gekommen, sondern seien auch die italienischen Rechtslehren zur Rechtsanwendung nach Deutschland gelangt. Danach seien Statuten etwa nach römischem Recht auszulegen, seien Statuten so auszulegen, daß sie am wenigsten vom römischen Recht abwichen, seien Statuten eng auszulegen und seien Statuten überhaupt unergiebig.²²⁸ Krohn behauptet, inzwischen sei jedoch die Einsicht eingekehrt, daß wenigstens diejenigen deutschen Rechte, die deutsche Rechtsgewohnheiten, nicht aber römisches Recht zur Grundlage hätten, in der Vergangenheit unrichtig angewandt worden seien, weil sich die deutschen Rechte und das römische Recht in den meisten Fragen unterschieden. Krohn begründet das auch. Denn anders als die deutschen Rechte hätten die italienischen Statuten das römische Recht zur Grundlage gehabt und hätten insofern in einer ganz anderen Beziehung zu den Lehren zur Rechtsanwendung gestanden. Krohn behauptet weiter, die deutschen Statuten seien im Gegensatz zu den italienischen Statuten geschaffen worden, um das römische

²²⁶ Vollständiger Titel des ‚Vorberichts‘: „Vorbericht, Wie weit bey den Teutschen Rechten und statutis zum Römischen Rechte, als dem jure subsidiario, möge oder nicht recurreret werden.“; Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, S. 3.

²²⁷ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, §§ 1f. (S. 3ff.).

²²⁸ Wörtlich heißt es hierzu bei Krohn: „statuta obscura ex jure Romano esse exponenda, declaranda“, „interpretationem in Statutis semper eam esse capiendam, per quam jus commune Romanum quam minime laedatur“, „statuta esse strictissimae interpretationis“, „statuta esse sterilia, sicut mulas, quae non pariunt“.

Recht am Vordringen zu hindern. Deswegen, und so kommt Krohn auf die Frage der Rechtsanwendung zurück, seien die deutschen Statuten so weit auszulegen, wie es Ratio und Analogie zuließen. Krohn beruft sich dazu auf Christian Gottlieb Riccius sowie auf eine einschlägige Dissertation von Caspar Rheden als Präses zur Intestaterbfolge.²²⁹ Einschränkend schreibt Krohn, jene Lehren zur Rechtsanwendung seien nicht vollkommen aufgegeben worden. Der Satz ‚Deficientibus statutis, recurritur ad ius Romanum‘ werde weiter angewandt. Letzterer sei zwar nicht unrichtig, enthalte aber, wenn er falsch verstanden werde, alle oben genannten Sätze. Umso mehr liegt Krohn am richtigen Verständnis.

Der Begriff ‚Analogie‘, den Krohn häufig neben der Ratio des Gesetzes erwähnt und mit dem Krohn vor allem im Zusammenhang mit dem Lübecker Stadtrecht arbeitet, ist anfänglich noch recht unklar, erschließt sich aber nach und nach. Denn insofern setzt Krohn die von ihm beschriebene Vorgehensweise tatsächlich um. Krohn geht es danach nicht um die Übertragung einer Lösung für einen Einzelfall im Wege einer Einzelanalogie, sondern er scheint unter dem Begriff ‚Analogie‘ ein gleichsam integratives Vorgehen zu verstehen, bei dem der gesamte Zusammenhang einzelner Regelungskomplexe berücksichtigt wird. Nach Jan Schröder meint der Begriff ‚Analogie‘ „den Zusammenhang mehrerer Rechtsnormen und Prinzipien untereinander und den Vorgang, daß neue Rechtssätze aus diesem Zusammenhang gefunden werden“.²³⁰ Im 18. Jahrhundert war die Rechtsanalogie möglicherweise sogar als eigenständige Rechtsquelle anerkannt.²³¹ Außer der Analogie und der Ratio des Gesetzes nennt Krohn häufig die Mens. Ob Krohn die Begriffe ‚mens‘ und ‚ratio‘

²²⁹ Riccius (wie Fn. 204), 2. Buch, 11. Hauptstück (S. 437ff.); Caspar von Rheden (Präses)/Johann Schöne (Respondent), *Differentiae iuris statutarii Bremensis et iuris Romani circa successionem ab intestato*, Diss. iur. Bremen 1720, Bremen 1720, 1. Abschnitt (S. 1ff.).

²³⁰ Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, München 2001, § 41 1 (S. 176f.); zur Analogie auch: Jan Schröder, *Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit*, SZ (Germ. Abt.), 114. Band (1997), S. 1-55, S. 28ff. m.w.N.

²³¹ So: Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 23 III (S. 108f.); Schröder sieht zudem eine enge Beziehung der ‚Analogie‘ zur zunehmenden Positivierung des Rechts im 18. Jahrhundert.

gleichsetzt, ist schwer zu sagen.²³² Eine klare begriffliche Unterscheidung ist nicht ohne weiteres erkennbar.

Zur Rezeption des römischen Rechts führt Krohn aus, einige Rechtsgelehrte hätten gezeigt, daß das römische Recht, wenigstens durch Reichsgesetz, niemals übernommen worden sei.²³³ Damit bezieht sich Krohn ganz sicher auf Hermann Conring und dessen Hauptwerk ‚De origine iuris Germanici‘ von 1643.²³⁴ Conring hatte sich darin gegen die Lotharische Legende gewandt, nach der Lothar von Supplinburg das römische Recht durch ein eigenes Gesetz in Deutschland eingeführt hatte.²³⁵ Zwar tauche, so schreibt Krohn weiter, der Begriff des gemeinen Rechts in älteren Reichsgesetzen immer wieder auf. Krohn meint jedoch, dies beziehe sich auf die im Sachsen- und im Schwabenspiegel aufgezeichneten deutschen Rechtsgewohnheiten. Auch sei versucht worden, das Eindringen des römischen Rechts so lange wie möglich zu verhindern. Krohn zitiert dazu aus Art. 5 und Art. 7 der bei Melchior Goldast abgedruckten Reformation Friedrichs III. von 1441.²³⁶ Krohn behauptet, er selbst

²³² Zum Verhältnis vom ‚mens‘ und ‚ratio‘ ausführlich: Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 14 II (S. 59ff.), § 16 II (S. 77f.) und § 32 (S. 143ff.); nach Schröders Darstellung wurden ab dem 17. Jahrhundert ‚mens‘ und ‚ratio‘ nicht mehr als identische Begriffe angesehen (Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 32 I (S. 143f.)).

²³³ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 4 (S. 8ff.).

²³⁴ Zu Conring: Hermann Conring (1606-1681). Beiträge zu Leben und Werk (hg. von Michael Stolleis), Berlin 1983; zur Auswirkung von Conrings Hauptwerk auf die Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre: Oestmann (wie Fn. 201).

²³⁵ Hermann Conring, *De origine iuris Germanici*, Helmstedt 1695, 24. Kapitel (S. 146ff.).

²³⁶ Art. 7 und Art. 5 Reformation von 1441: „Alle Keyserliche weltliche Recht, so bißher im heiligen Römischen Reich Teutscher Nation gebraucht und dafür gehalten seynd, sollen alle todt und abseyn: allein die, so durch die Rechtsverständigen mit lauterem Grund und klarer Warheit ohne Argelist rechtlich erkandt sind, sollen gehalten und bestetiget werden damit der Arm so viel Freyheit und Zugangs habe im Rechten als der Reich, und ob er schon ein Fürst wäre, sunder Argelist und Gefärde.“ (Art. 7); Krohn zitiert nur den ersten Teil des Satzes, nicht aber den Teil ‚allein ... Gefärde‘; zudem verwendet Krohn statt des Begriffs ‚Keyserliches weltliches Recht‘ den Begriff ‚Römisches Recht‘; „Alle Doctores der Rechten, sie seynt Geistlich oder Weltlich, im heiligen Römischen Reich Teutscher Nation, sollen nach laut der fürgenommen Reformation an keinem Gericht bey keinem rechten, auch in keins Fürsten oder andern Räthen mehr gelitten, sunder gantz abgethon werden. Sie sollen auch fürbaßhin vor Gericht oder Recht nicht weiter reden, schreiben oder rathgeben. Seitmals Gott den Menschen mit seiner eignen Weißheit begnadet und versehen, so mag er in der newen fürgenommenen Ordnung seines Rechtens selb wol warten.“ (Art. 5); Krohn zitiert nur den ersten Satz, nicht aber den zweiten und dritten Satz; den Nebensatz ‚sie seynt Geistlich oder Weltlich‘ zitiert Krohn ebenfalls nicht (zum

habe Akten über eine Beschwerde dagegen gesehen, daß jemand vor Gericht geduldet worden sei, der Latein gekonnt habe. Die Rezeption als solche bestreitet Krohn nicht. Nachdem Maximilian I. am Ende des 15. Jahrhunderts das Reichskammergericht errichtet habe, sei das römische Recht vielmehr zur gerichtlichen Anwendung gelangt. Weil das Reichskammergericht mit vielen gelehrten Juristen besetzt gewesen sei, sei die Anwendung des römischen Rechts selbstverständlich gewesen. Dazu zitiert Krohn aus der Reichskammergerichtsordnung von 1495 in der ursprünglichen Fassung sowie in der Fassung von 1538.²³⁷ Alle folgenden Reichsgesetze hätten das römische Recht für das gemeine Recht gehalten, wozu Krohn aus weiteren Reichsgesetzen, wie etwa der Ordnung des Reichskammergerichts von 1555 und der Peinlichen Halsgerichtsordnung von 1532 zitiert.²³⁸ Insofern hält Krohn den Satz ‚Deficientibus statutis, recurritur ad ius Romanum‘ grundsätzlich für richtig und unentbehrlich. Nach Krohns Auffassung führte die Rezeption des römischen Rechts aber nicht zu einer Aufhebung der deutschen Rechte, weil dies ein entsprechendes Gesetz ausdrücklich hätte regeln müssen.²³⁹ Außerdem hätten diejenigen Bestandteile des römischen Rechts, die man habe übernehmen wollen, nicht durch inhaltsgleiche Bestimmungen in den eigenen Gesetzen ersetzt werden müssen,

Text: Melchior Goldast, Copeylicher Begriff verschiedener Reichs-Satzungen, und anderer des Heil. Römischen Reichs Keyser, König, Churfürsten und gemeiner Stände Constitutionen, Ordnungen, Rescript- und Außschreiben, auff den gehaltenen Reichstügen und keyserlichen Höffen statuirt und außgangen ..., 1. Band, Frankfurt am Main 1712 (S. 167)).

²³⁷ § 1 Reichskammergerichtsordnung von 1495 in ursprünglicher Fassung: „(...) vnd ye der halb tail der Vrtailer der Recht gelert vnd gewirdigt, (...)“; § 3 Reichskammergerichtsordnung von 1495 in Fassung von 1538 „(...) sollen (...) geloben (...), (...) nach des Reichs gemeinen Rechten (...) dem Hohen und Niedern, nach seiner besten Verständnuß, gleich zu richten, (...)“ (zum Text: Heinrich Christian von Senckenberg, Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede, 2. Band, Frankfurt am Main 1747, S. 6 und S. 420).

²³⁸ Vorrede der Peinlichen Halsgerichtsordnung von 1532: „(...) die meisten peinlichen Gericht mit Persohnen, die Unserer Kayserlichen Recht nicht gelehrt, erfahren, oder Übung haben, besetzt werden, (...). (...) daß alle und jede (...) jetzt angezeigten Begriff, dem gemeinen Rechten (...) gemäß halten mögen (...)“ (zum Text: Senckenberg (wie Fn. 237), S. 365); 1. Teil, 57. Titel Reichskammergerichtsordnung von 1555 in ursprünglicher Fassung, „(...) Cammer-Richter und die Beysitzer (...) schweren, (...) nach des Reichs gemeinen Rechten (...) gleich zu richten (...)“ (zum Text: Heinrich Christian von Senckenberg, Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede, 3. Band, Frankfurt am Main 1747, S. 79).

²³⁹ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 5 (S. 11ff.).

womit sich Krohn gegen den Gedanken einer Vollrezeption ausspricht. Als Beispiel nennt Krohn unter anderem das Repräsentationsrecht, d.h. das Recht von Kindern verstorbener Nachkommen, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer Eltern zu treten.²⁴⁰ Außerdem weist Krohn auf diejenige Regelung hin, nach der Kinder verstorbener Geschwister den Anteil ihrer Eltern nicht gemeinsam erben, sondern sich die Erbschaft entsprechend der Anzahl der insgesamt vorhandenen Kinder teilen mußten. Damit bezieht sich Krohn auf den Reichsabschied von Speyer von 1529, der unter anderem regelte, daß Kinder verstorbener Geschwister nach Köpfen und nicht nach Stämmen erben, und auf diese Weise die bis dahin bestehende Unsicherheit in dieser Frage beendete.²⁴¹

2. Die Auslegung der deutschen Statuten

Krohn unterscheidet zwischen einem nach seiner Ansicht falschen und einem nach seiner Ansicht richtigen Verständnis des Satzes ‚Deficientibus statutis, recurritur ad ius Romanum‘. Zum falschen Verständnis gehöre es, wenn dann, wenn ein bestimmter Fall zu entscheiden sei, sofort auf das römische Recht zurückgegriffen werde.²⁴² Krohn beklagt, daß dies die meisten Rechtsgelehrten täten, und mag hierbei etwa an den schon genannten Conrad Lagus gedacht haben.²⁴³ Letztere sähen die Statuten höchstens daraufhin durch, ob der jeweilige Fall darin ausdrücklich geregelt sei, anstatt die Statuten gemäß der Vernunft und gemäß der Billigkeit auszulegen oder die deutschen Rechte, in denen jener Fall oder ein ähnlicher vielleicht geregelt sei, in ihrem Gesamtzusammenhang zu sehen. Krohn spricht damit einen besonders wichtigen Teil seiner gesamten Argumentation an, weil Krohn das römische Recht gegenüber den deutschen

²⁴⁰ Zum Repräsentationsrecht im Lübecker Recht: S. 50 .

²⁴¹ § 31 Reichsabschied von Speyer von 1529 (zum Text: Senckenberg (wie Fn. 237), S. 299f.); zu dieser Frage im römischen Recht sowie zum Reichsabschied von Speyer von 1529: Heinrich Honsell/Theo Mayer-Maly/Walter Selb, Römisches Recht, 4. Auflage, Berlin 1987, § 162 I 2 und 3 mit Fn. 9 (S. 446f.); Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Band, 9. Auflage (bearbeitet von Theodor Kipp), Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906, Aalen 1963, § 572 2 mit Fn. 15 (S. 353f.); sehr detailliert auch zum Reichsabschied von Speyer von 1529: Theodor Schirmer, Handbuch des Römischen Erbrechts, 1. Band. Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend, Leipzig 1863, § 16 (S. 277ff.); zudem: Oskar Kühn, Die Kaiserliche Konstitution von 1529 über die Erbfolge der Geschwisterkinder und Ulrich Zasius, SZ (Germ. Abt.), 78. Band (1961), S. 310-318.

²⁴² Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 3 (S. 6ff.).

²⁴³ Zu Lagus: S. 47.

Rechten nur auf diese Weise zurückdrängen kann. Zum Teil, so schreibt Krohn weiter, werde zwar immer noch die Ansicht vertreten, daß Statuten nur Regelungen für einzelne Fälle enthielten und auf das römische Recht bereits dann zurückzugreifen sei, wenn ein bestimmter Fall mit den in den einzelnen Statuten geregelten Fällen nicht übereinstimme. Anders als eventuell das römische Recht enthielten die deutschen Rechte aber nicht nur Regelungen für Einzelfälle, sondern würden darin durch die Regelung einer Vielzahl von Fällen ganz verschiedene Fragen des deutschen Rechts umfassend in ihre Analogie gebracht. Diese Fragen seien dem römischen Recht entweder gar nicht bekannt oder hätten dort eine ganz andere Analogie. Als Beispiele erwähnt Krohn unter anderem das Miteigentum der Ehegatten und natürlich die Erbfolge der Seitenverwandten, einschließlich des Vorrechts vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten. Eine Folge des falschen Verständnisses des Satzes ‚Deficientibus statutis, recurritur ad ius Romanum‘ sieht Krohn etwa darin, daß beim Miteigentum der Ehegatten auf die römischen Regeln von der Gesellschaft zurückgegriffen werde. Dabei lege es die Vernunft doch nahe, daß in solchen Fragen, in denen die in den Statuten geregelten Fälle vom römischen Recht abwichen, nicht nur diese Fälle, sondern die hinter den Statuten stehenden Überlegungen entscheidend seien. Dementsprechend seien, bevor das römische Recht herangezogen werde, andere Hilfsmittel wie etwa Umkehrschlüsse anzuwenden.²⁴⁴

Nach dem richtigen Verständnis des Satzes ‚Deficientibus statutis, recurritur ad ius Romanum‘ dürfe auf das römische Recht erst dann zurückgegriffen werden, wenn ein Statut tatsächlich nicht mehr weiterhelfe.²⁴⁵ Dabei sei nicht nur die Analogie des Statuts, sondern seien auch die dem Statut zugrundeliegenden Gewohnheiten zu beachten. Es entstünde bloß Verunsicherung, wenn in den Fragen, in denen das römische Recht ganz andere Prinzipien habe als die deutschen Statuten, ein Fall, der in einem Statut ausdrücklich geregelt sei, nach dessen Prinzipien, ein anderer Fall derselben Frage, der in demselben Statut zwar nicht ausdrücklich geregelt sei, sich aber aufgrund gleicher Überlegung zeige,

²⁴⁴ Krohn nennt: „a paritate rationis“, „a majori ad minus“ und „a sensu contrario“; eine Zusammenstellung derartiger Topoi findet sich bei: Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 7 (S. 32); nach Schröders Darstellung gab es nach 1700 in Gestalt des Ähnlichkeitsschlusses ‚argumentum a simili‘ und des Gegenschlusses ‚argumentum a contrario‘ nur noch zwei Topoi (Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 25 II (S. 122f.)).

²⁴⁵ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 5 (S. 13ff.).

nach den Prinzipien des römischen Rechts entschieden werde. Krohn betrachtet die deutschen Statuten als Überreste deutscher Rechtsgewohnheiten und die in den deutschen Statuten geregelten Einzelfälle als einzelne Resultate hiervon, und ist der Ansicht, daß das römische Recht rezipiert worden sei, ohne die deutschen Rechte zu berühren. Darin sieht Krohn auch den Grund dafür, daß alle Reichsgesetze neben dem römischen Recht und dessen gerichtlichem Gebrauch auch die Gewohnheiten, Gebräuche und Statuten erwähnten. Dazu zitiert Krohn erneut aus verschiedenen Reichsgesetzen, wie etwa der Ordnung des Reichskammergerichts von 1495 in der Fassung von 1538, der Peinlichen Halsgerichtsordnung von 1532, der Ordnung des Reichskammergerichts von 1555 sowie dem Jüngsten Reichsabschied von 1654.²⁴⁶ Zwar seien, so schreibt Krohn weiter, die deutschen Statuten mit den darin enthaltenen Überresten deutscher Gewohnheiten in der Vergangenheit revidiert worden.²⁴⁷ Auch seien die deutschen Statuten um viele Fragen erweitert worden, die den alten deutschen Handschriften nicht bekannt gewesen seien, was sogar so weit gegangen sei, daß auch in bereits bekannten Fragen die Analogie des deutschen Rechts durch diejenige des römischen Rechts ersetzt worden sei. Für Krohn steht jedoch fest, daß derjenige, der sich darauf berufe, den Beweis hierfür zu erbringen habe. Damit spricht sich Krohn genau für das Gegenteil der *Fundata intentio*-Theorie aus, steht damit aber nicht allein da.

Aus diesem Verständnis folgt für Krohn ein entsprechendes Vorgehen bei der Auslegung der deutschen Statuten. Bei jeder Frage, die in neueren Statuten behandelt werde, sei zuerst zu prüfen, ob jene aus dem römischen Recht übernommen oder schon immer bekannt gewesen sei.²⁴⁸ Sei eine Frage schon immer bekannt gewesen, sei weiter zu prüfen, ob die bisherige Analogie der deutschen Rechte beibehalten oder mit der Rezeption des römischen Rechts ersetzt worden sei. In dieser Situation sei auf das römische Recht zurückzugreifen. Gehe es um eine Frage, die in den deutschen Statuten überhaupt nicht oder die in diesen zwar in verschiedenen Bestimmungen behandelt werde, die aber um

²⁴⁶ § 3 Reichskammergerichtsordnung von 1495 in der Fassung von 1538; Vorrede der Peinlichen Halsgerichtsordnung von 1532, Vorrede (zum Text: Senckenberg (wie Fn. 237), S. 420 und S. 365); 1. Teil, 13. Titel, § 1 Reichskammergerichtsordnung von 1555; § 105 Jüngster Reichsabschied von 1654 (zum Text: Senckenberg (wie Fn. 238), S. 54 und S. 660).

²⁴⁷ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 6 (S. 16ff.).

²⁴⁸ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 6 (S. 18f.).

Bestimmungen aus dem römischen Recht ergänzt worden seien, sei ebenfalls auf das römische Recht und dessen Analogie zurückzugreifen. Der Satz ‚Deficientibus statutis, recurritur ad ius Romanum‘ werde dann richtig angewandt. Etwas anderes gelte, wenn bei einer Frage, die sowohl den deutschen Rechten als auch dem römischen Recht bekannt sei, die bisherige Analogie aber beibehalten worden sei, auf das römische Recht zurückgegriffen werde. Auch werde jener Satz dann falsch angewandt, wenn bei einer Frage die in einem Statut ausdrücklich geregelten Fälle nach deutscher Analogie, alle anderen Fälle hingegen nach römischer Analogie entschieden würden. Mit recht drastischen Worten unterstreicht Krohn, diejenigen, die nicht wissen wollten, daß nicht nur der in einem Statut ausdrücklich geregelte Einzelfall, sondern Ratio und Analogie des Statuts entscheidend seien, hielten sich zwar für Rechtsgelehrte, unterschieden sich aber vom Pöbel, der nur lesen und schreiben könne, nicht.²⁴⁹ Der Unterschied zwischen einem Rechtsgelehrten und einem Idioten bestehe darin, daß dieser nur auf den in einem Statut ausdrücklich geregelten Fall sehe, jener aber wisse, was darüber hinaus aus dem Statut folge.²⁵⁰ Der Idiot übersehe, daß auch das römische Recht lediglich Einzelfälle regelte, wenn es keine Analogie des römischen Rechts gäbe. Krohn vergißt, daß er an anderer Stelle selbst schreibt, daß das römische Recht im Gegensatz zu den deutschen Statuten eventuell nur Einzelfälle regle.²⁵¹ Einen Höhepunkt erreichen Krohns Ausführungen, wenn er behauptet, die Unsicherheit über die Anwendung der deutschen oder der römischen Analogie führe dazu, daß letztendlich für denjenigen gesprochen werde, bei dem die größte Sympathie bestehe. Diesem Vorwurf sieht sich Krohn selbst natürlich nicht ausgesetzt.

In Übereinstimmung mit Krohn lehnt Bacmeister einen sofortigen Rückgriff auf das römische Recht bei der Auslegung der deutschen Statuten ab.²⁵² In solchen Fragen, die dem römischen Recht nicht bekannt seien oder die das römische Recht anders regle als die deutschen Statuten, könne das römische Recht nicht herangezogen werden. Als Beispiel hierfür nennt auch Bacmeister das Miteigentum der Ehegatten.²⁵³ Etwas anderes gelte aber in Fragen, in denen die deutschen Rechte und das römische Recht grundsätzlich übereinstimmten. In

²⁴⁹ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 6 (S. 19ff.).

²⁵⁰ Für Krohn bedeutet ‚Idiot‘ an dieser Stelle sicher einfach nur ‚Unwissender‘.

²⁵¹ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 3 (S. 7); zu dieser Stelle: S. 56.

²⁵² AHL RKG S 118 Q 40a S. 375ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 1. Kapitel (S. 3ff.).

²⁵³ Dazu bei Krohn: S. 56.

diesem Punkt weicht Bacmeister von Krohn ab, was sich im Zusammenhang mit der Auslegung der deutschen Statuten in der Frage des Erbrechts der halben Geburt sowie der Auslegung des Lübecker Rechts zeigt.

3. Das Erbrecht der halben Geburt als Beispiel

Krohn führt das Erbrecht der halben Geburt als Beispiel für die Frage nach der richtigen Rechtsanwendung an. Einige Land- und Stadtrechte hätten die Analogie des deutschen Rechts beibehalten.²⁵⁴ Andere Land- und Stadtrechte hätten demgegenüber die Analogie des römischen Rechts übernommen, weil es, so Krohn fast wörtlich und überaus komisch, jedem freistehe, sich auch mit blonden Haaren für einen Italiener auszugeben. Dort, wo die deutsche Analogie jedoch beibehalten worden sei, darf nach Krohns Ansicht auf das römische Recht nicht zurückgegriffen werden. Krohn begründet das damit, daß diejenigen, die bestimmte Fälle in einer vom römischen Recht abweichenden Weise geregelt hätten, damit deutlich zum Ausdruck gebracht hätten, daß sie das römische Recht sowohl in diesen Fällen als auch darüber hinaus nicht hätten übernehmen wollen. Die in den Statuten enthaltenen Bestimmungen regelten dabei lediglich die schwierigsten Fälle, nach denen die einfacheren Fälle von selbst entschieden werden könnten. Beim Erbrecht der halben Geburt sei die Analogie der deutschen Statuten bislang leider falsch verstanden worden.²⁵⁵ Nur sehr wenigen Rechtsgelehrten, und in deren Nachfolge sieht sich auch Krohn, sei bekannt gewesen, daß es neben den beiden im römischen und im obersächsischen Recht vorkommenden Analogien noch eine dritte gegeben habe, die sich von den beiden anderen unterschieden habe. Konkret wird Krohn an dieser Stelle noch nicht. Letztlich geht es Krohn um drei verschiedene Lösungen beim Erbrecht der halben Geburt. Nach der ersten Lösung erben, abgesehen von Geschwistern und deren Kindern, halbbürtige Verwandte neben vollbürtigen Verwandten gleichen Grades der Verwandtschaft. Nach der zweiten Lösung, und dies ist nach Krohn die obersächsische Lösung, werden halbbürtige Verwandte von vollbürtigen Verwandten gleichen Grades ausgeschlossen und erben zusammen mit vollbürtigen Verwandten des nächsten Grades. Nach der dritten Lösung erben diese weiter entfernten vollbürtigen Verwandten demgegenüber

²⁵⁴ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 7 (S. 21f); Krohn verwendet hier wirklich den Singular, so auch an anderen Stellen.

²⁵⁵ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 8 (S. 23ff).

nicht neben jenen halbbürtigen Verwandten, sondern kommen erst nach letzteren zum Zuge. Dieser Lösung folgt nach Krohn unter anderem das Lübecker Recht. Wenn ein Statut nicht mit der obersächsischen Analogie übereingestimmt habe, sei jedenfalls das römische Recht herangezogen worden. Krohn sieht darin einen Fehler, der nach seiner Ansicht dadurch hätte vermieden werden können, daß die in den betreffenden Statuten geregelten Fälle miteinander verglichen worden wären. Auf diese Weise hätten sich die einzelnen Statuten gegenseitig erläutern können. Denn ein Teil eines Statuts sei nach einem anderen Teil und ein Statut sei nach einem anderen auszulegen. Dazu zitiert Krohn aus David Mevius' Lübecker Stadtrechtskommentar.²⁵⁶ Für in den betreffenden Statuten nicht ausdrücklich geregelte Fälle hätte entweder auf einen ähnlichen Gedanken zurückgegriffen werden können, wozu sich Krohn unter anderem auf Cicero stützt.²⁵⁷ Oder, wenn der Fall einer weit entfernten Verwandtschaft geregelt gewesen wäre, hätte für den Fall einer weniger weit entfernten Verwandtschaft eine Entscheidung durch einen Schluß vom Größeren auf ein Kleineres getroffen werden können, wozu Krohn erneut Cicero heranzieht.²⁵⁸ Auch Umkehrschlüsse hätten genutzt werden können. Krohn zitiert dazu ein weiteres Werk von Mevius.²⁵⁹ Eine andere Möglichkeit, zur wahren Analogie der deutschen Statuten zu gelangen, sieht Krohn in der Berücksichtigung von Präjudizien aus der Zeit vor der Rezeption des römischen Rechts.²⁶⁰ Krohn beruft sich dazu auf Justus Henning Böhmer. Böhmer schlägt vor, bei unklarem Wortlaut eines Statuts auf vorangegangene Gewohnheiten zu achten.²⁶¹ Sei

²⁵⁶ Mevius (wie Fn. 57), Quaestio decima praeliminaris, Rn. 26 (S. 43): „Sextò, statutum unum ab alio, eodem contextu, vel saltem in eodem codice comprehenso, interpretationem sumit, (...) eamque talem, qua conformetur statutum statuto, et uni inclusa ab altero potius excepta censeantur, quàm isti contraria, (...). Potior est statuti ex alio statuto interpretatio, quàm ex jure communi, etsi ad hoc expressè se referat.“

²⁵⁷ Marcus Tullis Cicero, Topica (übersetzt und erläutert von Karl Bayer), München 1993, 4, 23: „Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est (...). valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.“

²⁵⁸ Cicero (wie Fn. 257), 4, 23: „Quod in re maiore valet, valet in minore, (...).“

²⁵⁹ David Mevius, Consilia posthuma, varia et perfecta eruditione referta, Frankfurt am Main 1717, 37. Consilium, Rn. 32 (S. 352): „(...) argumentum à contrario sensu (...) necessario concludit (...).“

²⁶⁰ Krohn (wie Fn. 3), Vorbericht, § 8 (S. 25f.); zurückhaltender hingegen die Klagerwiderung Krohns: S. 40.

²⁶¹ Justus Henning Boehmer, Consultationes et decisiones iuris, 2. Band, 2. Teilband, Halle 1734, 868. Responsum, Rn. 34 (S. 162).

bekannt, so schreibt Krohn weiter, wo der Ursprung eines Statuts liege, so könne darauf ebenfalls und gleichsam ‚ad fontem‘ zurückgekehrt werden. Auch Statuten mit demselben Ursprung könnten berücksichtigt werden. Krohn stützt sich dazu auf Christoph Nicolaus Lyncker.²⁶² Krohn schlägt sogar vor, den Sachsen- und Schwabenspiegel heranzuziehen. Dazu solle es allerdings nur kommen, wenn es ausschließlich darum gehe, zu zeigen, daß die deutschen Rechte nicht dieselben Prinzipien wie das römische Recht hätten. Weil es in der Frage des Erbrechts der halben Geburt keine Übereinstimmung unter den deutschen Rechten gegeben habe, wobei Krohn hier die Übereinstimmung im Detail meint, nicht aber in der grundsätzlichen Bevorzugung vollbürtiger Verwandter, könnten der Sachsen- und der Schwabenspiegel nur zeigen, was dort üblich gewesen sei, wo sie jeweils entstanden seien. Bei Statuten, die einen anderen Ursprung hätten, werde besser auf benachbarte Statuten zurückgegriffen. Ähnliche Überlegungen finden sich bei Mevius.²⁶³ In seiner ‚Weiteren Ausführung‘ wird Krohn insofern deutlicher und schreibt, bei Übereinstimmung zwischen den deutschen Rechten und dem römischen Recht wolle auch er nicht auf irgendwelche älteren deutschen Rechte zurückgreifen.²⁶⁴ Auf den Sachsen- und den Schwabenspiegel dürfe lediglich zurückgegriffen werden, um zu zeigen, daß die deutschen Rechte nicht dieselben Prinzipien wie das römische Recht hätten. Die deutschen Rechte hätten sich in einigen Fragen sogar untereinander stark unterschieden. Entscheidend sei, ob in solchen Fragen, die sowohl den deutschen Rechten als auch dem römischen Recht bekannt seien, auf das römische Recht auch dann zurückgegriffen werden könne, wenn in einem Statut die von der römischen Analogie abweichende deutsche Analogie beibehalten worden sei und die Statuten insofern unberührt geblieben seien, und wie solche Statuten richtig auszulegen seien.

Bacmeister lehnt den Rückgriff auf ältere deutsche Rechte oder auf fremde Statuten ab, scheint Krohn dabei aber teilweise nicht ganz richtig zu verstehen.²⁶⁵ Krohn weist Bacmeister in seiner ‚Weiteren Ausführung‘ darauf hin.²⁶⁶ Dies gilt unter anderem für die Heranziehung der älteren deutschen Rechte.

²⁶² Nicolaus Christoph von Lyncker, *Res in SSrem. Ducum Saxoniae dicasteriis Ienensibus decisae*, 3. Band, Jena 1719, 1389. Decision (S. 395ff.).

²⁶³ Mevius (wie Fn. 57), *Quaestio decima praeliminaris*, Rn. 30 (S. 43).

²⁶⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 553ff. = Krohn (wie Fn. 4), 1. Kapitel, §§ 1-3 (S. 7ff.).

²⁶⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 375ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 1. Kapitel (S. 3ff.).

²⁶⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 560ff. = Krohn (wie Fn. 4), 1. Kapitel, §§ 4-6 (S. 9ff.).

Bacmeister führt dazu aus, in der Ordnung des Reichshofrats sei ausdrücklich von ‚probirten‘ deutschen Rechten die Rede.²⁶⁷ Auf irgendwelche älteren deutschen Rechte dürfe deshalb nicht zurückgegriffen werden, weil die Ordnung des Reichshofrats anderenfalls umsonst etwa ‚probirte Gewohnheiten‘ verlangte. Auch fremde Statuten dürften nicht herangezogen werden, weil zunächst auf die eigenen Gewohnheiten eines konkreten Ortes und dann, wenn derartige nicht vorhanden seien, auf das römische Recht zurückzugreifen sei. Zudem hätten sich die deutschen Rechte in der Erbfolge schon immer unterschieden. Bacmeister verweist dazu auf Johann Gottlieb Heineccius.²⁶⁸ Vor allem sei deswegen auf das römische Recht zurückzugreifen, weil die deutschen Statuten das römische Recht übernommen hätten und sich insofern von den deutschen Landrechten in vielen Fragen unterschieden. Außerdem seien die ersten deutschen Städte römische Siedlungen gewesen und hätten die römischen Gesetze übernommen. Und weil eine Stadt ihr Recht von einer anderen Stadt bekommen habe, seien die römischen Gesetze auf viele Städte übertragen worden, so wie auch das Lübecker Recht von vielen anderen Städten übernommen worden sei. Im übrigen seien aus der Zeit vor Friedrich I. überhaupt keine deutschen Stadtrechte überliefert und sei in der Zeit Friedrichs I. das römische Recht bereits herrschend gewesen. Bacmeister verweist dazu auf Ernst Joachim Westphalens Buch zum Ursprung des Lübecker Rechts.²⁶⁹

²⁶⁷ 1. Titel, § 15 Reichshofratsordnung von 1654: „Und weil dann allein Uns, als Römischen Kayser, vielberührte Unser Praesident und Reichs-Hof-Räthe mit einem theuren Eyd verbunden, so sollen sie (...) zuvorderist Unsere Röm. Kayserl. Wahl-Capitulation, Reichs-Abschied Religion- und Prophan-Frieden, und den jüngsten Münster- und Oßnabrugischen Frieden-Schluß, nach Ausweisung des 17. Art. §. 1. & 2. wie auch jedes Stands, Lands, Orts, und Gerichts, sonderlich die gebührliche allegirte und probirte Privilegia, gute Ordnung- und Gewohnheiten, und in Mangel derselben die Kayserliche Rechten, und rechtmäßige Observationes und Gebräuch in acht nehmen, und nach denselben ihre Decreta, Bescheid und Urtheil richten (...)“. (zum Text: Heinrich Christian von Senckenberg, Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede, 4. Band, Frankfurt am Main 1747, Zugabe, S. 50); Bacmeister zitiert den Text ab dem Wort ‚gebührliche‘.

²⁶⁸ Johann Gottlieb Heineccius, *Elementa iuris Germanici*, 1. Band, Halle 1736, 2. Buch, 9. Titel, § 253 (S. 552); zu Heineccius: Patricia Wardemann, *Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741). Leben und Werk*, Diss. iur. Köln 2007, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2007.

²⁶⁹ Ernst Joachim von Westphalen (Präses)/Christian Friedrich Fischer (Respondent), *De origine et fontibus iuris Lubecensis, eiusque usu, autoritate, elogio et subsidiis*, Diss. iur. Rostock 1727, Rostock 1727, § 4 (S. 31).

Krohn gibt die Unterschiede zwischen vielen Land- und Stadtrechten zu, weist aber zugleich darauf hin, daß es auch Gemeinsamkeiten gebe, die den Rückgriff auf jene zuließen.²⁷⁰ Außerdem gibt Krohn zu, daß Bestimmungen vieler Stadtrechte aus dem römischen Recht übernommen worden seien. Für Krohn bedeutet dies aber, daß ausschließlich solche Statuten nach römischem Recht auszulegen seien. Beim Lübecker Stadtrecht sowie bei anderen Stadtrechten gehe es jedoch um Statuten, die in der Frage der Erbfolge eine vom römischen Recht abweichende Analogie hätten. Richtig sei auch, daß einige deutsche Städte am Rhein von Julian an bis ins 5. Jahrhundert hinein römische Siedlungen gewesen seien. Aber zum einen seien die römischen Statthalter alsbald wieder vertrieben worden und seien deutsche Regierungen und Gerichte zurückgekehrt, wozu sich Krohn auf Johann Jacob Mascov stützt.²⁷¹ Zum anderen habe es Justinian und dessen *Corpus Iuris Iustinianum* damals noch gar nicht gegeben, sondern sei letzterer erst im 6. Jahrhundert entstanden, und zwar ab dem Jahre 529. Daraus folgt für Krohn, daß die Statthalter der römischen Siedlungen höchstens den *Codex Theodosianus* hätten anwenden und an andere Städte hätten weitergeben können. Der *Codex Theodosianus* habe ein Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge aber nicht gekannt. Noch weniger habe dieser ein auf vollbürtige Geschwister des Erblassers und deren Kinder beschränktes Vorrecht enthalten, womit Krohn eine Beziehung zu Nov. 118, 3, 1 herstellt.²⁷² Zudem seien die deutschen Vorfahren keine großen Liebhaber des römischen Rechts gewesen, sondern hätten, nachdem sie sich der römischen Herrschaft hätten entledigen können, zunächst nichts anderes getan, als den römischen Rechtsgelehrten den Hals zu brechen. Krohn zitiert dazu Lucius Annaeus Florus.²⁷³ Auch Mascov berichte in seiner ‚Geschichte der Teutschen bis zu Anfang der Fränkischen Mo-

²⁷⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 566ff. = Krohn (wie Fn. 4), 1. Kapitel, §§ 7f. (S. 12ff.).

²⁷¹ Johann Jacob Mascov, *Geschichte der Teutschen bis zu Anfang der Fränkischen Monarchie*, Leipzig 1726, 10. Buch (S. 445ff.); Johann Jacob Mascov, *Geschichte der Teutschen bis zu Abgang der Merowingischen Könige*, Leipzig 1737, 11. Buch (S. 1ff.).

²⁷² Zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

²⁷³ Lucius Annaeus Florus, *Res Romanae* (hg. von Jan Minell und Christian Juncker), Leipzig 1734, *Epitome*, 4. Buch, 12. Kapitel, Rn. 36f. (S. 258): „(...) nihil insultatione Barbarorum intolerantius: praecipue tamen in causarum patronos: aliis oculis, aliis manus amputabant: vnius os futum, recisa prius lingua, quam in manu tenens Barbarus: Tandem, inquit, ripera sibilare disiste.“

narchie', daß nach der Eroberung der römischen Siedlungen am Rhein durch die Franken sowohl die römische Sprache als auch das römische Recht recht bald untergegangen seien.²⁷⁴ Damit sei es unvereinbar, daß die deutschen Vorfahren das römische Recht beibehalten oder gar untereinander weitergereicht hätten. Krohn wirft Bacmeister vor, solche Fälle, die in einem Statut ausdrücklich, aber vom römischen Recht abweichend geregelt seien, hiernach entscheiden zu wollen, eine Analogie des Statuts jedoch abzulehnen.²⁷⁵ Diejenigen Fälle, die in einem bestimmten Statut nicht ausdrücklich geregelt seien, wolle Bacmeister auch dann nach der Analogie des römischen Rechts entscheiden, wenn der hinter dem Statut liegende Gedanke leicht gezeigt werden könnte. Bacmeister halte weniger Ratio und Analogie eines Statuts für entscheidend, sondern die darin geregelten Fälle. Bacmeister spreche dies aber nicht aus, weil er eingesehen habe, daß er Krohns Ausführungen nichts entgegen könne. Vielmehr gehe Bacmeister indirekt vor und versuche, seine Ansicht dadurch glaubhaft zu machen, indem er ausführe, daß das Lübecker Recht und das römische Recht in der Frage der Erbfolge grundsätzlich übereinstimmten, daß aus der Zeit vor Friedrich I. keine deutschen Stadtrechte überliefert seien und daß in der Zeit Friedrichs I. das römische Recht bereits herrschend gewesen sei. Dies alles sei falsch.

4. Die Auslegung des Lübecker Rechts

Während Krohn die Frage nach dem Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte im ‚Versuch‘ unabhängig vom Lübecker Recht behandelt, kommt Bacmeister in der ‚Wiederlegung‘ sofort auf das für den Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn entscheidende Lübecker Recht zu sprechen. Bacmeister nennt verschiedene Ansichten zum Ursprung des Lübecker Rechts. Größtenteils bestehe Einigkeit darin, daß der Ursprung des Lübecker Rechts im Soester Recht liege, letzteres aber wiederum aus dem römischen Recht herzuleiten sei.²⁷⁶ Bacmeister nennt hier Ernst Joachim Westphalen, den er wörtlich zitiert.²⁷⁷ Andere seien der Ansicht, das Lü-

²⁷⁴ Mascov (wie Fn. 271 a.A.), 10. Buch, § 39 (S. 504f.).

²⁷⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 578ff. = Krohn (wie Fn. 4), 1. Kapitel, §§ 9f. (S. 16ff.).

²⁷⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 385ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 2. Kapitel (S. 7ff.).

²⁷⁷ Westphalen (wie Fn. 269), § 4 Fn. u (S. 30f.): „Docent hoc Duckius de usu et autor. Juris Civilis L. 2. §. 16. p. 17. et articuli Juris Lubecensis de dote constituen-

becker Recht sei aus dem Sachsenspiegel herzuleiten, und beriefen sich dazu auf die Holsteinische Chronik, wozu Bacmeister auf Christian Gottlieb Riccius verweist.²⁷⁸ Dem stehe aber entgegen, daß diejenigen, die das Alter des Sachsenspiegels am höchsten einschätzten, nicht über das 13. Jahrhundert hinausgingen. Bacmeister verweist dazu auf Eucharius Gottlieb Rink sowie auf Johann Salomo Brunquell.²⁷⁹ Davon abgesehen sei das römische Recht auch zur Erklärung des Sachsenspiegels, womit sich Bacmeister auf die Glos- sen des Sachsenspiegels bezieht, und sogar zu dessen Verbesserung herangezo- gen worden. Wieder andere seien der Ansicht, der Ursprung des Lübecker Rechts liege nicht im Soester Recht, sondern im schwedischen Recht. Doch auch dies schliesse nicht aus, daß bei der Auslegung des Lübecker Rechts das römische Recht heranzuziehen sei. Nehme man hingegen das slawische Recht als Ursprung des Lübecker Rechts an, so könne ohnehin nicht auf die germani- schen Gebräuche zurückgegriffen werden und sei noch viel eher das römische Recht heranzuziehen.

Auch Krohn sieht den Ursprung des Lübecker Rechts im Soester Recht.²⁸⁰ Das Soester Recht enthalte die Gewohnheiten der Westfalen, während der Sachsenspiegel die Gewohnheiten der Ostfalen wiedergebe. Den von Bacmeister angesprochenen Bezug des Lübecker Rechts zum schwedischen Recht erklärt Krohn damit, daß die Soester ihr Recht nach Wisby und von dort aus nach Lübeck mitgenommen hätten. Weil die Schweden Teile des Soester Rechts be- halten hätten, stimme das Lübecker Recht mit dem schwedischen Recht teil- weise überein. Daraus folgt für Krohn aber nicht, daß das Lübecker Recht nach dem schwedischen Recht auszulegen sei. Was Bacmeister zum slawischen Recht ausführt, hält Krohn für unhaltbar. Die Geschichte zeige, daß, nachdem das alte Lübeck zerstört und das neue Lübeck errichtet worden sei, die Slawen

da, de haereditate institutione, et innumeri plures, quos velut uno obtutu videre licet in Movii differentiis Juris Lubecensis et R. ex Mevii Commentarii collectis.“

²⁷⁸ Riccius (wie Fn. 204), 1. Buch, 5. Hauptstück, § 7 (S. 93); Holsteinische Chronik bei: Ernst Joachim von Westphalen, Monumenta inedita rerum Germanicarum praecipue Cimbricarum et Megapolensium, 3. Band, Leipzig 1743, Chronicon Hol- satiae vetus (Sp. 1ff.).

²⁷⁹ Eucharius Gottlieb Rink (Präses)/Martin Foerster (Respondent), De speculo Saxonico fonte iur. Sax. communis vulgo vom Sachsenspiegel, Diss. iur. Altdorf 1718, Altdorf 1725, § 2 (S. 5f.); Johann Salomo Brunquell, Historia iuris Ro- mano-Germanici, Frankfurt am Main/Leipzig 1742, 4. Teil, 6. Kapitel, § 5 (S. 443).

²⁸⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 623ff. = Krohn (wie Fn. 4), 2. Kapitel, § 5 (S. 31ff.).

vertrieben und an deren Stelle vor allem Westfalen angesiedelt worden seien. Krohn beruft sich dazu auf Helmold von Bosau und dessen Slawenchronik und bezieht sich offenbar auf die erste Gründung des deutschen Lübeck im Jahre 1143 durch Adolf II. von Schauenburg.²⁸¹

Zur Auslegung des Lübecker Rechts führt Krohn aus, ein Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge habe erstmals der Codex Justinianus geregelt.²⁸² Dieser sei aber vor dem 13. Jahrhundert in Deutschland nicht bekannt gewesen. Krohn zieht daraus den Schluß, daß solche Statuten, die älter seien, deswegen jenes Vorrecht nicht aus dem römischen Recht hätten übernehmen können. Auch das Lübecker Recht habe römisches Recht daher allenfalls dem Codex Theodosianus entnehmen können. Dazu stützt sich nun auch Krohn auf Ernst Joachim Westphalen.²⁸³ Wo das Lübecker Recht hingegen etwas aus dem justinianischen Recht übernommen habe, könne dies nur bei der Revision des Lübecker Rechts oder kurz davor geschehen sein. Krohn verweist dazu auf Christian Gottlieb Riccius.²⁸⁴ Krohn baut diesen Gedanken weiter aus und unterscheidet danach, welche Gestalt das Lübecker Stadtrecht vor und welche Gestalt es nach der Revision im Jahre 1586 hatte.²⁸⁵ Für Krohn kann sehr leicht gezeigt werden, welche Fragen dem Lübecker Stadtrecht bereits vor dessen Revision bekannt gewesen seien und welche nicht, und zieht dazu die alten Handschriften des Lübecker Rechts heran. Diese zeigten, welche Bestimmungen darin bereits enthalten gewesen, welche Bestimmungen davon bei der Revision des Lübecker Rechts übernommen worden und welche vom römischen Recht abweichenden Bestimmungen bei der Revision hinzugekommen seien. Krohn stellt die Frage, warum Bestimmungen, die bestimmte Fragen des Lübecker Rechts betreffen, hätten übernommen oder sogar um weitere hätten ergänzt werden sollen, wenn das Lübecker Recht in diesen Fragen zwar nicht geändert, diese Fragen aber fortan

²⁸¹ Helmold von Bosau, Slawenchronik (hg. von Bernhard Schmeidler), Hannover 1937, 1. Buch, 57., 63., 71. und 85. Kapitel (S. 111ff., S. 119f., S. 136f. und S. 165ff.); zur ersten Gründung des deutschen Lübecks im Jahre 1143: Rolf Hammel-Kiesow, Die Anfänge Lübecks: Von der abotritischen Landnahme bis zur Eingliederung in die Grafschaft Holstein-Stormarn, in: Lübeckische Geschichte (hg. von Antjekathrin Graßmann), 3. Auflage, Lübeck 1997, S. 6-49, S. 43ff.

²⁸² AHL RKG S 118 Q 40a S. 587ff. = Krohn (wie Fn. 4), 2. Kapitel, § 1 (S. 19ff.).

²⁸³ Westphalen (wie Fn. 269), § 4 (S. 31).

²⁸⁴ Riccius (wie Fn. 204), 1. Buch, 5. Hauptstück, § 7 (S. 94).

²⁸⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 595ff. = Krohn (wie Fn. 4), 2. Kapitel, §§ 2f. (S. 22ff.).

nach der Analogie des römischen Rechts hätten behandelt werden sollen. In diesem Zusammenhang hält Krohn die alten Handschriften des Lübecker Rechts auch insofern für hilfreich, als sie ausdrücklich darauf hinwiesen, wenn von der deutschen Analogie abgewichen und auf die römische Analogie zurückgegriffen worden sei. So habe das Lübecker Recht in der bei Westphalen abgedruckten Handschrift von 1240 in Art. 114 geregelt, daß die Mündigkeit des Mannes mit Vollendung des 18. Lebensjahres eintrete.²⁸⁶ Später sei entsprechend dem römischen Recht die Mündigkeit jedoch erst mit Vollendung des 25. Lebensjahres eingetreten. Auch die Unterscheidung zwischen Pfllegschaft und Vormundschaft sei dem römischen Recht entnommen worden. Über beides gäben Art. 204 und Art. 205 Auskunft. Dazu zitiert Krohn, wie schon bei Art. 114, aus den genannten Bestimmungen, wobei die aus Art. 205 zitierte Stelle einen ausdrücklichen Hinweis auf „des Keysers Recht“ enthält.²⁸⁷ Nach Krohns Vermutung erhielten bei der Vormundschaft auch im Lübecker Recht die agnatischen Verwandten als Vormünder den Ertrag des Vermögens des Mündels. In dieser Frage habe das Lübecker Recht in Art. 204 ebenfalls das römische Recht übernommen, wozu Krohn erneut aus Art. 204 zitiert. Auch an dieser Stelle findet sich ein ausdrücklicher Hinweis auf „des Keiseres recht“. Im übrigen zeige Art. 205 der Handschrift des Lübecker Rechts von 1240, daß diesem der Codex Justinianus nicht bekannt gewesen sei. Denn danach trete die Geschlechtsreife mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein, nach dem Codex Justinianus hingegen bereits mit Vollendung des 14. Lebensjahres.²⁸⁸ Krohn zieht daraus den Schluß, daß sich der ausdrückliche Hinweis der Handschrift des Lübecker Rechts von 1240 auf das kaiserliche Recht nur auf den Codex Theodosianus beziehen könne. Für Krohn steht fest, daß dann, wenn sicher sei, welche Bestimmungen eines Statuts deutschen Rechts und welche römischen Rechts seien, auch sicher sei, wann zur Auslegung deutsches Recht und wann

²⁸⁶ Art. 114 der alten Handschrift des Lübecker Rechts von 1240 (zum Text: Westphalen (wie Fn. 278), Sp. 652).

²⁸⁷ Art. 204 und Art. 205 der alten Handschrift des Lübecker Rechts von 1240 (zum Text: Westphalen (wie Fn. 278), Sp. 663).

²⁸⁸ Dazu: Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Auflage, München 1978, § 207 I 2 (S. 116); zur justinianischen Reform des Pubertätsbeginns: Andreas B. Schwarz, *Die justinianische Reform des Pubertätsbeginns und die Beilegung juristischer Kontroversen*, SZ (Rom. Abt.), 69. Band (1952), S. 345-387.

römisches Recht herangezogen werden müsse.²⁸⁹ Krohn spricht sich dafür aus, ausschließlich diejenigen Bestimmungen des Lübecker Rechts, die nachweislich aus dem römischen Recht übernommene Fragen regelten, hiernach auszu-legen. Krohn betont, daß nicht entscheidend sei, ob in einer bestimmten Frage diese oder jene Bestimmung mit dem römischen Recht übereinstimme oder nicht, und richtet sich damit ganz deutlich gegen Bacmeister, der genau das Gegenteil vertritt. Denn nicht das, worin zwischen dem römischen und dem deutschen Recht Übereinstimmung bestehe, sondern das, worin keine Übereinstimmung bestehe, mache die spezifische Analogie eines jeden Rechts aus. Danach will Krohn, wegen des zugrundeliegenden, einheitlichen Prinzips, sämtliche denkbaren Fälle der konkreten Frage entscheiden.

Nichts anderes gilt für Krohn für die Frage der Erbfolge der Seitenverwandten im Lübecker Stadtrecht.²⁹⁰ Dazu schreibt Krohn, die im Lübecker Stadtrecht enthaltenen Bestimmungen stimmten insofern mit dem römischen Recht überein, als Geschwister des Erblassers vor dessen Onkeln und Tanten erben und vollbürtige Geschwister halbbürtige Geschwister von der Erbfolge grundsätzlich ausschließen. Krohn bezieht sich damit auf Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht.²⁹¹ Danach standen abgesonderte, d.h. vermögensrechtlich selbständige Geschwister bei der Erbfolge an dritter, Halbgeschwister an fünfter und Onkel und Tanten an siebter Stelle. Auch nach römischem Recht erben die Geschwister des Erblassers vor dessen Onkeln und Tanten und schlossen vollbürtige Geschwister halbbürtige Geschwister von der Erbfolge aus, wie sich aus Nov. 118, 3 ergibt.²⁹² Weiter schreibt Krohn, keine Übereinstimmung zwischen dem Lübecker Stadtrecht und dem römischen Recht bestehe hingegen insofern, als nach dem Lübecker Stadtrecht vollbürtige Geschwister der Eltern des Erblassers vor Kindern halbbürtiger Geschwister des Erblassers zur Erbfolge berufen

²⁸⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 614ff. = Krohn (wie Fn. 4), 2. Kapitel, § 4 (§ 28f.).

²⁹⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 618ff. = Krohn (wie Fn. 4), 2. Kapitel, § 4 (§ 30f.).

²⁹¹ Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht: „Wann einer stirbt, sein Gut das er nachlest, das empfahe seine nehesten Erben oder Erbnemen; Die Ersten sind des Menschen Kindere, Söhne vnd Töchtere; die Andern, Kindeskindere; die Dritten, Brüder und Schwester, wann sie abgesondert sein; die Vierden, Vater vnd Mutter; die Fünfften, halbe Brüder vnd halbe Schwestern; die Sechsten, Großvater vnd Großmutter; die Siebenden, Vater vnd Mutter Brüder vnd Schwester; die Achten, derselben Kinder; Hierinnen sind beschlossen alle Erben vnd Erbnemen.“ (zum Text: Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd StadtRecht (wie Fn. 57)).

²⁹² Zu Nov. 118, 3: Fn. 168 und Fn. 180.

seien. Damit bezieht sich Krohn auf Art. 2, 2, 18 und Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht. Nach Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht schlossen Kinder vollbürtiger Geschwister des Erblassers dessen Onkel und Tanten von der Erbfolge aus.²⁹³ Nach Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht erbten Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers vor Kindern vollbürtiger Geschwister der Eltern des Erblassers.²⁹⁴ Daraus zieht Krohn, in Übereinstimmung mit dem Lübecker Stadtrechtskommentator Joachim Lukas Stein, den Schluß, daß vollbürtige Geschwister der Eltern des Erblassers vor Kindern halbbürtiger Geschwister desselben zur Erbfolge berufen seien.²⁹⁵ Nach römischem Recht erbten Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers demgegenüber vor dessen Onkeln und Tanten, weil jene bei der Erbfolge an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern traten, wie sich wiederum aus Nov. 118, 3 ergibt.²⁹⁶ Für Krohn ist damit klar, welche Analogie das Lübecker Stadtrecht tatsächlich habe und inwieweit sich diese von der römischen Analogie unterscheide. Im römischen Recht, so faßt Krohn zusammen, sei das Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge nach der herrschenden Meinung auf vollbürtige Geschwister und deren Kinder gegenüber halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern beschränkt. Im Lübecker Stadtrecht gelte jenes Vorrecht hingegen unbeschränkt und damit unter allen anderen Seitenverwandten.

III. Summermanns Relation

Zum Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte schreibt Summermann in seinem Votum wörtlich, daß „soviel gewiß ist, daß das jus Romanum ein dergestalt per totam Germaniam recipirtes jus commune seye, daß derjenige, der selbiges für sich anführet, fundatam intentionem so lang habe, als sein Gegentheil nicht darthut, daß jure speciali sive provinciae sive loci alicujus in puncto quodam controverso ein anders disponiret oder hergebracht seye“.²⁹⁷ Summermann bezieht sich damit ganz unmiß-

²⁹³ Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht: „Des Verstorbenen voller Bruder oder Schwester Kindt, ist neher Erbe zunemen, als desselben verstorbenen Mutter oder Vatern Schwester vnd Bruder.“ (zum Text: Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd StadtRecht (wie Fn. 57)).

²⁹⁴ Zu Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177.

²⁹⁵ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, § 271 (S. 400).

²⁹⁶ Zu Nov. 118, 3: Fn. 168 und Fn. 180.

²⁹⁷ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 7d (§ 33).

verständlich auf die Fundata intentio-Theorie des Usus modernus. Davon abgesehen nimmt Summermann zum Verhältnis des römischen Rechts und der deutschen Rechte nicht Stellung. Dies gilt auch für die von Krohn und Bacmeister diskutierte Frage nach der Auslegung der deutschen Rechte, insbesondere des Lübecker Rechts, nach dem römischen Recht. Am Ende seines Votums, also an einer ganz anderen Stelle, äußert Summermann allerdings, daß das mit dem Lübecker Stadtrecht von 1586 revidierte Lübecker Recht seinen Ursprung zu einem großen Teil im römischen Recht habe.²⁹⁸ Summermann verweist dazu unter anderem auf David Mevius' Stadtrechtskommentar.²⁹⁹ Deswegen ist nach Summermann auf das römische Recht nicht nur als subsidiäre Rechtsquelle zurückzugreifen, sondern ist das römische Recht auch zur Auslegung des Lübecker Rechts heranzuziehen.

IV. Zwischenergebnis

Der Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn zeigt, daß das Reichskammergericht die Fundata intentio-Theorie des Usus modernus in der Mitte des 18. Jahrhunderts noch anwandte. Gleiches gilt für die Parteien. Bacmeister geht in seiner Klagebegründung zwar von der Subsidiarität des römischen Rechts aus. Letzteres ist nach seiner Ansicht mangels anderslautenden einheimischen Rechts jedoch gerade anzuwenden. Entsprechend der Fundata intentio-Theorie äußert sich Bacmeister nicht zu der Frage, warum es nach seiner Ansicht kein vom römischen Recht abweichendes Lübecker Recht gibt. Dafür muß Krohn in seiner Klageerwiderung sowie in seinem ‚Versuch‘ und später noch in seiner ‚Weiteren Ausführung‘ umso mehr argumentieren. Krohn obliegt der Nachweis abweichenden Lübecker Rechts. Auch Summermann bezieht sich in seinem Votum mit großer Selbstverständlichkeit auf die Fundata intentio-Theorie und baut seine Ausführungen hierauf auf.

²⁹⁸ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 26b f. (§ 69).

²⁹⁹ Mevius (wie Fn. 57), Quaestio prima praeliminaris, Rn. 55 (S. 7).

3. Kapitel - Das römische Recht

I. Die Erbfolge im römischen Recht

1. Das justinianische Recht

Die in Klagebegründung und Klageerwiderung sowie in den Abhandlungen Krohns und Bacmeisters und schließlich auch in Summermanns Relation genannte Nov. 118 war die zentrale Bestimmung der Intestaterbfolge im justinianischen Recht.³⁰⁰ Die Verwandten des Erblassers wurden darin in vier Klassen nacheinander zur Erbfolge berufen. Dabei kam es weder auf das Geschlecht der Verwandten noch darauf an, ob letztere durch Vermittlung von Personen männlichen oder weiblichen Geschlechts mit der Erblasser verwandt waren. Insofern führte Nov. 118 zu einer wesentlichen Änderung in der Intestaterbfolge, in der bis zur Neuregelung durch Justinian Verwandte, die durch Vermittlung männlicher Personen mit dem Erblasser verwandt gewesen waren, bevorzugt worden waren.³⁰¹ In der ersten Klasse der novellierten römischen Erbfolge erbten die Deszendenten.³⁰² Diese erbten nach Stämmen, so daß an die Stelle verstorbener

³⁰⁰ Zu Nov. 118: Kaser (wie Fn. 288), § 288 (S. 510ff.), sowie: Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 162 (S. 446f.).

³⁰¹ Nov. 118, 4: „Nullam vero esse volumus differentiam in quacumque successione aut hereditate inter eos qui ad hereditatem vocantur masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi seu per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successioneibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam sive per emancipationem vel per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus.“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 168)).

³⁰² Nov. 118, 1: „Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filios, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuit qui defunctus est, in illis videlicet quae secundum alias nostras leges patribus non acquiruntur. Nam in usu earum rerum, qui debet acquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus, sic tamen ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis loco succedere, sive sub potestate defuncti sive suae potestatis inveniantur, tamen de hereditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens si viveret habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. (...)“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 168)).

Nachkommen deren Abkömmlinge traten. Innerhalb der einzelnen Stämme wurde das Erbe nach Anzahl der Köpfe verteilt. Die Aszendenten gehörten mit den vollbürtigen Geschwistern des Erblassers und deren Kindern zur zweiten Klasse.³⁰³ Nach dem Grad der Verwandtschaft weniger weit entfernte Verwandte schlossen weiter entfernte Verwandte von der Erbfolge aus. Bei gleicher Nähe erhielten der väterliche und der mütterliche Stamm jeweils eine Hälfte des Nachlasses. Innerhalb der beiden Stämme wurde wiederum nach Köpfen geteilt. Vollbürtige Geschwister waren neben den Eltern zur Erbfolge berufen, obwohl sie mit dem Erblasser als Verwandte zweiten Grades weiter entfernt waren als dessen Eltern als Verwandte ersten Grades. Vollbürtige Geschwister erbten neben Aszendenten nach Köpfen. In der dritten Klasse kamen die halbbürtigen Geschwister hinzu.³⁰⁴ Letztere kamen also erst nach vollbürtigen Geschwistern zum Zuge. An die Stelle verstorbener Geschwister traten zudem deren Kinder mit der Folge, daß auch Kinder vollbürtiger Geschwister nicht nur vor Kindern halbbürtiger Geschwister, sondern auch vor halbbürtigen Geschwistern selbst erbten. Daß halbbürtige Geschwister mit dem Erblasser einen Grad der Verwandtschaft näher verwandt waren als Kinder vollbürtiger Geschwister, änderte daran vergleichbar den Verhältnissen in der zweiten Klasse nichts. In der vierten Klasse erbten alle übrigen Seitenverwandten nach der Nähe der Verwandtschaft.³⁰⁵ Die vierte Klasse war auch die für Spilcker und Krohn als Seitenverwandte dritten Grades einschlägige Klasse.

³⁰³ Nov. 118, 2: „Si igitur defunctus descendentes quidem non derelinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto, sicut per subsequencia declarabitur. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus qui proximi gradu reperiuntur masculos et feminas, sive materni seu paterni sint. Si autem eundem habent gradum, ex aequo inter eos hereditas dividitur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticumque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscumque eos inveniri contigerit. Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem. (...)” (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 168)).

³⁰⁴ Zu Nov. 118, 3, pr.: Fn. 180.

³⁰⁵ Zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

2. Das vorjustinianische Recht

Krohn und Bacmeister beschränken sich in ihren Ausführungen nicht auf das Recht Justinians, sondern behandeln auch das vorjustinianische Recht. Dies sind zum einen die zivile und zum anderen die prätorische Erbfolge.³⁰⁶ Die Entwicklung hin zum Novellenrecht ist sogar ein wichtiger Bestandteil der Argumentation Krohns und Bacmeisters. Grundlage der zivilen Erbfolge war das Zwölftafelgesetz aus der Zeit des altrömischen Privatrechts.³⁰⁷ Danach standen an erster Stelle die Hauserben (*sui heredes*).³⁰⁸ Die Hauserben waren diejenigen Personen, die mit dem Tod des Hausvaters (*paterfamilias*) aus dessen Hausgewalt und Ehegewalt ausschieden und gewaltfrei wurden.³⁰⁹ Hierzu gehörten Hauskinder, die mit dem Tod des Erblassers gewaltfrei wurden, sowie dessen gewaltunterworfenen Ehefrau, die zu ihrem Ehemann im Verhältnis einer Tochter stand. Hauskinder konnten nur solche Nachkommen des Hausvaters sein, die durch Vermittlung eines männlichen Nachkommen des Hausvaters als agnatische Verwandte mit diesem verwandt waren. Außerdem kamen als Hauskinder solche Personen in Betracht, die in die Hausgewalt zwar nicht durch eheliche Abstammung, dafür aber durch Annahme einer fremden, bereits gewaltunterworfenen Person an Kindes statt (*adoptio*) oder durch Annahme eines gewaltfreien Mannes an Sohnes statt (*adrogatio*) gelangt waren. Letztere konnte statt durch Befragung vor den Kuriatkomitien durch Komitialtestament auch erst mit Wirkung für den Zeitpunkt des Todes des Hausvaters erfolgen (*testamentum calatis comitiis*). An zweiter Stelle der Erbfolge standen diejenigen agnatischen Seitenverwandten, die mit dem Erblasser nach dem Verwandtschaftsgrad am nächsten verwandt waren (*proximi adgnati*). An dritter Stelle erbten die Angehörigen desselben Geschlechts des Erblassers (*gentiles*). Die Blutsverwandten (*cognati*) blieben in der Erbfolge nach zivilem Recht unbe-

³⁰⁶ Allgemein zum zivilen und prätorischen Recht: Kaser (wie Fn. 64), § 49 (S. 198ff.) und § 51 (S. 205ff.), sowie: Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 8 (S. 13f.); umfassend: Max Kaser, ‚Ius honorarium‘ und ‚ius civile‘, SZ (Rom. Abt.), 101. Band (1984), S. 1-114.

³⁰⁷ Zur zivilen Erbfolge: Kaser (wie Fn. 64), § 166 (S. 695ff.), sowie: Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 159 (S. 442f.).

³⁰⁸ XII Tab. 5, 4: „Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.“ (zum Text: Das Zwölftafelgesetz. *Leges XII Tabularum* (hg. von Dieter Flach), Darmstadt 2004).

³⁰⁹ Zur Hausgewalt: Max Kaser, Der Inhalt der patria potestas, SZ (Rom. Abt.), 58. Band (1938), S. 62-87.

rücksichtigt. Nach der prätorischen Erbfolge als Fortbildung des zivilen Rechts waren die Erben in vier Klassen unterteilt, die nacheinander zum Nachlaßbesitz (*bonorum possessio intestati*) berufen wurden.³¹⁰ Die Erteilung des Nachlaßbesitzes durch den Prätor konnte von den Erben der einzelnen Klassen jeweils innerhalb einer bestimmten Frist beantragt werden. Zur ersten Klasse (*unde liberi*) gehörten die Hauserben und diejenigen Nachkommen des Hausvaters, die durch Entlassung aus dessen Hausgewalt ausgeschieden waren. Zur zweiten Klasse (*unde legitimi*) zählten die Erben der zivilen Erbfolge in der dortigen Reihenfolge. In der dritten Klasse (*unde cognati*) erbten alle Blutsverwandten bis zum sechsten Verwandtschaftsgrad und vom siebten Grad noch die Kinder von Urenkeln von Urgroßeltern. In der Berücksichtigung der kognatischen Verwandten bestand ein wesentlicher Unterschied zur zivilen Erbfolge. Näher entfernte Verwandte schlossen weiter entfernte Verwandte von der Erbfolge aus. Zur vierten Klasse (*unde vir et uxor*) gehörten die Ehegatten.

II. Krohns und Bacmeisters Argumente

1. Der Wortlaut von Nov. 118

Krohn ist der Ansicht, daß im justinianischen Recht vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten gleichen Verwandtschaftsgrades bei der Erbfolge ein unbeschränktes, auch unter entfernten Verwandten geltendes Vorrecht hätten. Für den Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn würde dies bedeuten, daß der beklagte Bürgermeister Krohn die klagende Spilcker von der Erbfolge ausschließen würde. Bacmeister vertritt hingegen den Standpunkt, daß ein solches Vorrecht ausschließlich unter Geschwistern des Erblassers und deren Kindern gelte, und kann sich dazu auf den Wortlaut von Nov. 118 stützen. Denn Nov. 118, 3, pr. regelte ein Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten wörtlich nur für Geschwister und deren Kinder, während nach dem Wortlaut von Nov. 118, 3, 1 alle übrigen Seitenverwandten nach dem Verwandtschaftsgrad erbten.³¹¹ Dies würde bedeuten, daß Spilcker und Krohn gleichberechtigt erben würden.

³¹⁰ Zur prätorischen Erbfolge: Kaser (wie Fn. 64), § 167 (S. 697ff.), sowie: Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 160 (S. 443ff.); speziell zu den Unterschieden zwischen zivilem und prätorischem Erbrecht: Heinrich Honsell, *Römisches Recht*, 6. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 2005, § 69 II (S. 195f.).

³¹¹ Zu Nov. 118, 3, pr.: Fn. 180; zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

Bacmeister stützt sich aber nicht auf diesen Vorteil, sondern argumentiert mit dem in Nov. 118, 3, pr. geregelten Recht von Kindern verstorbener Geschwister, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer Eltern zu treten, dem sog. Repräsentationsrecht.³¹² Dieses Recht setze die Fiktion eines näheren Verwandtschaftsgrades als des tatsächlichen voraus. Nach Nov. 118, 3, pr., woraus Bacmeister zitiert, gelte diese Fiktion aber ausdrücklich nur für Kinder von Geschwistern.³¹³ Auch für eine Bevorzugung vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten wäre bei gleicher Verwandtschaftsnähe eine solche Fiktion erforderlich. Dies sehe Nov. 118, 3 jedoch nicht vor. Aus diesem Grund habe Justinian für alle übrigen Seitenverwandten hinzugefügt, daß diese nach dem Verwandtschaftsgrad erben sollten. Krohn hält dieses Argument freilich für unerheblich. Es sei überhaupt nichts ungewöhnliches, daß eine Person gegenüber einer anderen Person ein Vorrecht bei der Erbfolge habe, obwohl beide Personen mit dem Erblasser gleich nahe verwandt seien.³¹⁴

2. Die Erhaltung des Geschlechts

Für Krohn schließt der Wortlaut von Nov. 118, 3, pr. nicht aus, daß vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten gleichen Verwandtschaftsgrades im justinianischen Recht ein unbeschränktes Vorrecht bei der Erbfolge hätten. Denn ein solches Vorrecht war für Krohn im römischen Recht ganz selbstverständlich. Krohn weist darauf hin, daß es bei der Erbfolge im vorjustinianischen römischen Recht um die Erhaltung des Geschlechts gegangen sei.³¹⁵ Tatsächlich war die Erbfolge im römischen Recht ursprünglich nur eine Fortsetzung des Familienrechts.³¹⁶ Erst später lösten sich die mit der Familiengewalt verbundenen Rechte und Pflichten von der Erbfolge.³¹⁷ Krohn zitiert dazu aus Inst. 3, 2, 3.³¹⁸ Danach erschien es angemessener, die Erbfolge so zu regeln,

³¹² AHL RKG S 118 Q 40a S. 411ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 4. Kapitel (S. 18f.); zu Nov. 118, 3, pr.: Fn. 180.

³¹³ Nov. 118, 3, pr.: „Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebeamus fratrum masculorum aut feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant; nulli <autem> alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc ius largimur.“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 168)).

³¹⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 742ff. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 11 (S. 78ff.).

³¹⁵ Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 6 (S. 46f.).

³¹⁶ Kaser (wie Fn. 64), § 23 I (S. 92).

³¹⁷ Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 157 I 1 (S. 435f.).

³¹⁸ So auch: AHL RKG S 118 Q 40a S. 728 = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 9 (S. 73).

daß in der Regel männliche Verwandte zur Erbfolge berufen seien.³¹⁹ Krohn führt aus, daß deshalb für die Erbfolge ausschließlich die agnatische, nicht jedoch die kognatische Verwandtschaft entscheidend gewesen sei. Und deswegen seien diejenigen, die mit dem Erblasser lediglich durch Abstammung von demselben Vater verwandt gewesen seien, gegenüber denjenigen, die mit dem Erblasser nicht nur durch Abstammung von demselben Vater, sondern auch von derselben Mutter verwandt gewesen seien, gleichberechtigt gewesen, wozu Krohn auf Inst. 3, 2, 1 und 3 verweist. Dies ändere jedoch nichts daran, daß im vorjustinianischen Recht vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten nicht an sich, und wenn es möglich gewesen wäre, ein Vorrecht gehabt hätten. Noch weniger folgt für Krohn hieraus, daß halbbürtige Verwandte gar von Natur aus den vollbürtigen Verwandten als gleichgestellt angesehen worden seien. Krohn begründet dies damit, daß ansonsten auch diejenigen, die mit dem Erblasser lediglich dieselbe Mutter gehabt hätten, gegenüber denjenigen, die mit dem Erblasser sowohl die Mutter als auch den Vater gemeinsam gehabt hätten, hätten gleichberechtigt sein müssen.

Zum Vergleich zieht Krohn den Sachsenspiegel heran. Dort seien vollbürtige Verwandte wie nirgendwo sonst bevorzugt worden.³²⁰ Dennoch hätten bezüglich der Lehngüter diejenigen, die mit dem Erblasser durch Abstammung von beiden Elternteilen verwandt gewesen seien, gegenüber denjenigen, die mit dem Erblasser lediglich durch Abstammung von demselben Vater verwandt gewesen seien, ebenfalls kein Vorrecht gehabt. Denn hierfür sei genauso wie im vorjustinianischen Recht die agnatische, nicht aber die kognatische Verwandtschaft entscheidend gewesen. Krohn verweist dazu unter anderem auf Matthias Berlich und bezieht sich damit auf Art. 21 § 3 Sachsenspiegel-Lehnrecht.³²¹ Danach waren ausschließlich männliche Nachkommen zur Erb-

³¹⁹ Inst. 3, 2, 3: „(...) quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita iura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. (...)“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis, 1. Band. Institutiones. Digesta (hg. von Paul Krüger und Theodor Mommsen), 21. Auflage, Dublin/Zürich 1970).

³²⁰ Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 6 (S. 47f.).

³²¹ Matthias Berlich, Conclusiones practicabiles, secundum ordinem constitutionem divi Augusti Electoris Saxoniae, Frankfurt am Main/Köln 1693, 3. Teil, 24. Conclusion, Rn. 52 (S. 142).

folge in das Lehen berufen.³²² Auch das langobardische Lehnsrecht zieht Krohn heran. Dort hätten solche Brüder, die mit dem Erblasser einen gemeinsamen Vater gehabt hätten, und deren Kinder neben solchen Brüdern geerbt, die mit dem Erblasser sowohl den Vater als auch die Mutter gemeinsam gehabt hätten. Krohn verweist dazu auf Samuel Stryk und bezieht sich mit seinem Hinweis sicher auf § 2, 11, 1 *Ius Feudorum Longobardicum*. Danach war für die Erbfolge in das Lehen ebenfalls ausschließlich die agnatische, nicht aber die kognatische Verwandtschaft entscheidend.³²³ Auch die unterschiedliche Behandlung von Heergerät und Gerade im Erbrecht des Sachsenspiegels spricht Krohn an. Das Heergerät setzte sich im Mittelalter aus der kriegerischen Ausrüstung des Mannes zusammen, während zur Gerade die zum Lebenskreis der Frau gehörenden Dinge zählten. Das Heergerät erbten nach Art. 27 § 2 Sachsenspiegel-Landrecht I diejenigen nächsten männlichen Verwandten, die durch Vermittlung männlicher Personen mit dem Erblasser verwandt waren.³²⁴ Die Gerade bekamen nach Art. 27 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht I hingegen die nächsten weiblichen Personen mütterlicherseits.³²⁵ Krohn betont, die gleichzeitige Abstammung auch von der Mutter bei den Angehörigen der Schwertseite oder vom Vater bei den Angehörigen der Spindel und damit die Vollbürtigkeit habe keine Rolle gespielt. Dennoch bestehe weder für den Sachsenspiegel noch für das langobardische Lehnsrecht Zweifel daran, daß an allen diesen Orten die

³²² Sachsenspiegel-Lehnrecht, Art. 21 § 3: „Iz ne erft nêman nên lên, went die vater ûf den son.“ (zum Text: Sachsenspiegel. Quedlinburger Handschrift (hg. von Karl August Eckhardt), Hannover 1966).

³²³ Samuel Stryk, *Tractatus de successione ab intestato*, Frankfurt an der Oder 1733, 3. Dissertation, 2. Kapitel, § 7 (S. 220); *Ius Feudorum Longobardicum*, § 2, 11, 1: „His vero deficientibus vocantur primo fratres cum fratrum praemortuorum filiis, deinde agnati vteriores. Quod ita intelligendum est, si feudum sit paternum: hoc est, si fuit illius parentis, qui eius fuit agnationis communis. Si enim Titii auus de nouo beneficio fuerit inuestitus, Titio sine legitimo herede masculo defuncto, eius feudi successio non pertinet ad eiusdem Titii patruum magnum: nec ad prolem ex eo descendentem, imo reuertitur ad dominum. Ad cognatos enim eius beneficium non pertinet, neque beneficii successio.“ (zum Text: Heinrich Christian von Senckenberg, *Corpus iuris feudalis Germanici* oder Vollständige Sammlung der deutschen gemeinen Lehens-Gesetze, Halle 1772, S. 525f.).

³²⁴ Sachsenspiegel-Landrecht I, Art. 27 § 2: „Jewelk man van ridders art erft ouch zwîer wegene: daz erve in den nâesten mâch, swer her sî, unde daz herwêde in den nêhesten swertmâch.“ (zum Text: Sachsenspiegel (wie Fn. 322)).

³²⁵ Sachsenspiegel-Landrecht I, Art. 27 § 1: „Jewelk wîph erft zwîer wegene: ir råde an ir nâhesten nichtelen, de ir van wîphalven is besvâs, unde daz erve an den nâhesten, iz sî wîph oder man.“ (zum Text: Sachsenspiegel (wie Fn. 322)).

Verwandtschaft über zwei gemeinsam Vorfahren nicht für stärker als die Verwandtschaft über nur einen gemeinsamen Vorfahren gehalten worden sei. Vielmehr sei sowohl im Sachsenspiegel als auch im langobardischen Lehnrecht die einfache Abstammung von demselben Vater oder von derselben Mutter ausschließlich im Zusammenhang mit besonderen Vermögen und unter Berücksichtigung besonderer einheimischer Prinzipien ausreichend gewesen. Für Krohn war es im vorjustinianischen Recht nicht anders.

3. Das Vorrecht vollbürtiger Verwandter im justinianischen Recht

Krohn ist der Auffassung, daß die Gleichbehandlung vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter im vorjustinianischen Recht ähnlich wie in anderen Rechten ausschließlich durch den Gedanken der Erhaltung des Geschlechts und der Orientierung der Erbfolge an der agnatischen Verwandtschaft bedingt gewesen sei. Die Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten sei an sich anerkannt gewesen. Für Krohn ist dies wichtig, weil er dieses Ergebnis als Argument in denjenigen Fällen vorbringen will, in denen sich rechtliche Bestimmungen nicht zum Verhältnis vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter bei der Erbfolge äußern. Seine Auffassung versucht Krohn mit Nov. 84 zu begründen, worin eine Bevorzugung vollbürtiger Brüder gegenüber halbbürtigen Brüdern geregelt war.³²⁶ Sobald die Erbfolge im römischen Recht nicht mehr an der agnatischen Verwandtschaft ausgerichtet gewesen sei, habe außer Frage gestanden, daß vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten zu bevorzugen seien.³²⁷ Justinian habe dies in Nov. 84 entsprechend verankert.³²⁸ Darauf, daß sich Nov. 84, 1, 1 wörtlich nur auf die Erbfolge unter Brüdern bezieht, geht Krohn zunächst nicht ein. Krohn äußert dazu später, daß in Nov. 84 zwar tatsächlich nur dieser spezielle Fall ausdrücklich geregelt sei, es für das Recht und dessen Verständnis jedoch nicht auf den jeweiligen besonderen Fall ankomme, sondern auf den zugrundeliegenden Gedanken und darauf, warum ein einzelner Fall in einem bestimmten Sinne entschieden worden sei.³²⁹ Krohn beruft sich dazu unter anderem auf den angesehenen David Mevius.³³⁰ Entscheidend sei, daß vollbürtige Brüder gegenüber halbbürtigen Brüdern aus dem

³²⁶ Nov. 84, 1, 1: Fn. 182.

³²⁷ Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 6 (S. 48ff.).

³²⁸ Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 7 (S. 50f.).

³²⁹ Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 8 (S. 56ff.).

³³⁰ Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, 2. Artikel, Rn. 160 (S. 362).

Grund bevorzugt worden seien, weil jene gewissermaßen vollkommener seien, wozu Krohn teilweise aus Nov. 84, 1, 1 zitiert.³³¹ Wären Justinian weitere Fälle bekannt gewesen, in denen vollbürtige Verwandte mit halbbürtigen Verwandten um die Erbfolge konkurriert hätten, hätte Justinian mit Sicherheit ausdrücklich verordnet, daß auch jene gegenüber diesen ein Vorrecht hätten haben sollen.

Diese Überlegung verstärkt Krohn in der ‚Weiteren Ausführung‘ als Reaktion auf einen Einwand Bacmeisters in der ‚Wiederlegung‘. Darin argumentiert Bacmeister, Justinian habe mit Nov. 84 an ein älteres Gesetz anknüpfen wollen.³³² Nach diesem älteren Gesetz hätten die vollbürtigen Geschwister eines Erblassers ohne Nachkommen alles, was dieser zu Lebzeiten von seiner Mutter oder deren Vorfahren erlangt habe, geerbt und insofern die halbbürtigen Geschwister des Erblassers und dessen Vater von der Erbfolge ausgeschlossen. Bacmeister zitiert dazu aus Nov. 84, 1, 2. Mit diesem älteren Gesetz ist Cod. 6, 59, 11 gemeint.³³³ Dieses Vorrecht habe Justinian zum Vorbild gehabt und in Nov. 84 auf die Erbfolge in das gesamte Vermögen des Erblassers ausgedehnt. Auf alle anderen Seitenverwandten sei diese Lösung aber nicht übertragbar gewesen. Krohn hält das für unerheblich. Denn bereits nach Cod. 6, 61, 4 hätten vollbürtige Geschwister eines Erblassers ohne Nachkommen auch bezüglich dessen, was die Mutter jenes Erblassers im Zusammenhang mit ihrer Heirat und was jener schließlich selbst von seiner Mutter erlangt habe, dessen halbbürtige Geschwister und dessen Vater von der Erbfolge ausgeschlossen.³³⁴ Krohn sieht hinter Cod. 6, 59, 11 und Cod. 6, 61, 4 denselben Gedanken wie hinter Nov. 84, nämlich das Vorrecht vollbürtiger Verwandter bei der Erbfolge, und deswegen sind diese Stellen für ihn und für seine Argumentation wichtig. Dieser Gedanke habe allerdings erst in Nov. 84 ausgesprochen werden können, weil bis dahin das Recht der agnatischen Verwandtschaft zu stark gewesen sei. Für Nov. 84 wiederum sei allein dieser Gedanke maßgeblich, so wie überhaupt weder der in einem Gesetz geregelte besondere Fall noch der dahinterstehende nebensächli-

³³¹ Nov. 84, 1, 1: „(...) atque discernimus, perfectioribus distribuentes quae meliora sunt et minores exaequare eis non patientes.“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 168)).

³³² AHL RKG S 118 Q 40a S. 408ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 4. Kapitel (S. 17f.).

³³³ Zu allen Codex-Stellen: Corpus Iuris Civilis, 2. Band. Codex Iustinianus (hg. von Paul Krüger), 15. Auflage, Dublin/Zürich 1970.

³³⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 732ff. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 10 (S. 75ff.).

che Gedanke, der lediglich zeige, warum gerade ein bestimmter Fall geregelt worden sei, entscheidend seien, sondern es einzig und allein auf den hauptsächlichen Gedanken ankomme. Krohn zieht dazu Iul. Dig. 1, 3, 10 heran. Danach müssen Gesetze nicht alle denkbaren Fälle berücksichtigen, sondern es genüge, die häufigen Fälle zu erfassen.³³⁵

In seiner Auffassung sieht sich Krohn zudem durch Nov. 118 bestätigt. Zwar regle Nov. 84 dem Wortlaut nach lediglich das Verhältnis vollbürtiger und halbbürtiger Brüder. Der hinter Nov. 84 stehende Gedanke verwirkliche sich jedoch auch in Nov. 118. Danach hätten auch vollbürtige Schwestern und Kinder vollbürtiger Geschwister gegenüber halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern ein Vorrecht bei der Erbfolge gehabt, wohingegen in Nov. 118 an sich ausschließlich das Recht von Kindern verstorbener Geschwister des Erblassers, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer Eltern zu treten, geregelt sei. Daß sich Nov. 84 auf Cod. 6, 61, 4 und Cod. 6, 59, 11 beziehe, sei hingegen ein nebensächlicher Gedanke, der nur zeige, daß der hinter Nov. 84 stehende hauptsächliche Gedanke nicht neu sei. In Nov. 118, 3, pr. sieht Krohn lediglich eine Wiederholung des bereits mit Nov. 84, 1, 1 eingeführten Vorrechts vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten.³³⁶ Diese Wiederholung habe dazu gedient, den Bezug zu dem in Nov. 118, 3, pr. erstmals geregelten Recht von Kindern verstorbener Geschwister, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer Eltern zu treten, herzustellen.³³⁷ Nach Krohns Ansicht war der Umstand, daß nach Nov. 118, 3, pr. Kinder verstorbener vollbürtiger Geschwister des Erblassers auch dessen halbbürtige Geschwister ausgeschlossen hätten, keine Erweiterung eines auf vollbürtige Geschwister beschränkten Vorrechts, sondern eine Folge dieses in Nov. 118, 3, pr. geregelten Rechts. Daß durch Nov. 118 nicht das Recht vollbürtiger Geschwister und deren Kinder, halbbürtige Geschwister und deren Kinder von der Erbfolge auszuschließen, eingeführt worden sei, betont Krohn auch in der ‚Weiteren Ausführung‘ noch einmal.³³⁸

Für Krohn ist es wichtig, zu zeigen, daß Nov. 84 und Nov. 118 ein Vorrecht vollbürtiger Verwandter nicht nur für einen bestimmten Einzelfall, sondern für

³³⁵ Iul. Dig. 1, 3, 10: „Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri.“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 319)).

³³⁶ Nov. 118, 3, pr.: Fn. 180; Nov. 84, 1, 1: Fn. 182.

³³⁷ Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 7 (S. 53ff.).

³³⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 708ff. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 8 (S. 66ff.).

alle denkbaren Fälle regelten. Da Krohn den eingeschränkten Wortlaut von Nov. 84 und Nov. 118 nicht leugnen kann, stützt er sich auf einen hinter Nov. 84 stehenden und nach seiner Ansicht in Nov. 118 lediglich wiederholten Gedanken, nach dem vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten generell ein Vorrecht bei der Erbfolge gehabt hätten. Das ist der Kern der gesamten Argumentation Krohns zum Erbrecht der halben Geburt im römischen Recht.

4. Das Vorrecht vollbürtiger Verwandter im vorjustinianischen Recht

Wie gründlich Krohn das römische Recht behandelt, zeigt sich an seinen Ausführungen zum vorjustinianischen Recht. Krohn beschreibt im ‚Versuch‘ nicht nur die Grundzüge der zivilen und der prätorischen Ordnung der Erbfolge und erklärt mit Hinweis auf entsprechende Stellen in den Institutionen den Unterschied zwischen agnatischer und kognatischer Verwandtschaft, sondern geht auch auf Entwicklungen ein.³³⁹ Dabei arbeitet Krohn erneut mit Teilen der Institutionen sowie mit diversen Codexstellen, namentlich mit Inst. 3, 2 sowie Cod. 6, 58, 14. So weist Krohn darauf hin, daß agnatische Verwandte ursprünglich sowohl männliche als auch weibliche Verwandte hätten sein können.³⁴⁰ Später hätten das Erbrecht der agnatischen Verwandtschaft aber nur noch Personen männlichen Geschlechts sowie diejenigen Schwestern gehabt, die mit dem Erblasser durch Abstammung von demselben Vater verwandt gewesen seien. Alle übrigen Verwandten weiblichen Geschlechts seien auf das Erbrecht der kognatischen Verwandtschaft beschränkt gewesen. Justinian habe dies dann wieder geändert und sogar verordnet, daß auch halbbürtige Geschwister von der Seite der Mutter nicht mehr zur Ordnung der kognatischen Verwandten, sondern zur Ordnung der agnatischen Verwandten hätten gehören sollen, wozu Krohn unter anderem Cod. 6, 58, 15, 2 (1) nennt. Gleiches gelte für Kinder dieser halbbürtigen Geschwister. Dazu nennt Krohn unter anderem Cod. 6, 58, 14, 6 (1). Krohn bezieht sich auf Veränderungen, die bereits in die Zeit Justinians fallen, die eine völlige Gleichstellung der durch Personen männlichen und weiblichen Geschlechts vermittelten Verwandtschaft aber noch nicht herbei-

³³⁹ So auch: AHL RKG S 118 Q 40a S. 687ff. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 4 (S. 58ff.); zu diesen Entwicklungen: Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 159 I 2 (S. 442f.).

³⁴⁰ Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 4 (S. 41ff.).

führten.³⁴¹ Erst mit Nov. 118 schuf Justinian eine ausschließlich an der Blutsverwandtschaft orientierte Erbfolgeordnung.³⁴²

An dieser Stelle setzt Krohn mit weiteren eigenen Überlegungen an. Diejenigen Verwandten, die mit dem Erblasser durch Abstammung von beiden Eltern teilen verwandt gewesen seien, hätten nach wie vor eine erbrechtliche Bevorzugung für sich in Anspruch genommen.³⁴³ Der Unterschied zwischen der agnatischen und der kognatischen Verwandtschaft hätte insofern aber keinen Ausschlag mehr geben können. Um dem abzuhelpen, habe Justinian in Nov. 84 verordnet, daß diejenigen Verwandten des Erblassers, die mit diesem lediglich durch Abstammung entweder von demselben Vater oder von derselben Mutter verwandt gewesen seien, von denjenigen Verwandten, die mit dem Erblasser sowohl durch Abstammung von demselben Vater als auch von derselben Mutter verwandt gewesen seien, von der Erbfolge ausgeschlossen würden. Weil dies aber mit den alten Prinzipien des römischen Rechts noch weniger zu vereinbaren gewesen sei, habe Justinian schließlich in Nov. 118 die unterschiedliche Behandlung agnatischer und kognatischer Verwandter ganz aufgehoben und alle Seitenverwandte nach dem Grad der Verwandtschaft erben lassen. Krohn will damit den Eindruck erwecken, daß Nov. 118, 3, 1 in einem ausschließlichen Zusammenhang mit der Beseitigung des Unterschieds zwischen der agnatischen und der kognatischen Verwandtschaft sowie der anderen in Nov. 118, 4 genannten Beschränkungen steht, nicht jedoch mit dem Vorrecht vollbürtiger Verwandter im römischen Recht.³⁴⁴ Dies bringt Krohn auch an anderen Stellen zum Ausdruck.³⁴⁵

Krohns Einschätzung des vorjustinianischen Rechts im Hinblick auf die Bevorzugung vollbürtiger Verwandter wirkt uneinheitlich. Einerseits spricht Krohn davon, es sei anerkannt gewesen, daß vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten etwas voraushätten. Einem Vorrecht habe jedoch die Orientierung der Erbfolge an der agnatischen Verwandtschaft im Wege gestan-

³⁴¹ Zu diesen Veränderungen: Kaser (wie Fn. 288), § 287 I (S. 498).

³⁴² Zu diesem Schritt: Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 161 II (S. 445f.).

³⁴³ Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 5 (S. 44f.); so auch: AHL RKG S 118 Q 40a S. 688ff. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 4 (S. 59f.).

³⁴⁴ Zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168; zu Nov. 118, 4: Fn. 301.

³⁴⁵ So etwa: AHL RKG S 118 Q 40a S. 746ff. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 11 (S. 80f.).

den und sei erst von Justinian eingeführt worden.³⁴⁶ Andererseits sieht Krohn im justinianischen Recht nur eine Fortsetzung einer bereits im vorjustinianischen Recht enthaltenen Bevorzugung vollbürtiger Verwandter und verknüpft auf diese Weise die Unterscheidung zwischen der agnatischen und der kognatischen Verwandtschaft einerseits mit der Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten andererseits.³⁴⁷ In der ‚Weiteren Ausführung‘ stellt Krohn die These auf, im vorjustinianischen Recht hätten vollbürtige Verwandte ein noch viel größeres Vorrecht als im justinianischen Recht gehabt.³⁴⁸ Denn halbbürtige Verwandte hätten als kognatische Verwandte erst dann geerbt, wenn weder Hauserben noch agnatische Verwandte vorhanden gewesen seien. Insbesondere hätten keine vollbürtigen Verwandten mehr am Leben sein dürfen. Krohn listet das detailliert auf und geht anschließend auf einen ersten Einwand ein. Zwar hätten vollbürtige Schwestern des Vaters und der Mutter sowie andere vollbürtige weibliche Verwandte lediglich das Recht der kognatischen Verwandtschaft und insofern kein Vorrecht gegenüber halbbürtigen Verwandten gehabt. Doch seien weibliche Verwandte nach der Lex Voconia ohnehin von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen gewesen. Nach der Lex Voconia, auf die Krohn hier hinweist, war es reichen Angehörigen der ersten Zensusklasse verboten, Frauen als Erben einzusetzen.³⁴⁹ Möglicherweise hieran anknüpfend wurde die Berufung von Frauen zur gesetzlichen Erbfolge in klassischer Zeit durch Auslegung des Zwölftafelgesetzes insofern beschränkt, als Frauen als agnatische Verwandte ausschließlich dann erbten, wenn sie Nachkommen des Erblassers in gerader Linie oder vom selben Vater abstammende Schwestern des Erblassers waren.³⁵⁰ Im justinianischen Recht hätten vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten nur dann ein Vorrecht gehabt, wenn beide mit dem Erblasser gleich nahe verwandt gewesen seien.³⁵¹ Demgegenüber sei im vorjustinianischen Recht, wonach vollbürtige Verwandte das Recht der agnatischen Verwandtschaft gehabt hätten, der Grad der Verwandt-

³⁴⁶ So etwa: AHL RKG S. 118 Q 40a S. 685f. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 3 (S. 58).

³⁴⁷ So etwa: Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 3 (S. 41).

³⁴⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 690ff. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 5 (S. 60ff.).

³⁴⁹ Kaser (wie Fn. 64), § 161 IV 1 (S. 684); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 168 III (S. 458).

³⁵⁰ Max Kaser und Rolf Knütel, Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 19. Auflage, München 2008, § 66 II 1 Rn. 7 (S. 351).

³⁵¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 696ff. = Krohn (wie Fn. 4), 2. Kapitel, § 6 (S. 62ff.).

schaft mit dem Erblasser nicht entscheidend gewesen, sondern ausschließlich die Ordnung der Erbfolge. Halbbürtige Verwandte hätten, solange noch ein vollbürtiger Verwandter gelebt hätte, nicht geerbt, auch wenn jene mit dem Erblasser in einem näheren Grad der Verwandtschaft verwandt gewesen seien als diese, was Krohn wiederum detailliert auflistet. Das in den Novellen Justinians gewährte Vorrecht war für Krohn nur ein Ersatz für das, was vollbürtige Verwandte durch die Ausdehnung des Rechts der agnatischen Verwandtschaft auf andere Personen und schließlich durch dessen vollständige Aufhebung verloren hätten.³⁵²

Den naheliegenden Einwand, daß das Recht der agnatischen Verwandtschaft nicht nur vollbürtige, sondern auch solche Verwandte des Erblassers gehabt hätten, die mit diesem lediglich durch Abstammung von demselben Vater verwandt und insofern halbbürtige Verwandte gewesen seien, will Krohn nicht gelten lassen. Denn im Sachsenspiegel habe es sich bezüglich der Lehngüter und des Heergeräts genauso verhalten.³⁵³ Dennoch werde nicht behauptet, daß im Sachsenspiegel vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge kein Vorrecht gehabt hätten. Der Grund dafür, daß das Recht der agnatischen Verwandtschaft nicht nur vollbürtige, sondern auch bestimmte halbbürtige Verwandte des Erblassers gehabt hätten, sei gewesen, daß im vorjustinianischen Recht neben dem natürlichen Prinzip des Vorrechts vollbürtiger Verwandter ein weiteres Prinzip gegolten habe. Insofern relativiert Krohn seine Ansicht, wonach vollbürtige Verwandte bereits im vorjustinianischen Recht ein Vorrecht gehabt hätten, wieder. Bacmeister ist hingegen durchgängig der Auffassung, daß vollbürtige Verwandte erstmals in den Novellen Justinians ein Vorrecht gehabt hätten.³⁵⁴

5. Die Erbfolge der kognatischen Verwandten

Anders als für Krohn ist für Bacmeister nur die Erbfolge der kognatischen Verwandten interessant. Diese sei nicht erst von Justinian, sondern bereits durch die prätorischen Edikte eingeführt worden.³⁵⁵ Justinian habe lediglich den Unterschied zwischen der agnatischen und der kognatischen Verwandtschaft aufgehoben und verordnet, daß für die Erbfolge das Recht der kognati-

³⁵² AHL RKG S 118 Q 40a S. 701ff. = Krohn (wie Fn. 4), 2. Kapitel, § 7 (S. 64ff.).

³⁵³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 725ff. = Krohn (wie Fn. 4), 2. Kapitel, § 9 (S. 72ff.).

³⁵⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 408 = Bacmeister (wie Fn. 4), 4. Kapitel (S. 17).

³⁵⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 403ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 4. Kapitel (S. 15ff.).

schen Verwandtschaft entscheidend sein solle. Bei der Erbfolge der kognatischen Verwandten im vorjustinianischen Recht sei jedoch nicht einmal unter Brüdern zwischen vollbürtigen und halbbürtigen unterschieden worden. Dazu zitiert Bacmeister aus Paul. Dig. 38, 10, 10, 13, wonach Brüder auch solche Geschwister waren, die von einem einzigen Elternteil abstammten, und insofern kein Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Brüdern gemacht wurde. Wenn aber nicht einmal unter Brüdern zwischen vollbürtigen und halbbürtigen unterschieden worden sei, sei eine solche Unterscheidung bei weiter entfernten Seitenverwandten erst recht nicht denkbar gewesen. Für Bacmeister hatte das auch begriffliche Gründe, wozu sich Bacmeister eines Zitats aus Ulp. Dig. 38, 8, 1, 1 und Mod. Dig. 38, 10, 4, 1 bedient. Dort wurden solche Personen als kognatische Verwandte bezeichnet, die von einer gemeinsamen dritten Person abstammten.

Krohn, der hierauf in seiner ‚Weiteren Ausführung‘ reagiert, läßt sich davon freilich nicht beeindrucken. Krohn hält es für ausreichend, daß in Paul. Dig. 38, 10, 10 vollbürtige und halbbürtige Verwandte überhaupt gesondert erwähnt seien.³⁵⁶ Bei der Aufzählung der zum zweiten Grad der kognatischen Verwandtschaft gehörenden Personen in Paul. Dig. 38, 10, 10, 13 würden bei den Geschwistern sowohl die vollbürtigen als auch die halbbürtigen Geschwister genannt. Bei der Aufzählung der zum dritten Grad gehörenden Personen in Paul. Dig. 38, 10, 10, 14 würden bei den Onkeln ebenfalls sowohl die vollbürtigen als auch die halbbürtigen Geschwister genannt, dort die Geschwister des Vaters und der Mutter. Gleiches gelte für die Tanten. Auch bei der Auflistung der zum vierten Grad der kognatischen Verwandtschaft zählenden Personen in Paul. Dig. 38, 10, 10, 15 seien als Großonkel und Großtanten sowohl die vollbürtigen als auch die halbbürtigen Geschwister erwähnt, dort die Geschwister des Großvaters und der Großmutter. Krohn setzt dies entsprechend fort und meint, dies zeige, daß, obwohl im vorjustinianischen römischen Recht vollbürtige kognatische Verwandte vor halbbürtigen kognatischen Verwandten kein Vorrecht gehabt hätten, gleichwohl anerkannt gewesen sei, daß jene gegenüber diesen an sich etwas voraushätten. Als Beleg für seine These führt Krohn schließlich Paul. Dig. 38, 10, 10, 13 an. Dort habe ausdrücklich geregelt werden müssen, daß vollbürtige Brüder keinen näheren Grad der kognatischen Verwandtschaft als halbbürtige Brüder gehabt hätten, weil jene von diesen in der Ordnung der

³⁵⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 671ff. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 2 (S. 50ff.).

kognatischen Verwandten durch nichts voneinander unterschieden gewesen seien. An anderer Stelle schreibt Krohn, die Erbfolge der kognatischen Verwandten sei durch Nov. 118 abgeschafft worden.³⁵⁷

6. Die herrschende Lehre

Interessant ist, wie Krohn und Bacmeister mit der herrschenden Lehre umgehen. Bacmeister bezieht sich in der ‚Wiederlegung‘ auf die herrschende Lehre in der Frage des Erbrechts der halben Geburt im römischen Recht, entwickelt aber zusätzlich eine eigene Argumentation.³⁵⁸ Vertreter der herrschenden Lehre nennt Bacmeister überdies nicht. Vermutlich war dies überflüssig. Dafür spricht, daß auch Krohn akzeptiert, daß es eine für ihn ungünstige herrschende Lehre gibt, mit der er von vornherein nicht argumentieren kann.³⁵⁹ Krohn nennt verschiedene Stellen, aus denen die herrschende Lehre die Gleichbehandlung vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter im vorjustinianischen römischen Recht sowie die Beschränkung des Vorrechts vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten auf Geschwister des Erblassers und deren Kinder im justinianischen römischen Recht ableite.³⁶⁰ Bereits die Glossatoren hätten hieraus den völlig unvernünftigen Satz ‚Duplicitas vinculi non consideratur ultra fratres et fratrum liberos‘ erzwungen, um dem römischen Recht und vor allem sich selbst zu Ansehen zu verhelfen. Das römische Recht habe unbedingt etwas enthalten müssen, das neu gewesen sei. Weil es keinen gerichtlichen Gebrauch des römischen Rechts mehr gegeben habe, sei es umso einfacher gewesen, irgendetwas zu erfinden und zu verbreiten. Zudem hätten sich die Glossatoren ausschließlich am Wortlaut orientiert. Weil nur die Novellen Justinians ausdrücklich etwas zum Erbrecht der halben Geburt hergegeben hätten, hätten sich jene in ihrer Meinung bestätigt gesehen. Von der Analogie des römischen Rechts hätten die Glossatoren hingegen überhaupt keine Ahnung gehabt.

Ältere Rechtsgelehrte seien nur deshalb der Meinung gewesen, daß nach den Novellen Justinians vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten zwar ein Vorrecht gehabt hätten, letzteres aber auf Geschwister und deren Kindern beschränkt gewesen sei, weil auch Bartolus und Baldus dieser Meinung

³⁵⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 740ff. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 11 (S. 77f.).

³⁵⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 415 = Bacmeister (wie Fn. 4), 4. Kapitel (S. 19).

³⁵⁹ Zur herrschenden Lehre zum Erbrecht der halben Geburt bei Krohn bereits: S. 69.

³⁶⁰ Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 2 (S. 38ff.).

gewesen seien.³⁶¹ Einige hätten sich zwar eigene Gedanken machen wollen, hätten sich aber ebenfalls ausschließlich am Wortlaut orientiert. Im Gegensatz hierzu hätten jüngere Rechtsgelehrte zwar eingesehen, daß Justinian lediglich die unterschiedliche Behandlung agnatischer und kognatischer Verwandter habe aufheben wollen. Um die herrschende Lehre aufrechtzuerhalten, hätten die jüngeren Rechtsgelehrten die Ansicht der älteren Rechtsgelehrten aber dennoch übernommen und lediglich anders begründet. Sie seien der Ansicht gewesen, das vorjustinianische römische Recht, in dem sich die Frage nach einem Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten nicht gestellt habe, sei durch die Novellen Justinians nicht aufgehoben worden und gelte in den darin nicht erfaßten Fällen fort. Als Vertreter nennt Krohn Johann Nikolaus Hertius.³⁶² Hertius bezieht sich unter anderem auf Cod. 6, 58, 14, 6 (1). Danach waren nicht nur Kinder eines vollbürtigen Bruders des Erblassers zur Erbfolge berufen, sondern auch Kinder einer Halbschwester. Krohn führt dazu aus, dieses Gesetz, womit sich Hertius rühme, habe zwar das ältere Recht ablösen sollen, sei aber nach wenigen Jahren durch Nov. 84 selbst aufgehoben worden. Inzwischen werde glücklicherweise aber mehr darauf geachtet, was jemand sage, als darauf, wer etwas sage. Eine ähnliche Formulierung findet sich in der ‚Weiteren Ausführung‘. Dort stellt Krohn abschließend fest, in einer Zeit zu leben, wo mehr auf die Wahrheit als auf die Autorität gesehen werde.³⁶³

Krohns Einwände gegen eine unkritische Übernahme der herrschenden Lehre in einer bestimmten Frage mögen zwar vordergründig durch die von ihm verfolgte Absicht motiviert sein, das römische Recht in der Frage des Erbrechts der halben Geburt im eigenen Interesse bzw. im Interesse seines Vaters zugunsten vollbürtiger Verwandter auszulegen. Auf der anderen Seite paßt der im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn dokumentierte Einwand Krohns gut zu dem Befund, zu dem Jan Schröder auf der Grundlage juristischer Literatur des 18. Jahrhunderts kommt und wonach die Berufung auf die herrschende

³⁶¹ Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 9 (S. 58ff.).

³⁶² Johann Nikolaus Hertius, *Commentationes atque opuscula de selectis et rarioribus ex iurisprudencia universali, publica, feudali et Romana, nec non historia Germanica argumentis*, 1. Band, Frankfurt am Main 1737, 83. Parömie, § 2 (S. 352).

³⁶³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 753f. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 11 (S. 82); auch in der Klageerwiderung Krohns findet sich ein Hinweis auf Krohns Einstellung zum Autoritätsargument: S. 40.

Lehre im zweiten Drittel des 18. Jahrhunderts einen anderen Argumentationswert hatte als in früheren Jahrhunderten.³⁶⁴ In vorangegangenen Jahrhunderten machte bereits die Berufung auf die herrschende Lehre unabhängig von der Begründung eine bestimmte Rechtsansicht wahrscheinlich.³⁶⁵ Letztere konnte freilich mit besseren Argumenten widerlegt werden. Die Voraussetzungen legten zahlreiche Regeln im einzelnen fest. So sprach sich Ulrich Zasius gegen die Berücksichtigung von in Rechtsgutachten vertretenen Meinungen aus.³⁶⁶ Außerdem verlangte Zasius, daß die herrschende Lehre durch Texte bestätigt werde oder ihr zumindest keine Texte entgegenstünden.³⁶⁷ Mit dem hohen Argumentationswert der Berufung auf die herrschende Lehre galt in der Jurisprudenz nichts anderes als in der Philosophie, wo es die Regel gab, daß fachlichen Autoritäten in ihrem jeweiligen Fach zu glauben sei, und es bei Verschiedenheit der Meinungen auf die Mehrheit ankam.³⁶⁸ Auch in der Philosophie wurde in der gelehrten Auseinandersetzung bereits die Berufung auf die herrschende Meinung als starkes Argument angesehen. Später erfuhr das Autoritätsargument in Philosophie und Jurisprudenz dann jedoch eine deutliche Abwertung.³⁶⁹ Im 17. Jahrhundert kritisierte John Locke in seinem ‚Essay concerning human understanding‘ die überkommene Theorie.³⁷⁰ In Deutschland forderte Christian Thomasius dazu auf, weniger auf die Meinung anderer, als

³⁶⁴ So: Jan Schröder, ‚Communis opinio‘ als Argument in der Rechtstheorie des 17. und 18. Jahrhunderts, in: Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl Kroeschel zum 60. Geburtstag (hg. von Gerhard Köbler), Frankfurt am Main 1987, S. 404-418, S. 415; Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 27 2 (S. 129); zur herrschenden Meinung auch: Jan Schröder, Zur Relevanz der herrschenden Meinung aus historischer Sicht, in: Das Eigentum. Vorträge gehalten auf der Tagung der Joachim-Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften Hamburg am 10., 11. und 12. Dezember 1987 (hg. von Karl Dietrich Erdmann und Jürgen F. Baur), Göttingen 1989, S. 143-164.

³⁶⁵ Schröder (wie Fn. 364 a.A.), S. 406ff.

³⁶⁶ Ulrich Zasius, Opera omnia (hg. von Ulrich Zasius und Joachim Mynsinger von Frundeck), 5. Band, Neudruck der Ausgabe Lyon 1550, Aalen 1966, Sp. 67, Rn. 11.

³⁶⁷ Ulrich Zasius, Opera omnia (hg. von Ulrich Zasius und Joachim Mynsinger von Frundeck), 1. Band, Neudruck der Ausgabe Lyon 1550, Aalen 1964, Sp. 354, Rn. 32 und Rn. 34.

³⁶⁸ Schröder (wie Fn. 364 a.A.), S. 405f.

³⁶⁹ Schröder (wie Fn. 364 a.A.), S. 410ff.

³⁷⁰ John Locke, An essay concerning human understanding (hg. von Peter H. Nidditch), Oxford 1979, 4. Buch, 15. Kapitel, § 4 (S. 655f.) und § 6 (S. 657).

auf die eigene Erkenntnis zu sehen.³⁷¹ Damit richtete sich Thomasius auch gegen die Regel, nach der fachlichen Autoritäten in ihrem jeweiligen Fach zu glauben ist.³⁷² Samuel Stryk war der Ansicht, daß die herrschende Lehre dann, wenn sie von den Gerichten angenommen sei, die Kraft von Gewohnheitsrecht habe, sie ansonsten aber nur so stark sei, wie es die für sie angeführten Argumente seien.³⁷³ Nach der vergleichbaren Ansicht von Justus Henning Boehmer war die Berufung auf die herrschende Meinung nur bei unklarer Rechtslage und bei Anführung geeigneter Argumente zulässig.³⁷⁴ Michael Heinrich Gribner bestritt, daß die herrschende Meinung überhaupt noch eine Bedeutung für die Rechtsfindung habe, und erklärte, daß hierfür im Zweifelsfall ausschließlich die *Ratio iuris* und die *Analogia iuris* entscheidend seien.³⁷⁵ Dies sind Begriffe, die auch bei Krohn häufig zu finden sind. Dennoch hatte die Berufung auf die herrschende Lehre in der juristischen Praxis weiterhin einen gewissen Wert.³⁷⁶ Dies zeigt sich im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn daran, daß Bacmeister zwar eine eigene Argumentation entwickelt, am Ende aber ergänzend auf die Übereinstimmung seiner Ansicht mit der herrschenden

³⁷¹ Christian Thomasius, *Einleitung zur Vernunftlehre*, Nachdruck der Ausgabe Halle 1691, Hildesheim 1968, 10. Hauptstück, §§ 27f. (S. 227); Christian Thomasius, *Ausübung der Vernunftlehre*, Nachdruck der Ausgabe Halle 1691, Hildesheim 1968, 1. Hauptstück, §§ 99f. (S. 48f.).

³⁷² Christian Thomasius (Präses)/Matthäus Lupin (Respondent), *Dissertatio de fide iuridica*, Diss. iur. Halle 1699, Halle 1699, 1. Kapitel, § 35 (S. 20), und 2. Kapitel, § 55 (S. 72).

³⁷³ Samuel Stryk, *Specimen usus moderni pandectarum*, Frankfurt am Main/Wittenberg 1690, 1. Buch, 3. Titel, § 13 (S. 66f.); ähnlich: Johann Schilter, *Praxis iuris Romani in foro Germanico iuxta ordinem edicti perpetui et pandectarum Iustiniani*, 1. Band, Jena 1698, 2. Exercitation, § 4 (S. 23f.).

³⁷⁴ Justus Henning Boehmer, *Exercitationes ad pandectas*, 5. Band, Hannover-Göttingen 1762, 84. Exercitation, § 1 (S. 374); andererseits aber auch: Justus Henning Boehmer, *Ius ecclesiasticum protestantium*, 2. Band, Halle 1732, 3. Buch, 5. Titel, § 255 (S. 480).

³⁷⁵ Michael Heinrich Gribner (Präses)/Georg Adam Behrmann (Respondent), *De observantiis collegiorum iuridicorum*, Diss. iur. Wittenberg 1713, in: Michael Heinrich Gribner, *Selecta opuscula iuris publici*, 4. Band, Halle 1722, 2. Abschnitt, § 3 (S. 46) und § 8 (S. 53).

³⁷⁶ So: Schröder (wie Fn. 364 a.A.), S. 417, sowie: Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 2 (S. 129) mit Hinweis auf: Christian von Wolff, *Philosophia rationalis sive logica* (hg. von Jean École), Nachdruck der Ausgabe Frankfurt am Main/Leipzig 1740, Hildesheim/Zürich 1983, 2. Teil, 2. Abschnitt, 1. Kapitel, Anm. zu § 1013 (S. 731).

Lehre hinweist. Daß der Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn gleichsam in eine Übergangszeit fällt, zeigt sich an anderen Stellen noch deutlicher.

III. Summermanns Relation

Summermann schließt sich in seiner Relation der Ansicht der Klägerin und damit der Ansicht Bacmeisters an. Danach war das Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten im römischen Recht auf vollbürtige Geschwister des Erblassers und deren Kinder gegenüber dessen halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern beschränkt. Unter weiter entfernten Seitenverwandten und damit auch unter Verwandten dritten Grades wie Spilcker und Krohn bestand kein derartiges Vorrecht, sondern die Erbfolge richtete sich hier ausschließlich nach dem Grad der Verwandtschaft mit dem Erblasser. Nach Summermann wird dies ohne weiteres durch Nov. 118 bestätigt.³⁷⁷ Deswegen verzichtet Summermann auf eine Auseinandersetzung mit den Ausführungen Krohns. Als weiteren Grund hierfür nennt Summermann die Rücksicht auf seine Kollegen. Letzteren erspart Summermann auf diese Weise ein noch längeres Votum, das im Senat überdies tatsächlich vollständig vorgetragen und diskutiert wurde, wie das Senatsprotokoll überzeugend dokumentiert.³⁷⁸ Eine solche Auseinandersetzung hält Summermann nicht zuletzt auch deshalb für überflüssig, weil die herrschende Lehre ganz offensichtlich gegen den Beklagten und damit gegen Krohn spreche. Anders als Bacmeister nennt Summermann auch einige Vertreter der herrschenden Lehre. Dies sind unter anderem Samuel Stryk und Wolfgang Adam Lauterbach.³⁷⁹ Summermann stützt sich damit unmittelbar auf die herrschende Lehre zur Frage des Erbrechts der halben Geburt im römischen Recht und geht mit keinem Wort näher darauf ein, warum Nov. 118 die Ansicht Bacmeisters bestätige, Krohns Auffassung hingegen falsch sei.³⁸⁰ Die Ausführungen Summermanns zum römischen Recht sind mit Abstand die kürzesten im gesamten Votum.

³⁷⁷ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 8a ff. (§ 35).

³⁷⁸ BA AR 1-I/184 fol. 20r-23v.

³⁷⁹ Stryk (wie Fn. 323), 3. Dissertation, 1. Kapitel. § 21 (S. 203f.); Wolfgang Adam Lauterbach, Collegium theoretico-practicum, 2. Band, Tübingen 1723, 38. Buch, nach 17. Titel, § 37 (S. 1144f.).

³⁸⁰ Zum Autoritätsargument bei Krohn und Bacmeister: S. 86.

IV. Zwischenergebnis

Während Bacmeister und Summermann von einem auf Geschwister des Erblassers und deren Kinder beschränkten Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge ausgehen und sich dabei auf den Wortlaut von Nov. 118, 3, 1 stützen, wonach Seitenverwandte, die keine Geschwister des Erblassers oder deren Kinder sind, nach dem Verwandtschaftsgrad erben, argumentiert Krohn mit großem Aufwand für ein unbeschränktes Vorrecht. Dabei erstrecken sich Krohns Ausführungen auch auf das vorjustinianische römische Recht. Krohn ist der Ansicht, daß es im römischen Recht in der Frage des Erbrechts der halben Geburt eine Kontinuität gab, nach der vollbürtige Verwandte bevorzugt wurden. Dem hätten andere Prinzipien, namentlich das Prinzip der Erhaltung des Geschlechts und der agnatischen Verwandtschaft, entgegengestanden. Krohn zieht hier Parallelen zu späteren Rechten wie etwa dem sächsischen Recht. Diese Kontinuität stehe in keinem Widerspruch zu Nov. 118, 3, 1. Der herrschenden Lehre hält Krohn entgegen, zu sehr auf den Wortlaut zu achten. Daneben steht Krohns genereller Einwand gegen eine unkritische Übernahme der herrschenden Lehre. Dieser Einwand sowie Bacmeisters eigener Begründungsaufwand zeigen, wie sich die Abschwächung des Autoritätsarguments im 18. Jahrhundert in einer konkreten juristischen Auseinandersetzung niederschlagen konnte. Ganz anders verhält es sich mit dem Votum Summermanns, der in Betracht der herrschenden Lehre eine Auseinandersetzung mit Krohns Argumenten als überflüssig bezeichnet.

4. Kapitel - Das Naturrecht

I. Die Erbfolge im Naturrecht

Ob sich aus dem Naturrecht überhaupt Bestimmungen für die Erbfolge ableiten ließen, war unter den Naturrechtslehrern des 17. und 18. Jahrhunderts umstritten.³⁸¹ Während einige Naturrechtslehrer sowohl die Intestaterbfolge als auch die Testaterbfolge naturrechtlich begründeten, lehnten andere eine solche Begründung vollständig ab. Wiederum andere bejahten die Ableitung von Bestimmungen aus dem Naturrecht zwar für die Intestaterbfolge, verneinten dies aber für die testamentarische Erbfolge.

Zu denen, die sowohl die Intestaterbfolge als auch die Testaterbfolge naturrechtlich begründeten, gehörte Hugo Grotius. Für Grotius ist das Recht zur testamentarischen Regelung der Erbfolge eine Folge des Rechts zur Übertragung des Eigentums.³⁸² Beides folge aus der Natur des Eigentums. Grotius zitiert hierzu Aristoteles und Plutarch. Nach Aristoteles entspricht es dem Begriff des Eigentums, daß es in der Macht des Eigentümers liege, das Eigentum zu übertragen oder zu behalten.³⁸³ Nach Plutarch führt erst die Möglichkeit des Testaments dazu, daß jemandem eine Sache vollständig gehöre.³⁸⁴ Grotius versteht die Errichtung eines Testaments also als eine Art der Veräußerung des Eigentums. Das Eigentum an sich scheint für Grotius hingegen kein natürliches Recht zu sein, denn Grotius bezieht sich nur auf das in das jeweilige Recht bereits eingeführte Eigentum. Auch für Christian Wolff folgt das Testament aus dem Eigentum und der Dispositionsbefugnis des Eigentümers.³⁸⁵ An diese Überlegungen knüpft die Intestaterbfolge im Naturrecht an.³⁸⁶

³⁸¹ Coing (wie Fn. 39), § 135 (S. 628f.); Diethelm Klippel, Familie versus Eigentum. Die naturrechtlich-rechtsphilosophischen Begründungen von Testierfreiheit und Familienerbrecht im 18. und 19. Jahrhundert, SZ (Germ. Abt.), 101. Band (1984), S. 117-168, S. 119ff.

³⁸² Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, Marburg 1734, 2. Buch, 6. Kapitel, I 1 (S. 229f.) und XIV (S. 234); Coing (wie Fn. 39), § 135 I (S. 628); Klippel (wie Fn. 381), S. 119f.

³⁸³ Aristoteles, *Rhetorik* (übersetzt und erläutert von Christof Rapp), 1. Halbband, Darmstadt 2002, I 5, 1361a20.

³⁸⁴ Plutarch, *Grosse Griechen und Römer* (hg. von Konrat Ziegler), 1. Band, Zürich/Stuttgart 1954, 21. Kapitel (S. 235f.).

³⁸⁵ Christian von Wolff, *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, 7. Band, Halle 1747, 7. Teil, 5. Kapitel, § 999 (S. 724).

Grotius hält es für unwahrscheinlich, daß ein Erblassers, der sich zu Lebzeiten zur Erbfolge nicht geäußert habe, wolle, daß das Eigentum an seinem Vermögen beliebig durch andere erlangt werden könne.³⁸⁷ Vielmehr müsse das Eigentum auf denjenigen übergehen, den der Erblasser wahrscheinlich bedacht hätte. Grotius zitiert hierfür Plinius den Jüngeren, wonach der erkannte Wille des Verstorbenen als Gesetz gilt.³⁸⁸ Wolff spricht ausdrücklich von einem fiktiven Testament.³⁸⁹ Auf einer zweiten Stufe stellt sich die Frage, welchen Inhalt der vermutete Wille des Erblassers haben soll.³⁹⁰ Dazu sei im Zweifel anzunehmen, daß jeder das gewollt habe, was billig und sittlich sei. Grotius arbeitet hier stark mit Unterhalts- und Fürsorgepflichten. Wegen der Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern seien diese als erste zur Erbfolge berufen.³⁹¹ Das Zitat von Grotius an dieser Stelle stammt aus Paul. Dig. 48, 20, 7, pr. Danach entspricht es einem natürlichen Gesetz, daß Kinder den Nachlaß ihrer Eltern erben.³⁹² In dem Fall, daß keine Kinder vorhanden seien, sei zwischen übernommenem Vermögen einerseits und nachträglich erlangtem Vermögen andererseits zu unterscheiden.³⁹³ Jenes erhielten diejenigen, von denen es übernommen worden sei und denen es gewissermaßen noch gehöre. Dazu beruft sich Grotius auf Platon. Platon schreibt, daß das Vermögen dem gesamten Geschlecht gehöre.³⁹⁴ Hierbei ist auch der Gedanke der Dankbarkeit gegenüber demjenigen, von dem etwas erlangt worden sei, von Bedeutung. Grotius zieht auch hier verschiedene antike Denker heran. Nach Aristoteles ist es besser, sich für Wohltaten zu bedanken, als Freunden etwas zu schenken.³⁹⁵ Für Cicero ist der Dank für Wohltaten diejenige Art von Großzügigkeit, die am wichtig-

³⁸⁶ Coing (wie Fn. 39), § 129 V (S. 610) und § 135 II (S. 629); Klippel (wie Fn. 381), S. 122.

³⁸⁷ Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, III (S. 237f.).

³⁸⁸ Gaius Plinius Caecilius Secundus, Briefe (hg. von Helmut Kasten), Darmstadt 1974, 2, 16.

³⁸⁹ Wolff (wie Fn. 385), 7. Teil, 5. Kapitel, § 999 (S. 725); Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, X (S. 246f.): stillschweigende testamentarische Erbfolge.

³⁹⁰ Coing (wie Fn. 39), § 129 V (S. 610) und § 135 II (S. 629); Klippel (wie Fn. 381), S. 123f.

³⁹¹ Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, V (S. 240f.).

³⁹² Paul. Dig. 48, 20, 7, pr.: „Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret, (...) (...)“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 319)).

³⁹³ Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, IX (S. 244f.).

³⁹⁴ Platon, Die Gesetze (hg. von Olof Gigon), Zürich/München 1974, XI 6, 923a.

³⁹⁵ Aristoteles, Nikomachische Ethik (übersetzt und kommentiert von Franz Dirlmeier), Darmstadt 1967, IX 2, 1164b.

sten sei und die nicht unterlassen werden dürfe.³⁹⁶ Die weniger wichtige Art von Großzügigkeit bestehe darin, anderen Wohltaten zu erweisen. Nach dem Kirchenvater Ambrosius ist es schön, für denjenigen zu sorgen, der für einen gesorgt habe, und stellt sich die Frage, was der Pflicht so sehr widerstreite, als das Empfangene nicht zu erstatten.³⁹⁷ Nachträglich erlangtes Vermögen erbe derjenige, den der Erblasser im Leben am liebsten gehabt habe, weil eine Pflicht zur Dankbarkeit anders als bei übernommenem Vermögen hier nicht bestehe.³⁹⁸ Dabei sei davon auszugehen, daß der Erblasser denjenigen im Leben am liebsten gehabt habe, mit dem er nach dem Verwandtschaftsgrad am nächsten verwandt gewesen sei. Auch an dieser Stelle bezieht sich Grotius auf Cicero. Für Cicero ist es für die Gesellschaft und die Menschen am besten, wenn einer dem anderen umso mehr schenke, als beide miteinander verbunden seien.³⁹⁹ Nach Tacitus, der hier ebenfalls zitiert wird, entspricht es dem Willen der Natur, daß jeder seine Kinder und sonstigen Verwandten am liebsten habe.⁴⁰⁰ Was für das nachträglich erlangte Vermögen gelte, gelte auch für das übernommene Vermögen, wenn diejenigen, von denen es übernommen worden sei, oder deren Kinder nicht mehr lebten.⁴⁰¹

Im Gegensatz etwa zu Hugo Grotius und Christian Wolff verneinten andere Lehrer des Naturrechts zumindest für die Testaterbfolge die Ableitung von Bestimmungen aus dem Naturrecht.⁴⁰² Die Begründung ist, daß sich aus dem Eigentum nicht ergebe, daß auch nach dem Tod hierüber verfügt werden könne. Diese Ansicht findet sich unter anderem bei Samuel Pufendorf.⁴⁰³ Nach Pufendorf ist das Eigentum dazu bestimmt, den Menschen zu Lebzeiten zu

³⁹⁶ Marcus Tullius Cicero, *Vom rechten Handeln* (hg. und übersetzt von Karl Büchner), München/Zürich 1994, 1, 47 und 48.

³⁹⁷ Ambrosius Mediolanensis, *De officiis* (hg. von Ivor J. Davidson), 1. Band, Oxford 2001, 1. Buch, Kapitel 31 = 160 (S. 210); Grotius (wie Fn. 382), 7. Kapitel, IX (S. 245f.).

³⁹⁸ Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, X 1 (S. 246).

³⁹⁹ Cicero (wie Fn. 396), 1, 50.

⁴⁰⁰ Cornelius Tacitus, *Agricola-Germania* (hg. und übersetzt von Alfons Städele), München 1991, *Agricola*, 31, 1.

⁴⁰¹ Unmittelbar zur Berufung der Vorfahren höherer Grade und deren Kinder in diesem Fall: Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, IX (S. 244f.).

⁴⁰² Coing (wie Fn. 39), § 135 I (S. 628); Klippel (wie Fn. 381), S. 121.

⁴⁰³ Zu Pufendorf: Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung. Werk und Einfluß eines deutschen Bürgers der Gelehrtenrepublik nach 300 Jahren (1694-1994) (hg. von Fiammetta Palladini und Gerald Hartung), Berlin 1996.

dienen, und enthält es daher nicht zwangsläufig das Recht, über den Tod hinaus darüber zu verfügen.⁴⁰⁴ Für andere gibt es keinen Grund, den Willen des Erblassers zu berücksichtigen, weil letzterer mit dem Tod das Interesse an seinem Eigentum verliere.⁴⁰⁵ Pufendorf kann sich zur naturrechtlichen Begründung der Intestaterbfolge daher nicht auf ein fiktives Testament stützen.⁴⁰⁶ Allerdings ist auch bei Pufendorf die Vermutung des Willens des Erblassers letztlich der Ausgangspunkt der natürlichen Intestaterbfolge, jedoch bezogen auf eine mögliche Verfügung zu Lebzeiten.⁴⁰⁷ Pufendorf begründet seine Annahme genauso wie Grotius damit, daß niemand wollen könne, daß sein Vermögen mit dem Tod in fremde Hände falle. Auch für Pufendorf ist im Zweifel anzunehmen, daß der Erblasser am ehesten seinen Neigungen und Pflichten nachgegangen wäre.⁴⁰⁸ Klarstellend erwähnt Pufendorf, daß es weniger um die Ermittlung des tatsächlichen Willens gehe, als vielmehr darum, was Inhalt des Willens hätte sein sollen. Zudem weist Pufendorf darauf hin, daß Verwandte gegenüber Freunden selbst dann zu bevorzugen seien, wenn der Erblasser letzteren gegenüber zur Dankbarkeit verpflichtet sei, damit es nicht zu Streitigkeiten komme. Aus diesem Grund erben bei Pufendorf Kinder des Erblassers auch dann zu gleichen Teilen, wenn dieser ein Kind mehr geliebt habe als ein anderes. Gleiches gelte für Geschwister des Erblassers. Den Vorrang der Kinder des Erblassers begründet Pufendorf genauso wie Grotius mit der Unterhaltspflicht der Eltern, die Pufendorf allerdings als eine echte Rechtspflicht ansieht.⁴⁰⁹ Bemerkenswert ist die Gleichstellung unehelicher und ehelicher Kinder, wenn jene mit einer fremden Frau wie mit einer Ehefrau gezeugt, insbesondere dann, wenn uneheliche und eheliche Kinder gemeinsam erzogen worden seien.⁴¹⁰ Seien weder Kinder noch Enkel vorhanden, so erbten die Eltern oder die Großeltern, weil bei diesen wenigstens der Grund des Nachlasses liege.⁴¹¹ Nach den Verwandten absteigender und aufsteigender Linie kämen die

⁴⁰⁴ Samuel von Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, 1. Band, Frankfurt am Main/Leipzig 1744, 4. Buch, 10. Kapitel, § 4 (S. 605ff.).

⁴⁰⁵ Johann Gottlieb Heineccius, *Elementa iuris naturae et gentium*, Halle 1738, 1. Buch, 11. Kapitel, § 288 (S. 232).

⁴⁰⁶ Klippel (wie Fn. 381), S. 122f.

⁴⁰⁷ Pufendorf (wie Fn. 404), 4. Buch, 11. Kapitel, § 1 (S. 615).

⁴⁰⁸ Pufendorf (wie Fn. 404), 4. Buch, 11. Kapitel, § 2 (S. 615ff.).

⁴⁰⁹ Pufendorf (wie Fn. 404), 4. Buch, 11. Kapitel, §§ 3 und 4 (S. 617ff.).

⁴¹⁰ Pufendorf (wie Fn. 404), 4. Buch, 11. Kapitel, § 9 (S. 623ff.).

⁴¹¹ Pufendorf (wie Fn. 404), 4. Buch, 11. Kapitel, § 13 (S. 627f.).

Seitenverwandten zum Zuge.⁴¹² Dabei sei wiederum die Nähe der Verwandtschaft entscheidend, jedoch auch die Herkunft des Vermögens. Auffällig ist bei Pufendorf die Nähe zur justinianischen Erbfolge mit der Unterscheidung zwischen Deszendenten, Aszendenten und Seitenverwandten.⁴¹³

Christian Thomasius und Nikolaus Hieronymus Gundling lehnen die Ableitung erbrechtlicher Bestimmungen aus dem Naturrecht ab.⁴¹⁴ Denn auch die Intestaterbfolge stütze sich auf einen letzten Willen, obgleich auf einen nur vermuteten letzten Willen.⁴¹⁵ Da ein solcher nicht als ausdrücklicher letzter Wille naturrechtlich begründet werden könne, könne dieser auch nicht als nur vermuteter letzter Wille naturrechtlich gelten.

II. Krohns und Bacmeisters Argumente

1. Der vermutete Wille als Grund der Intestaterbfolge

Krohn geht es darum, zu zeigen, daß vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ohne Beschränkung auf Verwandte bestimmter Grade ein Vorrecht bei der Erbfolge hätten. Im Rahmen seiner Ausführungen zum Naturrecht versucht Krohn, dieses Ergebnis aus einigen Sätzen abzuleiten, die ganz überwiegend der naturrechtlichen Literatur des 17. Jahrhunderts entnommen sind.⁴¹⁶ Krohn beginnt mit dem Satz, daß nichts natürlicher sei, als daß ein Mensch, der weder Kinder noch Eltern habe, sein Vermögen nach dem Tode niemandem mehr gönne als demjenigen, der jenem im Leben am liebsten gewesen sei.⁴¹⁷ Sei nicht klar, wer dies gewesen sei, so sei nach einem zweiten Satz auf denjenigen zu sehen, der dem Erblasser am nächsten verwandt sei. Dies wiederum sei nach einem dritten Satz derjenige, mit dem der Erblasser das meiste gemeinsame Blut habe, was nicht nur die Vernunft, sondern auch der Gebrauch aller Völker zeige.⁴¹⁸ Daher seien das gemeinsame Blut und der Umstand, wer mehr oder weniger davon habe, die Richtschnur der natürlichen Erb-

⁴¹² Pufendorf (wie Fn. 404), 4. Buch, 11. Kapitel, § 14 (S. 628f.).

⁴¹³ Zur justinianischen Erbfolge: S. 71.

⁴¹⁴ Coing (wie Fn. 39), § 135 II (S. 629); Klippel (wie Fn. 381), S. 133f.

⁴¹⁵ Christian Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, Nachdruck der Ausgabe Halle 1718, Aalen 1963, 2. Buch, 10. Kapitel, 15 (S. 237); Nicolaus Hieronymus Gundling, *Ius naturae ac gentium*, Halle 1736, 21. Kapitel, § 12 (S. 212) und § 23 (S. 215).

⁴¹⁶ Zur naturrechtlichen Literatur des 17. und 18. Jahrhunderts: S. 92.

⁴¹⁷ Krohn (wie Fn. 3), 1. Kapitel, § 1 (S. 31f.).

⁴¹⁸ Krohn (wie Fn. 3), 1. Kapitel, § 2 (S. 32ff.).

folge.⁴¹⁹ Da allerdings nach einem vierten Satz von zwei gleich nahen Verwandten derjenige, der sowohl vom Vater als auch von der Mutter gemeinsames Blut besitze, natürlicherweise einem anderen und dessen Nachkommen mehr verwandt sei als derjenige, der nur vom Vater oder von der Mutter her über gemeinsames Blut verfüge, müsse bei jeder Erbfolge die volle Geburt vor der halben Geburt ein Vorrecht haben.

Für seine beiden ersten Sätze stützt sich Krohn auf Hugo Grotius.⁴²⁰ Für seinen dritten Satz zieht Krohn demgegenüber Samuel Pufendorf heran.⁴²¹ Pufendorfs Hinweis auf die vorrangige Vermeidung von Streit nimmt Krohn in seine Zitate freilich nicht auf, denn Krohn nimmt den Streit gerade in Kauf. Dafür übernimmt Krohn, ähnlich wie bei Grotius, auch Pufendorfs eigene Zitate. So meint Pufendorf zu Aristoteles, auch dieser nenne an erster Stelle die Freundschaft zwischen Eltern und Kindern und an zweiter Stelle diejenige zwischen Geschwistern, wobei letztere ihren Grund im gemeinsamen Ursprung sowie im gleichen Alter und der gemeinsamen Erziehung habe.⁴²² Krohn übernimmt hiervon nur den ersten Teil.⁴²³ Das verwundert nicht, denn im Zweifel genießen vollbürtige und halbbürtige Geschwister die gleiche Erziehung mit der Folge, daß dann auch keine Bevorzugung vollbürtiger Geschwister denkbar ist. Dies gilt zumindest dann, wenn ein Kind nicht wesentlich älter ist als ein anderes Kind. Ein deutlicher Altersunterschied kann in Fällen aufeinanderfolgender Ehen, so wie im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn, tatsächlich auftreten. Den Geschwistern folgten deren Kinder und alle anderen Verwandten.⁴²⁴ Aristoteles schreibt über die verwandtschaftlichen Beziehungen zwi-

⁴¹⁹ Krohn (wie Fn. 3), 1. Kapitel, § 3 (S. 34f.).

⁴²⁰ Krohn (wie Fn. 3), 1. Kapitel, § 1 (S. 32); Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, X 1 (S. 246): „(...) cum cesset gratiae referendae officium; superest, ut ei deferratur successio, qui defuncto carissimus fuisse creditur. Is autem est, qui gradu cognationis proxime defunctum attingit. (...)“; zu Grotius: S. 92.

⁴²¹ Krohn (wie Fn. 3), 1. Kapitel, § 2 (S. 33); Pufendorf (wie Fn. 404), 4. Buch, 11. Kapitel, § 14 (S. 628): „Vbi descendentes et ascendentes deficiunt, collaterales ab intestato ad successionem vocabuntur. Hi quo ordine debeant admitti, vbi leges civiles deficiunt, ex naturali erit coniectura definiendum. Quae illi fauet, in quem defuncti affectus maxime propendisse praesumitur, (...). Heic igitur ex sententia sapientum naturalis ratio cum maxime fauet propinquitati sanguinis, (...)“; zu Pufendorf: S. 94.

⁴²² Pufendorf (wie Fn. 404), 11. Kapitel, § 14 (S. 628).

⁴²³ Krohn (wie Fn. 3), 1. Kapitel, § 2 (S. 33).

⁴²⁴ Pufendorf (wie Fn. 404), 11. Kapitel, § 14 (S. 628).

schen Eltern und deren Kindern, zwischen Geschwistern und zwischen allen anderen Verwandten in der von Pufendorf wiedergegebenen Reihenfolge.⁴²⁵ Nach Aristoteles sind unter den Freundschaften die einen enger, die anderen jedoch weniger eng, wobei Aristoteles unter den Freundschaften auch die verwandtschaftlichen Beziehungen versteht.⁴²⁶ Innerhalb der Beziehung zwischen Eltern und ihren Kindern seien den Eltern ihre Kinder näher als den Kindern ihre Eltern.⁴²⁷ Hingegen liebten sich Brüder, weil sie von denselben Eltern stammten.⁴²⁸ An dieser Stelle findet sich demnach tatsächlich ein Anhaltspunkt für eine Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten. Von Bedeutung ist für Aristoteles auch, daß jene zusammen aufgewachsen und gleichen Alters seien.⁴²⁹ Deswegen vergleicht Aristoteles die Freundschaft zwischen Brüdern mit derjenigen unter Kameraden.⁴³⁰ Was sich bei der Freundschaft zwischen Kameraden finde, finde sich auch bei der Freundschaft zwischen Brüdern, und zwar noch mehr unter solchen, die einander näherstünden und von Geburt an liebten, und solchen, die, wenn sie dieselben Eltern hätten, zusammen ernährt und erzogen worden seien.⁴³¹ Die Freundschaft zwischen allen anderen Verwandten schließlich entspricht auch bei Aristoteles dem Grad der Verwandtschaft.⁴³²

Krohn behandelt Aristoteles recht kurz, vielleicht weil er sieht, daß mit dessen Überlegungen zumindest für weiter entfernte Seitenverwandte eine natürliche Ungleichbehandlung vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter nicht begründet werden kann. Vielleicht verzichtet Krohn deswegen auch darauf, Grotius in dem einzigen Punkt zu zitieren, an dem sich dieser zum Erbrecht

⁴²⁵ Die Nikomachische Ethik handelt im 8. und 9. Buch von der *φιλία*; entsprechend der weiten Bedeutung des Wortes ‚*φιλία*‘ (= Liebe, Zuneigung, Freundschaft) erörtert Aristoteles an dieser Stelle auch die in diesem Sinne freundschaftlichen Beziehungen zwischen Ehegatten und Verwandten (Ursula Wolf, *Aristoteles` ‚Nikomachische Ethik‘*, Darmstadt 2002, S. 213); für Aristoteles ist die Freundschaft eine *ἀρετή* (= Tugend) oder zumindest mit dieser verbunden (Aristoteles, *Die Nikomachische Ethik* (hg. von Rainer Nickel), Düsseldorf/Zürich 2001, VIII 1, 1155a); zur Reihenfolge der Erbfolge bei Pufendorf: S. 94.

⁴²⁶ Aristoteles (wie Fn. 395), VIII 11, 1159a und 1160a, sowie VIII 14, 1161b.

⁴²⁷ Aristoteles (wie Fn. 395), VIII 14, 1161b.

⁴²⁸ Aristoteles (wie Fn. 395), VIII 14, 1161b.

⁴²⁹ Aristoteles (wie Fn. 395), VIII 14, 1161b.

⁴³⁰ Aristoteles (wie Fn. 395), VIII 13, 1161a, sowie VIII 14, 1161b.

⁴³¹ Aristoteles (wie Fn. 395), VIII 14, 1162a.

⁴³² Aristoteles (wie Fn. 395), VIII 14, 1162a.

der halben Geburt äußert und wo Grotius die Übereinstimmung der Bevorzugung vollbürtiger Geschwister im justinianischen Recht mit dem Naturrecht lobt.⁴³³ Denn anschließend zitiert Grotius genauso wie Pufendorf die Worte Aristoteles', der allerdings nur von der Zuneigung unter Brüdern spricht. Eine ähnliche Reihenfolge wie bei Aristoteles findet sich bei Cicero. Auch Pufendorf zitiert Cicero, was Krohn übernimmt.⁴³⁴ Für Cicero steht die Ehe an erster Stelle, und danach kommen die Kinder.⁴³⁵ An nächster Stelle stehen die Brüder und Geschwisterkinder auf der väterlichen und der mütterlichen Seite. Es folgen die ehelichen Verbindungen und Verschwägerungen.

Für seinen vierten Satz, wonach von zwei gleich nahen Verwandten derjenige, der sowohl vom Vater als auch von der Mutter gemeinsames Blut besitze, natürlicherweise einem anderen und dessen Nachkommen mehr verwandt sei, als derjenige, der nur vom Vater oder von der Mutter her über gemeinsames Blut verfüge, beruft sich Krohn auf Pierre Ayrault.⁴³⁶ Ayrault, ein französischer Jurist des 16. Jahrhunderts, stellt die Frage, wer sich sonst Bruder eines anderen nennen könne, als derjenige, der mit diesem anderen dieselben Eltern habe, und antwortet, daß sich nach der Natur niemand mit einem anderen näher verwandt nennen könne, als derjenige, der mit diesem durch beide Eltern und damit durch das doppelte Band der Blutsverwandtschaft verbunden sei.⁴³⁷

Neben der starken Bezugnahme auf naturrechtliche Literatur vor allem des 17. und 18. Jahrhunderts besteht ein zweiter Schritt in der Argumentation Krohns in der Heranziehung positiven Rechts. In seiner Auffassung zur natürlichen Erbfolge sieht sich Krohn unter anderem durch das römische Recht bestätigt.⁴³⁸ Das römische Recht war bereits für Hugo Grotius von großer Bedeutung.⁴³⁹ Bezeichnenderweise lobte Grotius auch die Übereinstimmung der Be-

⁴³³ Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, IX 3 (S. 245).

⁴³⁴ Pufendorf (wie Fn. 404), 11. Kapitel, § 14 (S. 628); Krohn (wie Fn. 3), 1. Kapitel, § 2 (S. 33f.).

⁴³⁵ Cicero (wie Fn. 396), 1, 54.

⁴³⁶ Krohn (wie Fn. 3), 1. Kapitel, § 3 (S. 35).

⁴³⁷ Petrus Aerodius, *Rerum ab omni antiquitate iudicatarum pandectae*, Genf 1677, 5. Buch, 14. Titel, 5. Kapitel (S. 258f.).

⁴³⁸ Zur Erbfolge im römischen Recht: S. 71 und S. 73.

⁴³⁹ Benjamin Straumann, *Hugo Grotius und die Antike. Römisches Recht und römische Ethik im frühneuzeitlichen Naturrecht*. Diss. iur. Zürich 2005/2006, Baden-Baden 2007, S. 122ff.; zum *Ius naturale* im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian: Wolfgang Waldstein, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, SZ (Rom. Abt.), 111. Band (1994), S. 1-65.

vorzugung vollbürtiger Geschwister im justinianischen Recht mit dem Naturrecht.⁴⁴⁰ Grotius schätzte die römischen Juristen, weil sie nach seiner Ansicht oft die besten Begründungen für das angaben, was dem natürlichen Recht entspreche.⁴⁴¹ Für Grotius wies das justinianische Recht sogar ein hervorragendes Verständnis von Gerechtigkeit auf, weshalb jenes auch die meisten Völker übernommen hätten.⁴⁴² Insofern stellte die Antike für Grotius ein Vorbild dar, wobei ihm das römische Recht und die antiken literarischen Quellen gleichermaßen wichtig waren.⁴⁴³ Hierauf stützte sich Grotius, um induktiv naturrechtliche Bestimmungen zu beweisen, zu denen er zuvor deduktiv gelangt war.⁴⁴⁴ Eine wichtige Rolle spielte für Grotius die Übereinstimmung der sog. gesitteten Völker.⁴⁴⁵ Grotius folgte damit dem römischen Redner und Lehrer Quintilian, nach dem das für sicher gehalten wird, worüber im allgemeinen Übereinstimmung herrsche.⁴⁴⁶ Anders als bei Quintilian spielte der Aspekt des Konsens` bei Grotius allerdings erst im Rahmen des induktiven Beweises eines konkreten naturrechtlichen Satzes eine Rolle.⁴⁴⁷ Dessen ungeachtet war der Konsens der sog. gesitteten Völker auch für Grotius empirisch aufzuspüren. Für Grotius stand fest, daß eine allgemeine Wirkung eine allgemeine Ursache voraussetze, wobei letztere für Grotius nur im gesunden Menschenverstand liegen konnte.⁴⁴⁸ Ähnliches kann für Samuel Pufendorf gesagt werden. Auch Pufendorf arbeitete deduktiv und induktiv.⁴⁴⁹ Den Inhalt seines umfassenden Naturrechtssystems übernahm Pufendorf weitgehend von Grotius.⁴⁵⁰ Dabei verband Pufendorf Inhalte der naturrechtlichen Moralphilosophie mit

⁴⁴⁰ Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, IX 3 (S. 245).

⁴⁴¹ Grotius (wie Fn. 382), Einleitung, 35 (S. 18).

⁴⁴² Hugo Grotius, *Defense of Chapter V of the Mare Liberum*, in: Hugo Grotius, *The Free Sea* (translated by Richard Hakluyt), Indianapolis 2004, S. 75-130, S. 119f.

⁴⁴³ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Auflage, Göttingen 1967, 4. Teil, § 16 III 2d (S. 289f.); Straumann (wie Fn. 439), S. 123.

⁴⁴⁴ Grotius (wie Fn. 382), 1. Buch, 1. Kapitel, XII 1 (S. 29).

⁴⁴⁵ Straumann (wie Fn. 439), S. 124.

⁴⁴⁶ Marcus Fabius Quintilianus, *Ausbildung des Redners* (hg. von Helmut Rahn), 1. Band, Darmstadt 1972, 5. Buch, 10. Kapitel, Nr. 12 (S. 552); Grotius (wie Fn. 382), 1. Buch, 1. Kapitel, XII 2 (S. 30).

⁴⁴⁷ Straumann (wie Fn. 439), S. 124.

⁴⁴⁸ Grotius (wie Fn. 382), 1. Buch, 1. Kapitel, XII 1 (S. 29).

⁴⁴⁹ Wieacker (wie Fn. 443), 4. Teil, § 17 III 3b (S. 308).

⁴⁵⁰ Wieacker (wie Fn. 443), 4. Teil, § 17 III 4b (S. 311).

Inhalten des römischen Rechts.⁴⁵¹ In einem Brief an Christian Thomasius vom 1. Dezember 1688 stellte Pufendorf klar, daß das, was das römische Recht enthalte, überwiegend Naturrecht sei.⁴⁵² Hinzu tritt ein weiterer Aspekt. Denn mit der Widerlegung sowohl der Lotharischen Legende als auch der Lehre von der *Translatio imperii* durch Hermann Conring war fraglich geworden, worin der Geltungsgrund des römischen Rechts überhaupt bestand.⁴⁵³ Soweit das römische Recht Naturrecht enthielt, konnte es auf der Grundlage dieser Rechtsquelle gelten.⁴⁵⁴ Ansonsten war ein positives Gesetz erforderlich, wie Gottlieb Gerhard Titius zum Ausdruck brachte.⁴⁵⁵ Vielleicht war das ein Motivationsgrund. Allerdings war etwa für Christian Thomasius nur ein kleiner Teil des römischen Rechts mit dem Naturrecht identisch.⁴⁵⁶ Daß große Teile des Naturrechtssystems Christian Wolffs positives Recht wiedergaben, mag auch an Wolffs mathematischer Methode gelegen haben, die nach einem kritischen Urteil in Wirklichkeit zur Voraussetzung hatte, was sie zeigen wollte.⁴⁵⁷

Krohn jedenfalls schreibt, in zahlreichen Rechten seien vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten erbrechtlich sogar dann bevorzugt worden, wenn jene mit dem Erblasser weiter entfernt gewesen seien als diese.⁴⁵⁸ So hätten im römischen Recht Kinder verstorbener vollbürtiger Geschwister ge-

⁴⁵¹ Marietta Auer, *Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds*, AcP, 208. Band (2008), S. 584-634, S. 587f.

⁴⁵² Emil Gigas, *Briefe Samuel Pufendorfs an Christian Thomasius (1687-1693)*, München/Leipzig 1897, Briefe, S. 32: „(...) ist eben was ich intendire, nemlich den juris legistis zu weisen, daß sie nicht ursach haben die disciplinam juris Naturalis anzufeinden, weil die pandecten, wenn man davon separirte, was eigentlich ad jus naturale gehört, gar eine schlechte sache seyn würden.“; dazu und zu der von Pufendorf angesprochenen Anfeindung des Naturrechts durch die Juristen des 17. Jahrhunderts: Denzer (wie Fn. 526), S. 322.

⁴⁵³ Klaus Luig, *Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland*, in: Klaus Luig, *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Goldbach 1998, S. 3-29, S. 12ff.; Conring (wie Fn. 235), 33. Kapitel (S. 208ff.); zur Widerlegung der Lotharischen Legende: S. 53.

⁴⁵⁴ Luig (wie Fn. 453), S. 15.

⁴⁵⁵ Gottlieb Gerhard Titius, *Ius privatum Romano-Germanicum*, Leipzig 1724, 1. Buch, 5. Kapitel, § 26 (S. 66).

⁴⁵⁶ Christian Thomasius, *Notae ad institutiones Iustinianae*, Halle 1712, 1. Buch, Titel 9 (S. 35); Klaus Luig, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, in: Klaus Luig, *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Goldbach 1998, S. 395-422, S. 406.

⁴⁵⁷ So: Hans Thieme, *Die Zeit des späten Naturrechts*, SZ (Germ. Abt.), 56. Band (1936), S. 202-263, S. 222 und S. 227f.

⁴⁵⁸ Krohn (wie Fn. 3), 1. Kapitel, § 4 (S. 35ff.).

genüber halbbürtigen Geschwistern bei der Erbfolge ein Vorrecht gehabt, obwohl letztere nach dem Verwandtschaftsgrad mit dem Erblasser näher verwandt gewesen seien als jene. Krohn bezieht sich damit auf Nov. 118, 3, pr.⁴⁵⁹ Den Grund für diese Bevorzugung sieht Krohn darin, daß vollbürtige Verwandte im Vergleich zu halbbürtigen Verwandten auch dann noch genauso viel oder sogar mehr gemeinsames Blut mit dem Erblasser hätten, wenn jene mit dem Erblasser weiter entfernt seien als diese. Daß dieses besondere Vorrecht ausschließlich für Kinder verstorbener vollbürtiger Geschwister gegenüber halbbürtigen Geschwistern gegolten habe und nach der herrschenden Lehre vollbürtige Verwandte außerhalb von Geschwistern nicht gegenüber halbbürtigen Verwandten bevorzugt worden seien, hält Krohn für unerheblich. Denn es sei nicht ausgeschlossen, die Erbfolge auch entgegen der Vernunft zu regeln.

Mit diesem Hinweis, der erneut das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht betrifft, geht Krohn bereits auf einen Teil der Argumente Bacmeisters ein. Bacmeister ist der Ansicht, daß der vermutete Wille des Erblassers nicht der Grund der Intestaterbfolge sein könne. Das will Bacmeister an einigen Beispielen aus dem positiven Recht deutlich machen. Zudem sei es unwahrscheinlich, daß außerhalb von Geschwistern eine besondere Zuneigung des Erblassers gegenüber vollbürtigen Verwandten im Vergleich zu halbbürtigen Verwandten angenommen werden könne.⁴⁶⁰ Anders als Krohn, der im positiven Recht nur eine Bestätigung seines naturrechtlichen Arguments sucht, trennt Bacmeister das Naturrecht inhaltlich nicht vom positiven Recht, sondern setzt stillschweigend voraus, daß Naturrecht und positives Recht einander entsprechen müssen. Bacmeister argumentiert, daß im römischen Recht vor den prätorischen Edikten die Blutsverwandten nicht geerbt hätten, und verweist dazu auf Johann Gottlieb Heineccius.⁴⁶¹ Diejenigen, die bereits zu Lebzeiten des Erblassers durch Entlassung aus dessen Hausgewalt gewaltfrei geworden seien, seien von den Hauserben von der Erbfolge ausgeschlossen worden. Schließlich hätten sich Mutter und Kinder nicht gegenseitig beerbt. Bacmeister bezieht sich mit diesen beiden Hinweisen auf die zivile Erbfolge im vorjustinianischen Recht.⁴⁶²

⁴⁵⁹ Zu Nov. 118, 3, pr.: Fn. 180.

⁴⁶⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 390ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 10).

⁴⁶¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 392 = Bacmeister (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 10f.); Johann Gottlieb Heineccius, *Antiquitatum Romanarum iurisprudentiam illustrantium syntagma*, Basel 1752, 3. Buch, 5. Titel, § 1 (S. 34).

⁴⁶² Zur zivilen Erbfolge: S. 73.

Darin waren die Blutsverwandten nicht zur Erbfolge berufen, weil letztere ausschließlich auf den Prinzipien der Hausgewalt und der agnatischen Verwandtschaft beruhte. Diejenigen, so schreibt Bacmeister weiter, die bereits zu Lebzeiten des Erblassers durch Entlassung aus der Hausgewalt gewaltfrei geworden seien, hätten nicht geerbt, weil sie nicht zu den Hauskindern und damit auch nicht zu den Hauserben gehört hätten. Die gewaltfreie Ehefrau und deren Kinder hätten sich nicht gegenseitig beerbt, weil beide nicht agnatisch miteinander verwandt gewesen seien. Diese Begründung findet sich auch bei Gaius.⁴⁶³ Zudem spricht Bacmeister die prätorische Erbfolge im vorjustinianischen Recht sowie die justinianische Erbfolge an.⁴⁶⁴ Bacmeister führt aus, die prätorischen Edikte und die Konstitutionen Justinians hätten insofern zwar zu Veränderungen geführt.⁴⁶⁵ Dennoch seien die Ehegatten, unter denen die Zuneigung doch am größten sein müßte, von bloßen Blutsverwandten von der Erbfolge ausgeschlossen worden. Nach prätorischem Recht, und dies erklärt Bacmeisters Hinweis, beerbten sich die gewaltunterworfenen Ehefrau und die Kinder in der zweiten und dritten Klasse gegenseitig. Bei der gewaltfreien Ehefrau war dies nur in der dritten Klasse möglich. Die Benachteiligung insbesondere der gewaltfreien Ehefrau wurde später als unbillig empfunden, zumal in der frühen Kaiserzeit die Ehegewalt zur seltenen Ausnahme geworden war.⁴⁶⁶ Ein erster Senatsbeschluß unter Hadrian (*Senatus Consultum Tertullianum*) verlieh deshalb derjenigen Mutter, die wegen der Geburt von insgesamt drei Kindern von der durch die Ehegesetzgebung des Augustus eingeführten Pflicht zur Ehe befreit war (*ius trium vel quattor liberorum*), ein Erbrecht gegenüber ihren Kindern.⁴⁶⁷ Dabei teilte sich die Mutter des Erblassers die Erbschaft mit dessen Schwestern. Gegenüber dem Erbrecht der Hauserben bzw. den zur ersten Klasse der prätorischen Ordnung gehörenden Personen und dem Erbrecht des Va-

⁴⁶³ Gai. Inst. 3, 19 und Gai. Inst. 3, 24 (zum Text: Gaius, *Institutiones* (hg. von Ulrich Manthe), Darmstadt 2004).

⁴⁶⁴ Zur prätorischen Erbfolge: S. 74; zur justinianischen Erbfolge: S. 71.

⁴⁶⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 392f. = Bacmeister (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 11).

⁴⁶⁶ Kaser (wie Fn. 64), § 168 I (S. 701f.); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 161 I (S. 445).

⁴⁶⁷ Kaser (wie Fn. 64), § 168 II 1 (S. 702); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 161 I (S. 445); zum SC Tertullianum u.a.: Inst. 3, 3, 2 bis 3 (zum Text: *Corpus Iuris Civilis* (wie Fn. 319)); zur Ehegesetzgebung des Augustus: Kaser (wie Fn. 64), § 75 (S. 318ff.); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 140 (S. 390ff.).

ters des Erblassers sowie dessen Brüdern war das Erbrecht der Mutter nachrangig, gegenüber dem Erbrecht der übrigen agnatischen Verwandten hingegen vorrangig. Ein zweiter Senatsbeschluss unter Mark Aurel (Senatus Consultum Orfitianum) verlieh umgekehrt Kindern ein Erbrecht gegenüber ihrer Mutter, das gegenüber dem Erbrecht aller agnatischen Verwandten vorrangig war.⁴⁶⁸ Das dadurch geschaffene Zivilrecht war im Rahmen der zweiten Klasse der prätorischen Ordnung auch dort zu berücksichtigen.⁴⁶⁹ In der justinianischen Erbfolge regelte Nov. 118 lediglich die Erbfolge unter Verwandten, für die nun ausschließlich die Blutsverwandtschaft entscheidend war.⁴⁷⁰ Für die Erbfolge unter Ehegatten galt das bisherige Recht weiter. Danach erbten die Ehegatten in der vierten und letzten Klasse der prätorischen Ordnung und wurden damit nach allen Verwandten zum Nachlaßbesitz berufen. Nach Nov. 53, 6, pr. in Verbindung mit Nov. 22, 18 hatte nur diejenige Ehefrau neben den Nachkommen ihres Ehegatten ein Erbrecht in Höhe eines Viertels des Nachlasses, der bei der Heirat keine Mitgift (*dos*) bestellt worden war, die ihr mit dem Tode ihres Ehegatten hätte zufallen können.⁴⁷¹ Nov. 117, 5 änderte dies insofern, als die Ehefrau nur dann ein Viertel, maximal aber 100 Goldmünzen, des Nachlasses erhielt, wenn ihr Ehegatte höchstens drei Kinder hinterließ.⁴⁷² Ansonsten erbte die Ehefrau neben den Kinder ihres Ehegatten nur zu gleichen Teilen. Waren die Kinder ihres Ehegatten zugleich ihre eigenen Kinder, so erhielt sie zudem nur einen Nießbrauch (*ususfructus*), während die Kinder das Eigentum bekamen. Davon abgesehen führte die Neuordnung Justinians gegenüber der prätorischen Ordnung sogar zu einer Verschlechterung der Stellung der Ehegatten.⁴⁷³ Denn in der prätorischen Erbfolge war das Erbrecht der Blutsverwandten in der dritten Klasse auf Verwandte der ersten sechs bzw. sieben Grade beschränkt, während es in Nov. 118 unbeschränkt war.

⁴⁶⁸ Kaser (wie Fn. 64), § 168 II 2 (S. 702); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 161 I (S. 445); zum SC Orfitianum u.a.: Inst. 3, 4, pr. (zum Text: *Corpus Iuris Civilis* (wie Fn. 319)).

⁴⁶⁹ Kaser (wie Fn. 64), § 168 II 3 (S. 702); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 161 I (S. 445); zu den *Senatusconsulta Tertullianum* und *Orfitianum*: Marianne Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz/Wien/Köln 1967.

⁴⁷⁰ Kaser (wie Fn. 288), § 288 (S. 510); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 162 I (S. 446).

⁴⁷¹ Nov. 53, 6, pr., Nov. 22, 18; Kaser (wie Fn. 288), § 287 VII 2 (S. 507).

⁴⁷² Nov. 117, 5; Kaser (wie Fn. 288), § 287 VII 2, Fn. 75 (S. 507).

⁴⁷³ Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 162 I, Fn. 3 (S. 446).

Bacmeister argumentiert jedoch nicht nur mit dem römischen Recht, sondern bringt auch noch ältere und neuere deutsche Rechte ins Spiel. So seien zu Tacitus` Zeiten die Eltern des Erblassers durch dessen Geschwister von der Erbfolge ausgeschlossen worden.⁴⁷⁴ Bacmeister bezieht sich damit auf Tacitus` Bericht, wo im Zusammenhang mit der Erbfolge bei den Germanen nach den Kindern des Erblassers unmittelbar dessen Brüder und Onkel genannt werden.⁴⁷⁵ Bacmeister betont, an einigen Orten sei dies noch lange beibehalten worden, und zieht dazu das bei Friedrich Esaias Pufendorf abgedruckte Kehdinger Landrecht von 1662 heran. Dieses enthält zu Beginn des 16. Titels einen Hinweis auf das alte Kehdinger Landrecht. Danach erbten in dem Fall, daß der Erblasser weder Kinder noch Enkelkinder hinterließ, nicht dessen Eltern, sondern dessen Seitenverwandte.⁴⁷⁶ In einer Anmerkung zu diesem Hinweis zitiert auch Pufendorf den Bericht Tacitus` und schreibt, daß diese Ordnung vom alten Kehdinger Landrecht übernommen worden sei.⁴⁷⁷ In der *Lex Burgundionum*, so schreibt Pufendorf weiter, finde sich dieselbe Ordnung.⁴⁷⁸ Außerdem verweist Pufendorf auf Art. 2, 2, 1 und Art. 2, 2, 7 Lübecker Stadtrecht.⁴⁷⁹ Nach Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht erbten die abgesonderten Geschwister, d.h. Geschwister, die die vermögensrechtliche Selbständigkeit erlangt hatten, vor den Eltern.⁴⁸⁰ Zudem erbten auch abgesonderte und unabgesonderte Geschwister eines abgesonderten Kindes vor dessen Eltern, wenn dieses ohne eigene Nachkommen verstorben war.⁴⁸¹ Ergänzend deutet Bacmeister

⁴⁷⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 393f. = Bacmeister (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 11).

⁴⁷⁵ Tacitus (wie Fn. 400), *Germania*, 20, 3: „heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum. si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres patrum avunculi.“

⁴⁷⁶ 16. Titel des Kehdinger Landrechts (zum Text: Friedrich Esaias von Pufendorf, *Observationes iuris universi*, 1. Band, Celle 1757, Anhang, S. 153).

⁴⁷⁷ Pufendorf (wie Fn. 476), Anhang, Anmerkung zum 16. Titel des Kehdinger Landrechts (S. 153).

⁴⁷⁸ Pufendorf (wie Fn. 476), Anhang, Anmerkung zum 16. Titel des Kehdinger Landrechts (S. 153); *Lex Burgundionum*, 14. Titel, § 2 (zum Text: Johann Gottlieb Heineccius, *Corpus iuris Germanici antiqui*, Halle 1738, Sp. 350).

⁴⁷⁹ Pufendorf (wie Fn. 476), Anhang, Anmerkung zum 16. Titel des Kehdinger Landrechts von 1662 (S. 153).

⁴⁸⁰ Zu Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht: Fn. 291.

⁴⁸¹ Art. 2, 2, 7 Lübecker Stadtrecht: „Seind Kinder von ihren Eltern abgesondert; vnd der eines ohne Leibs Erben vorstürbe, das vorerbet sein nachgelassenen Gut; auff seine mit abgesonderte Brüder vnd Schwestern, Wo aber derselben keine vorhanden, alßdann auff die unabgesonderten. Were aber kein abgesondertes oder vnabgesondertes Kindt; oder derselben Leibes Erben mehr im Leben; so fellet das Gut auff die

an, daß es unter Verwandten oftmals an jeglichem Umgang miteinander fehle und sich Verwandte oftmals überhaupt nicht kennen.

Mit diesen Beispielen aus dem positiven Recht, in denen Personen, bei denen eine besonders starke Zuneigung des Erblassers zu vermuten wäre, durch andere Personen, bei denen eine weniger starke Zuneigung desselben zu vermuten wäre, von der Erbfolge ausgeschlossen wurden, möchte Bacmeister zeigen, daß eine Vermutung des Willens des Erblassers nicht der Grund der natürlichen Intestaterbfolge sein könne.

2. Das beibehaltene Miteigentum als natürlicher Grund

Bacmeister schlägt einen alternativen Grund der Intestaterbfolge vor. Dieser soll an der Stelle des vermuteten Willens des Erblassers gelten. Dabei wird klar, daß Bacmeister das Naturrecht vom positiven Recht nicht nur nicht inhaltlich trennt, sondern nicht einmal hiervon unterscheidet. Den tatsächlichen Grund der Intestaterbfolge sieht Bacmeister in einem gewissen beibehaltenen Miteigentum der gesamten Familie.⁴⁸² Dazu stützt sich Bacmeister unter anderem auf Cornelius Bynkershoek und Franz Karl Conradi.⁴⁸³ Bacmeister ist der Ansicht, daß dieses Miteigentum in den einzelnen Rechten immer wieder geschützt wurde, indem etwa männliche Verwandte vor weiblichen Verwandten oder agnatische Verwandte vor kognatischen Verwandten geerbt hätten.

Dies ergibt sich für Bacmeister bereits aus der Bedeutung und der Herkunft der Wörter ‚heres‘ und ‚Erbe‘. Denn das Wort ‚heres‘ bedeute ‚dominus‘.⁴⁸⁴ Bacmeister zitiert dazu den lateinischen Grammatiker des 2. Jahrhunderts Sextus Pompeius Festus.⁴⁸⁵ Außerdem zieht Bacmeister Inst. 2, 19, 7 heran,

Eltern.“ (zum Text: Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd StadtRecht (wie Fn. 57)).

⁴⁸² AHL RKG S 118 Q 40a S. 394ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 11f.).

⁴⁸³ Cornelius van Bynkershoek, *Observationes iuris Romani*, Frankfurt am Main/Leipzig 1739, 1. Teil, 2. Buch, 1. Kapitel (S. 73ff.); Franz Karl Conradi (Präses)/Karl Henrich Dreyer (Respondent), *De inaequali masculorum et feminarum secundum iura Cimbrica successione*, Diss. iur. Helmstedt 1744, Helmstedt 1744, § 4 (S. 25ff.).

⁴⁸⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 396ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 11ff.).

⁴⁸⁵ Sextus Pompeius Festus, *De verborum significatu quae supersunt* (hg. von Wallace Martin Lindsay), Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1913, Hildesheim 1965, Stichworte: ‚Heres‘ und ‚Heredium‘, 99 M./71. Th.: „Heres apud antiquos pro

wonach, sich wie ein Erbe zu verhalten, bedeutet, sich wie ein Eigentümer zu verhalten.⁴⁸⁶ Das Wort ‚heres‘ komme von ‚herus‘, denn der heres sei gleichsam herus und dominus familiae. Auch die Griechen hätten für das Wort ‚heres‘ ‚δεσπότην‘, also ‚dominus‘ verwendet. Hierzu verweist Bacmeister auf Theophilus Antecessors griechische Bearbeitung der Institutionen Justinians, wo Theophilus Antecessor für ‚heres‘ nicht nur ‚κληρονόμος‘, sondern auch ‚legatarios‘ verwendet.⁴⁸⁷ Bei den Deutschen werde der Erbe ‚Anherr‘ genannt. Weiter zitiert Bacmeister aus Johann Georg Wachers ‚Glossarium Germanicum‘. Danach bedeute das Wort ‚Erbe‘ bewegliches und unbewegliches Eigentum.⁴⁸⁸ Wachter schreibe, das Wort ‚Erbe‘ komme vom angelsächsischen ‚orfe‘ bzw. ‚yrf‘, ‚yrfē‘, was ‚pecus‘, ‚bona‘, ‚res‘ bedeute. Ergänzend führt Bacmeister aus, es sei aber wahrscheinlicher, daß ‚orfe‘ bzw. ‚yrfē‘ aus ‚or‘ und ‚feo‘ bzw. ‚yr‘ und ‚fe‘ zusammengesetzt sei und daher ‚dominus‘ und ‚pecus‘, ‚pecunia‘, ‚opes‘, ‚facultates‘ bedeute. Schließlich zitiert Bacmeister aus Otfrid von Weißenburgs Evangelienbuch. In seiner Erzählung von der Verkündigung an Maria wähle Otfrid von Weißenburg die Worte ‚Íh bin, quad si, gótes thiú zerbe gibóraníu‘.⁴⁸⁹ Johann Schilter übersetze dies mit ‚Ego sum, dixit illa, dei ancilla, eaque domi nata (verna)‘.⁴⁹⁰ Bacmeister weist darauf hin, Otfrid von Weißenburg gebrauche hier ‚Erbe‘ statt ‚Haus‘.

In seiner Auffassung, wonach der tatsächliche Grund der Intestaterbfolge in einem gewissen beibehaltenen Miteigentum der Familie liegt, sieht sich Bacmeister auch dadurch bestätigt, daß in den deutschen Rechten Erbgüter

domino ponebatur“ („Heres“) und „Heredium praedium parvulum“ („Heredium“) (S. 88f.).

⁴⁸⁶ Inst. 2, 19, 7: „(...) pro herede enim gerere est pro domino gerere: veteres enim heredes pro dominis appellabant. (...)“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 319)).

⁴⁸⁷ Theophilus Antecessor, Institutiones (hg. von Johannes D. Zepos), Nachdruck der Ausgabe Athen 1931, Aalen 1962, 3. Buch, 27. Titel, § 5 (S. 205).

⁴⁸⁸ Johann Georg Wachter, Glossarium Germanicum, Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1737, Hildesheim/New York 1975, Stichwort ‚Erbe‘ (Sp. 380): „Erbe, possessio viventis, mobilis et immobilis. (...)“.

⁴⁸⁹ Otfrid von Weißenburg, Evangelienbuch (hg. von Oskar Erdmann), 5. Auflage, Tübingen, I, 5, 65 (S. 23); Otfrid von Weißenburg, Evangelienbuch (aus dem Althochdeutschen übertragen von Heiko Hartmann), I, 5, 65 (S. 37): „Ich bin - sagte sie - eine zu Gottes Eigentum geborene Magd. (...)“.

⁴⁹⁰ Johann Schilter, Thesaurus antiquitatum Teutonicarum, ecclesiasticarum, civilium, literarium, 1. Band, Ulm 1727, Otfridi evangelia, 1. Buch, Kapitel 5 (S. 40).

nicht ohne Billigung der nächsten Erben veräußert werden könnten.⁴⁹¹ Bacmeister verweist dazu auf Friedrich Esaias Pufendorf. In der 133. Observation des 1. Bandes seiner ‚Observationes iuris universi‘ behandelt Pufendorf das Retraktrecht der Verwandten.⁴⁹² Bereits im Mittelalter hatte sich diese Art der Bindung von Vermögen an die Familie entwickelt.⁴⁹³ War die Veräußerung von in diesem Sinne gebundenem Vermögen, vor allen von ererbtem Grundbesitz, zunächst ohne die Zustimmung der nächsten Verwandten überhaupt nicht möglich gewesen, trat an die Stelle dieses Zustimmungserfordernisses später ein Vorkaufsrecht, das Retraktrecht der Verwandten (*ius retractus consanguinitatis*).⁴⁹⁴ Daneben entwickelten sich weitere Retraktrechte, wie etwa dasjenige der Nachbarn (*ius retractus vicinitatis*).⁴⁹⁵ Das Retraktrecht der Verwandten hatte zum Inhalt, daß beim Verkauf eines Grundstücks oder eines gleichgestellten Rechts die nächsten Verwandten dieses Grundstück oder das diesem gleichgestellte Recht innerhalb einer bestimmten Frist zu dem vom Verkäufer ausgehandelten Preis selbst kaufen konnten.⁴⁹⁶ Pufendorf zählt verschiedene Stadtrechte auf, die die Bindung von Vermögen an die Familie vorsahen.⁴⁹⁷ So schloß das von Pufendorf genannte Kehdinger Landrecht von 1662 die Veräußerung von Vermögen aus und regelte verschiedene Einzelheiten einschließlich der Entschädigung des Käufers.⁴⁹⁸ Auch das Lübecker Stadtrecht enthielt im 7. Titel des 3. Buches Bestimmungen zur Bindung von Vermögen an die Familie. Pufendorf selbst behandelt das Lübecker Stadtrecht in diesem Zu-

⁴⁹¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 399 = Bacmeister (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 13).

⁴⁹² Pufendorf (wie Fn. 476), 133. Observation (S. 345ff.).

⁴⁹³ Coing (wie Fn. 39), § 76 I 1 (S. 383); zum sächsischen Recht: Ulrike Seif, Römisch-kanonisches Erbrecht in mittelalterlichen deutschen Rechtsaufzeichnungen, SZ (Germ. Abt.), 122. Band (2005), S. 87-112, S. 93f.

⁴⁹⁴ Coing (wie Fn. 39), § 3 II (S. 26) und § 76 I 1 (S. 383).

⁴⁹⁵ Coing (wie Fn. 39), § 76 II 2 (S. 384).

⁴⁹⁶ Coing (wie Fn. 39), § 76 II 1 (S. 384).

⁴⁹⁷ Pufendorf (wie Fn. 476), 133. Observation, §§ 2ff. (S. 347ff.); Pufendorf schreibt allerdings auch: „Sed plane, etsi in bonis avitis multorum locorum statutis et consuetudinibus haeredem consensus in alienationibus adhuc requiritur, tamen neque haec generalis totius Germaniae consuetudo est, neque ad bona immobilia omnia pertinet.“ (Pufendorf (wie Fn. 476), 133. Observation, § 1 (S. 346)).

⁴⁹⁸ 20. und 21. Titel des Kehdinger Landrechts (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 476), Anhang, S. 155f.); zum alten Kehdinger Landrecht: S. 105.

sammenhang zwar nicht, verweist aber auf David Mevius, der in seinem Stadtrechtskommentar auf das Retraktrecht der Verwandten hinweist.⁴⁹⁹

Schließlich hätten im römischen Recht Testamente nicht ohne Erlaubnis des Volkes erlassen werden können.⁵⁰⁰ Damit bezieht sich Bacmeister auf die Testaterbfolge nach altrömischem Zivilrecht. Das durch Befragung vor den Kuriatkomitien stattfindende Komitialtestament war wohl lediglich dazu bestimmt, dem erbenlosen Hausvater im Augenblick des Todes einen Sohn und damit einen Hauserben zu geben.⁵⁰¹ Vermutlich war das versammelte Volk dabei nicht nur zur Zeugnisleistung berufen, sondern, zumindest anfänglich, auch dazu, den letzten Willen des Erblassers überhaupt zu billigen bzw. zu verwerfen.⁵⁰² Dafür spricht, daß die einfache Annahme eines gewaltfreien Mannes an Sohnes statt nach Befragung durch den Versammlungsleiter, den obersten Priester, ebenfalls durch einen Beschluß des versammelten Volkes erfolgte (adrogatio per populum).⁵⁰³ An der Stelle der Kuriatkomitien konnte auch das kampfbereite Heer stehen (testamentum in procinctu).⁵⁰⁴ Auch das kampfbereite Heer faßte möglicherweise, wiederum zumindest anfänglich, einen billigenden oder verwerfenden Beschluß über die Annahme an Sohnes statt.⁵⁰⁵ Das Komitialtestament und des Testament vor dem versammelten Heer wurden bereits in der jüngeren Republik vom Libraltestament (testamentum par aes et libram) verdrängt, das nicht mehr vor den Kuriatkomitien oder dem kampfbereiten Heer stattfand, sondern als Anwendungsfall der Manzipation (mancipa-

⁴⁹⁹ Pufendorf (wie Fn. 476), 133. Observation, § 1 (S. 345f.): „Jus retractus consanguineorum statutis et universali fere Germaniae consuetudine obtinere, Mevius tradit (...).“; Mevius (wie Fn. 57), 3. Teil, 7. Titel, 1. Art, Rn. 1 (S. 667): „Statutis et universali ferè Germaniae consuetudine obtinet, ut proximiores in alienatis aut alienandis à proximo bonis pretio simili oblato aut restituto praelationem habebant, et aut sibi vendenda petere, aut aliis vendita retrahere queant.“

⁵⁰⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 399 = Bacmeister (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 13f.).

⁵⁰¹ Kaser (wie Fn. 64), § 27 I und II (S. 105f.); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 163 I (S. 447f.); zum Komitialtestament bereits: S. 73.

⁵⁰² Kaser (wie Fn. 64), § 27 I und II (S. 105f.); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn.: 241), § 163 I (S. 447f.) mit Streitstand in Fn. 4.

⁵⁰³ Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 149 III 1 (S. 416f.) und § 163 I (S. 447f.).

⁵⁰⁴ Kaser (wie Fn. 64), § 27 III (S. 106f.); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 166 I (S. 453).

⁵⁰⁵ Kaser (wie Fn. 64), § 27 III, Fn. 15 (S. 106).

tio) vor fünf Zeugen und einem Wagehalter erfolgte.⁵⁰⁶ Das Libraltestament entwickelte sich zu einer echten Verfügung von Todes wegen und wurde zum ordentlichen Testament des römischen Zivilrechts.⁵⁰⁷ Der beim Libraltestament zwischengeschaltete Treuhänder wurde zu einer bloßen Formperson und der Manzipationsakt, bei dem der Treuhänder die Manzipationsformel sprach, mit einem Kupferstück an die Wage schlug und das Kupferstück dem Erblasser gab, zu einer bloßen Formalität. Immer wichtiger wurde die Verkündung des letzten Willens, der bald in einer Urkunde, die von den fünf Zeugen gesiegelt wurde, zum Beweis schriftlich festgehalten wurde. Die anfängliche Beschränkung auf Vermächtnisse (legata) entfiel. Auch das prätorische Recht kannte keine Beteiligung des Volkes.⁵⁰⁸ Das gilt erst recht für die nachklassische Entwicklung der Testaterbfolge.⁵⁰⁹

3. Das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht

Krohns Reaktion auf Bacmeisters Einwände zum vermuteten Willen des Erblassers als Grund der Intestaterbfolge besteht hauptsächlich in einem Hinweis auf das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht. Krohn wirft Bacmeister vor, dieser habe das, was unabhängig von allen Verträgen, Gesetzen und Gewohnheiten der Vernunft und dem Naturrecht am meisten gerecht werde, mit dem vermischt, was Verträge, Gesetze und Gewohnheiten dem hinzufügen oder daran ändern könnten.⁵¹⁰ Zur Erläuterung zieht Krohn nochmals die naturrechtliche Literatur heran und zitiert erneut Hugo Grotius und Samuel Pufendorf.⁵¹¹ Für Grotius entspricht die von ihm dargestellte Intestaterbfolge zwar der natürlichen Vermutung am meisten.⁵¹² Grotius hält jene Erbfolge aber nicht für eine notwendige Bestimmung des Naturrechts, weshalb hiervon abgewichen werden könne.⁵¹³ Auch für Pufendorf ist die Intestaterbfolge kei-

⁵⁰⁶ Kaser (wie Fn. 64), § 27 IV 1 (S. 107f.); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 163 II bis IV (S. 448ff.).

⁵⁰⁷ Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 163 III und IV (S. 449f.).

⁵⁰⁸ Zum prätorischen Recht: Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 164 II (S. 451).

⁵⁰⁹ Zur nachklassische Entwicklung der Testaterbfolge: Kaser (wie Fn. 288), § 283 II 1 (S. 479ff.); Honsell/Mayer-Maly/Selb (wie Fn. 241), § 165 (S. 451f.).

⁵¹⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 637ff. = Krohn (wie Fn. 4), 3. Kapitel, § 1 (S. 37ff.).

⁵¹¹ Zur naturrechtlichen Literatur des 17. und 18. Jahrhunderts: S. 92.

⁵¹² Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, XI 1 (S. 247).

⁵¹³ Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, XI 1 (S. 247); Krohn zitiert diese Stelle nicht, sondern: Grotius (wie Fn. 382), 7. Kapitel, III (S. 237).

ne unabänderliche Ordnung, sondern eine solche, die der natürlichen Vernunft am meisten entspreche.⁵¹⁴ Deswegen, so schreibt wiederum Grotius, sei es auch möglich, daß das eine Mal nur die agnatischen, das andere Mal auch alle anderen Verwandten zur Erbfolge berufen seien.⁵¹⁵ Bei einigen Völkern erbten die Erstgeborenen einen größeren Teil als die Nachgeborenen, wie bei den Juden, bei anderen nicht.⁵¹⁶ Und die einen unterschieden danach, woher der Nachlaß komme, die anderen nicht. Dies alles nimmt Krohn in seine Zitate auf und verweist außerdem noch auf Christian Thomasius, wo sich ähnliche Überlegungen wie bei Grotius und Pufendorf finden.⁵¹⁷

Krohns Argumentation kann in unmittelbare Verbindung zu dem gebracht werden, was Jan Schröder als dualistischen Rechtsbegriff bezeichnet.⁵¹⁸ Nach Schröder entwickelte sich der dualistische Rechtsbegriff ab der Mitte des 17. Jahrhunderts und löste dabei den einheitlichen, wertbezogenen Rechtsbegriff des 16. und frühen 17. Jahrhunderts ab.⁵¹⁹ Dabei war der alte Rechtsbegriff noch durch die Einheit von Recht und Gerechtigkeit gekennzeichnet und wurde Ulp. Dig. 1, 1, 1, pr., wonach das Wort ‚Recht‘ vom Wort ‚Gerechtigkeit‘ kommt und der Begriff ‚Recht‘ als Kunst des Guten und Gerechten definiert ist, so verstanden, daß das Recht auch inhaltlich an die Gerechtigkeit geknüpft sei.⁵²⁰ Eng verknüpft mit diesem Rechtsbegriff war das Verständnis, daß das Naturrecht als ungeschriebene Gerechtigkeitsordnung gegenüber dem positiven Recht vorrangig sei.⁵²¹ Dies wiederum entsprach Ulp. Dig. 1, 1, 6, pr., wonach das Zivilrecht mit dem Naturrecht zwar nicht in jedem Punkt übereinstimmen

⁵¹⁴ Pufendorf (wie Fn. 404), 4. Buch, 11. Kapitel, § 18 (S. 632).

⁵¹⁵ Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, XI 1 (S. 247).

⁵¹⁶ Dazu u.a.: 5. Mose 21,15-17.

⁵¹⁷ Christian Thomasius, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, Halle 1694, 2. Buch, 10. Kapitel, § 184 (S. 309).

⁵¹⁸ Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 20 (S. 97ff.).

⁵¹⁹ Zu dieser Entwicklung: Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 1 (S. 7f.) und § 20 (S. 97ff.).

⁵²⁰ Ulp. Dig. 1, 1, 1, pr.: „Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.“ (zum Text: *Corpus Iuris Civilis* (wie Fn. 319)); Schröder verweist weiter unter anderem auf: Zasius (wie Fn. 367), Sp. 243f., Rn. 7 und Rn. 9; Hugo Donellus, *Opera omnia*, 1. Band, Florenz 1840, 1. Buch, 5. Kapitel, § 1 (Sp. 23) und § 6 (Sp. 27f.); zudem Verweis auf: Grotius (wie Fn. 382), 1. Buch, 1. Kapitel, IX 1 (S. 25).

⁵²¹ Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 3 I (S. 18f.).

muß, jenes von diesem aber auch nicht vollkommen abweichen darf.⁵²² Einigkeit bestand darüber, daß das positive Recht das Naturrecht zwar ergänzen und sich von diesem auch inhaltlich unterscheiden, es aber nicht gänzlich aufheben könne. Derartiges findet sich etwa bei Ulrich Zasius, der im positiven Recht sogar die höchste Ausformung und die letzte Stufe des Naturrechts sah.⁵²³

Nach Jan Schröders Befund war nach dem neuen Rechtsbegriff ab der Mitte des 17. Jahrhunderts der gesetzgeberische Wille die Grundlage des Rechts.⁵²⁴ So waren für Thomas Hobbes Gesetze nichts anders als Befehle des Inhabers der höchsten Gewalt im Staat.⁵²⁵ Samuel Pufendorf sprach aus, daß der Gesetzgeber auch aus reiner Willkür heraus Recht schaffen könne.⁵²⁶ Trotz dieses voluntaristischen Rechtsverständnisses war das Naturrecht aber weiterhin als Rechtsquelle neben dem positiven Recht anerkannt.⁵²⁷ Dies führte nach Schröder zu einem dualistischen Rechtsbegriff. Die Natur des Menschen und die Vernunft einerseits und der Wille des Gesetzgebers andererseits waren

⁵²² Ulp. Dig. 1, 1, 6, pr.: „Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur.“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 319)).

⁵²³ Zasius (wie Fn. 367), Sp. 258, Rn. 19ff., und Sp. 251, Rn. 41.

⁵²⁴ Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 20 1 (S. 97ff.).

⁵²⁵ Thomas Hobbes, *De cive*. The English Version (hg. von Howard Warrender), Oxford 1983, 6. Kapitel, § 9 (S. 95); Thomas Hobbes, *Leviathan* (hg. von Richard Tuck), Cambridge/New York/Port Chester/Melbourne/Sydney 1991, 26. Kapitel (S. 183 und S. 194); für die deutsche Naturrechtslehre: Samuel von Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, 2. Band, Frankfurt am Main/Leipzig 1744, 8. Buch, 1. Kapitel, § 1 (S. 285); Thomasius (wie Fn. 415), 1. Buch, 5. Kapitel, § 3 (S. 146); Christian von Wolff, *Institutiones iuris naturae et gentium* (hg. von Jean École), Nachdruck der Ausgabe Halle 1750, Hildesheim 1969, 3. Teil, 2. Abschnitt, 5. Kapitel, § 1068 (S. 665); für die römisch-gemeinrechtliche Wissenschaft: Georg Adam Struve, *Syntagma iuris civilis*, Leipzig 1663, 1. Exercitation, § 47 (S. 23); Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, 1. Band, Tübingen 1726, 1. Buch, 1. Titel, § 21 (S. 44); Justus Henning Boehmer, *Introductio in ius digestorum*, Halle 1773, 1. Teil, 1. Buch, 1. Titel, § 14 (S. 10).

⁵²⁶ Pufendorf (wie Fn. 404), 2. Buch, 3. Kapitel, § 24 (S. 224); zum Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht bei Pufendorf: Horst Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*, München 1972, S. 221ff.

⁵²⁷ Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 20 2 (S. 99f.); Jan Schröder, „Naturrecht bricht positives Recht“ in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat* (hg. von Dieter Schwab), Berlin 1989, S. 419-433, S. 427.

zwei unterschiedliche Geltungsgründe des Rechts. Im Falle eines Widerspruchs zwischen Naturrecht und positivem Recht genöß das positive Recht den Vorrang, wohingegen das Naturrecht zurücktrat und nur subsidiär galt.⁵²⁸ So schrieb Pufendorf, daß auf das Naturrecht dann zurückzugreifen sei, wenn das positive Recht eine bestimmte Frage nicht regle.⁵²⁹ Pufendorf bezog sich dabei auf Hobbes, der das Naturrecht als ungeschriebenes Recht vom positiven Recht als geschriebenem Recht unterschied.⁵³⁰ Nach Hobbes konnte letzteres nicht alle denkbaren Fälle umfassen. Deswegen war unter Umständen auf das Naturrecht zurückzugreifen. Am Ende des 18. Jahrhunderts fanden sich nur noch vereinzelt gegenteilige Meinungen. Dies galt etwa für Gottlieb Hufeland, der zu diesem Zeitpunkt noch der Ansicht war, der praktische Jurist benötige naturrechtliche Kenntnisse unter anderem, um die Gültigkeit positiven Rechts feststellen zu können.⁵³¹ Davon abgesehen konnte das Naturrecht zur Ergänzung und zur Erläuterung des positiven Rechts herangezogen werden, konnte letzteres aber nicht verdrängen.⁵³² Ähnlich lautet die These von Klaus Luig, das Naturrecht habe „oft zur Abrundung und Abstützung kontroverser Lösungen“ gedient.⁵³³ Für den absolutistischen Gesetzgeber war jenes im übrigen lediglich eine Orientierungshilfe. Unter anderem Daniel Nettelblatt brachte solches zum Ausdruck. Die Rechtsgelehrten hatten danach nach den Gesetzen, nicht über die Gesetze zu entscheiden.⁵³⁴

Krohn ist davon überzeugt, damit alle Argumente Bacmeisters gegen die Vermutung des Willens als Grund der Intestaterbfolge entkräftet zu haben.⁵³⁵ So seien nach der zivilen Erbfolge im vorjustinianischen römischen Recht kognatische Verwandte durch agnatische Verwandte ausgeschlossen worden, weil

⁵²⁸ Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 24 I (S. 110ff.).

⁵²⁹ Pufendorf (wie Fn. 525), 8. Buch, 1. Kapitel, § 1 (S. 287).

⁵³⁰ Hobbes (wie Fn. 525 a.A.), 14. Kapitel, § 14 (S. 176).

⁵³¹ Gottlieb Hufeland, *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften zu Vorlesungen*, Jena 1795, § 54 (S. 24f.); zu Hufeland: Michael Rohls, *Kantisches Naturrecht und historisches Zivilrecht. Wissenschaft und bürgerliche Freiheit bei Gottlieb Hufeland (1760-1817)*, Diss. iur. Frankfurt am Main 2001, Baden-Baden 2004.

⁵³² Schröder (wie Fn. 527), S. 429 und S. 432.

⁵³³ Klaus Luig, *Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, SZ (Germ. Abt.), 96. Band (1979), S. 38-54, S. 54.

⁵³⁴ Daniel Nettelblatt, *Nova introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem*, Halle 1772, § 67 (S. 48).

⁵³⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 642ff. = Krohn (wie Fn. 4), 3. Kapitel, § 2 (S. 39ff.).

dies einfach so gewollt gewesen sei.⁵³⁶ Solche Personen, die bereits zu Lebzeiten des Erblassers durch Entlassung aus der Hausgewalt gewaltfrei geworden seien, seien nicht zur Erbfolge berufen worden, weil sie weder Hauserben noch agnatische Verwandte gewesen seien. Mit der Entlassung aus der Hausgewalt des Hausvaters habe dieser deutlich zum Ausdruck gebracht, daß jene nicht mehr seine Erben hätten sein sollen. Krohn verweist dazu auf Arnold Vinnius.⁵³⁷ Dies setzt Krohn für die verbleibenden Einwände unter anderem mit erneutem Verweis auf Vinnius sowie mit Verweis auf Johann Gottlieb Heineccius entsprechend fort.⁵³⁸ Daß bei den Germanen nach Tacitus' Schilderung die Eltern des Erblassers von dessen Geschwistern von der Erbfolge ausgeschlossen worden seien, hält Krohn allerdings für falsch. Krohn stützt sich hierzu auf Heinrich Christian Senckenberg.⁵³⁹ Daneben zieht Krohn ein weiteres Werk von Heineccius heran, diesmal zu den deutschen Rechten. Darin zählt Heineccius verschiedene germanische Stammesrechte auf.⁵⁴⁰ So erwähnt Heineccius die Lex Wisigothorum, die ein Erbrecht der Eltern des Erblassers nach dessen Kindern sowie deren Kindern und Enkelkindern regelte.⁵⁴¹ Weiter nennt Heineccius etwa die Lex Salica und die Lex Ripuariorum, die jeweils ein Erbrecht der Eltern des Erblassers nach dessen Kindern vorsahen.⁵⁴² Den von Bacmeister beschriebenen Fall, daß Verwandte keinen Umgang miteinander hätten oder sich überhaupt nicht kennten, so daß zwischen ihnen auch keine besondere Zuneigung entstehen könne, bezeichnet Krohn unter Heranziehung eines Zitats von Pufendorf als einen überaus seltenen Fall, der an der allgemeinen Regel nichts ändere.⁵⁴³

⁵³⁶ Zur zivilen Erbfolge: S. 73.

⁵³⁷ Arnold Vinnius, *Institutiones imperialium commentarius academicus et forensis*, Amsterdam 1692, 3. Buch, 1. Titel, § 9 (S. 473).

⁵³⁸ Vinnius (wie Fn. 537), 3. Buch, 1. Titel, § 15, Rn. 1 (S. 479); Heineccius (wie Fn. 239), 3. Buch, Titel 3 (S. 25).

⁵³⁹ Heinrich Christian von Senckenberg (Präses)/Georg Wilhelm Ludwig Benecke (Respondent), *Disquisitio academica de successione filiarum in regnis et principatibus*, Diss. iur. Gießen 1741, Gießen 1742, 5. Kapitel, § 61 (S. 68f.).

⁵⁴⁰ Heineccius (wie Fn. 268), 2. Buch, 9. Titel, § 216 (S. 527) und § 243 (S. 546f.).

⁵⁴¹ Heineccius (wie Fn. 268), 2. Buch, 9. Titel, § 244 (S. 547f.); Lex Wisigothorum, 4. Buch, 2. Titel, § 2 (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 1955f.).

⁵⁴² Heineccius (wie Fn. 268), 2. Buch, 9. Titel, § 246 (S. 548f.); Lex Salica, 62. Titel, § 1 und Lex Ripuariorum, 56. Titel, § 1 (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 121f. und Sp. 167).

⁵⁴³ Pufendorf (wie Fn. 404), 4. Buch, 11. Kapitel, § 15 (S. 629); dazu Bacmeister: S. 105.

Auch im Hinblick auf Bacmeisters Einwand, nach dem der Grund der Intestaterbfolge in einem gewissen beibehaltenen Miteigentum der Familie besteht, argumentiert Krohn im wesentlichen mit dem Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht. Krohn führt zu Recht aus, der von Bacmeister genannte Cornelius Bynkershoek beziehe sich auf das römische Recht, Franz Karl Conradi demgegenüber auf das germanische Recht.⁵⁴⁴ Krohn bestreitet nicht, daß derartige Abweichungen von der natürlichen Intestaterbfolge möglich seien und daß es solche auch tatsächlich gebe. Auch verneint Krohn nicht, daß die Erbfolge im vorjustinianischen Recht aus einem gewissen beibehaltenen Miteigentum der agnatischen Verwandten abgeleitet worden sei. Für Krohn ist es aber wichtig, daß dort, wo die Verfassung und die Beschaffenheit des Vermögens nicht entgegengestanden hätten, vollbürtige Verwandte gegenüber halb- bürtigen Verwandten bei der Erbfolge immer ein Vorrecht gehabt hätten. Krohn argumentiert hier ähnlich wie im Zusammenhang mit dem römischen Recht.⁵⁴⁵ Bacmeisters etymologische Ausführungen zur Bedeutung und Herkunft der Wörter ‚heres‘ und ‚Erbe‘ hält Krohn für unerheblich.⁵⁴⁶ Auch Bacmeisters übrige Argumente stünden der Lehre vom Vorrecht der vollen Geburt nicht entgegen. So sei es durchaus möglich, daß sich der Gedanke des Miteigentums in den deutschen Rechten teilweise noch erhalten habe.

4. Die Intestaterbfolge entfernter Seitenverwandter

Bacmeister wendet sich nicht nur gegen Krohns Ansicht, nach welcher der Grund der natürlichen Intestaterbfolge im vermuteten Willen liegt, um zugleich eine alternative Begründung vorzustellen, sondern möchte auch zeigen, daß Krohns eigene Argumentation ein generelles Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halb- bürtigen Verwandten bei der Erbfolge gar nicht trage. Bacmeister führt aus, selbst wenn der vermutete Wille der Grund der Intestaterbfolge wäre, könnte dies ausschließlich für das Verhältnis des Erblassers zu seinen Geschwistern und deren Kindern gelten, nicht aber für das Verhältnis zu seinen übrigen Seitenverwandten.⁵⁴⁷ Damit berührt Bacmeister den für den Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn entscheidenden Punkt, denn Spilcker und

⁵⁴⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 653ff. = Krohn (wie Fn. 4), 3. Kapitel, § 3 (S. 43ff.).

⁵⁴⁵ Zu diesem Argument im Zusammenhang mit dem römischen Recht: S. 75, S. 78, S. 82 und S. 91.

⁵⁴⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 661ff. = Krohn (wie Fn. 4), 3. Kapitel, § 4 (S. 46f.).

⁵⁴⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 399ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 3. Kapitel (S. 14f.).

Bürgermeister Krohn waren keine Geschwister der verstorbenen Haecks, sondern deren Tante und Onkel. Für Bacmeister beruht die besondere Zuneigung unter leiblichen Geschwistern im Vergleich zur Zuneigung unter Stiefgeschwistern auf der Erziehung der Geschwister und deren gewöhnlichem Umgang miteinander. Bacmeister bringt damit einen Gedanken ins Spiel, der sich bereits bei Aristoteles findet.⁵⁴⁸ Allerdings scheint das gemeinsame Aufwachsen der Kinder, das es bei nicht allzu großem Altersunterschied auch bei halbbürtigen Geschwistern geben kann, bei Aristoteles anders als bei Bacmeister eher für die Annahme einer unterschiedslosen Zuneigung unter Geschwistern zu sprechen. Jedenfalls scheint Aristoteles die Worte ‚dieselben Eltern‘ im Sinne von ‚dieselben Erzieher‘ zu verstehen. Bei Bacmeister ist das umgekehrt, worin Bacmeister überdies mit Hugo Grotius übereinstimmt.⁵⁴⁹ Seien nur leibliche Geschwister vorhanden, so schreibt Bacmeister, sei die Zuneigung der Eltern für alle Kinder gleich. Dadurch werde auch die Zuneigung unter Geschwistern gestärkt und gegenseitige Mißgunst entstehe nur schwer. Seien hingegen auch Stiefkinder vorhanden, sei die Zuneigung der Eltern für ihre leiblichen Kinder größer als für ihre Stiefkinder. Dadurch entstehe leicht Mißgunst unter den Geschwistern, die noch dadurch vermehrt werde, daß leibliche Kinder das Vermögen ihrer Eltern oftmals im Wege eines Vorausvermächtnisses erhielten. Für das Verhältnis zu allen anderen vollbürtigen Seitenverwandten könne eine besondere Zuneigung mit dem Hinweis auf die Vollbürtigkeit jedoch nicht begründet werden. Weil es keine andere Begründung für eine Bevorzugung vollbürtiger Verwandter gebe, stimmten auch alle Rechte darin überein, daß jene vollbürtigen Verwandten außerhalb von Geschwistern des Erblassers nicht gegenüber halbbürtigen Verwandten zu bevorzugen seien.

Krohn hält es für unerheblich, weshalb unter leiblichen Geschwistern keine größere Zuneigung als unter Stiefgeschwistern bestehe und warum die Gründe für eine besondere Zuneigung unter leiblichen Geschwistern im Vergleich zu Stiefgeschwistern auf das Verhältnis des Erblassers zu allen anderen Seitenverwandten nicht übertragen werden könnten.⁵⁵⁰ Daß unter leiblichen Geschwistern keine größere Zuneigung als unter Stiefgeschwistern bestehe, wird

⁵⁴⁸ Aristoteles (wie Fn. 395), VIII 13, 1161a, sowie VIII 14, 1161b; dazu bereits: S. 97.

⁵⁴⁹ Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, IX 3 (S. 245); dazu bereits: S. 98.

⁵⁵⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 664ff. = Krohn (wie Fn. 4), 3. Kapitel, § 4 (S. 47f.).

von Bacmeister dabei gar nicht behauptet. Vielmehr begründet Bacmeister das Gegenteil. Krohn übergeht das und wiederholt, eine besondere Zuneigung einer Person für eine andere Person sei immer dann gegeben, wenn beide durch das doppelte Band der Blutsverwandtschaft miteinander verwandt seien. Gäbe es keine andere Begründung einer besonderen Zuneigung des Erblassers für bestimmte Seitenverwandte als die von Bacmeister genannte, die Krohn also doch kennt, könnte eine solche auch für Kinder leiblicher Geschwister nicht begründet werden. Denn sowohl leibliche Geschwister als auch Stiefgeschwister würden gemeinsam erzogen, eigene Kinder bekämen jene aber erst später. Krohn denkt dabei sicherlich an die in Nov. 118, 3, pr. enthaltene erbrechtliche Bevorzugung von Kindern vollbürtiger Geschwister gegenüber halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern.⁵⁵¹ An dieser Stelle macht Krohn gewollt oder ungewollt denselben Fehler, den er Bacmeister vorwirft, indem er voraussetzt, daß das positive Recht dem Naturrecht entspreche und dieses widerspiegeln.

III. Summermanns Relation

1. Die Ableitung erbrechtlicher Bestimmungen aus dem Naturrecht

Zum Naturrecht äußert sich Summermann in seinem Votum im Rahmen einiger Obiter dicta. Dabei stellt sich Summermann in der Frage, ob sich aus dem Naturrecht erbrechtliche Bestimmungen überhaupt ableiten lassen, auf die Seite derjenigen Naturrechtler, die diese Frage sowohl für Testaterbfolge als auch für die Intestaterbfolge verneinen.⁵⁵² Summermann verweist dazu speziell auf Nikolaus Hieronymus Gundling.⁵⁵³ Zur Auslegung gesetzlicher Bestimmungen, in denen die nächsten Verwandten zur Erbfolge berufen seien, in denen aber nicht geregelt sei, wer die nächsten Verwandten seien, will Summermann das Naturrecht dann aber doch heranziehen. Dazu beruft sich Summermann auf Michael Heinrich Gribner und nur insofern untersucht Summermann, ob nach dem Naturrecht vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge ein Vorrecht haben.⁵⁵⁴

⁵⁵¹ Zu Nov. 118, 3, pr.: Fn. 180.

⁵⁵² BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 9d f. (§ 38); zu dieser Frage: S. 92.

⁵⁵³ Gundling (wie Fn. 415), 20. Kapitel, §§ 44ff. (S. 192ff.) und §§ 65ff. (S. 197ff.).

⁵⁵⁴ Michael Heinrich Gribner, *Principia iuris prudentiae naturalis*, Wittenberg/Zerbst 1748, 4. Buch, 6. Kapitel, § 4 (S. 383ff.).

2. Die Erbfolge vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter

Summermann greift zunächst ein Argument aus den erstinstanzlichen Schriftsätzen von Bürgermeister Krohn auf, das in Krohns ‚Versuch‘ nicht enthalten ist.⁵⁵⁵ Summermann führt aus, wenn dort die Frage nach einem Vorrecht vollbürtiger Verwandter bejaht werde, weil ganz und halb nicht dasselbe seien, so sei dem zu entgegen, daß etwa zwischen einer vollbürtigen und einer halbbürtigen Schwester insofern kein Unterschied bestehe, als beide ihren Bruder nicht heiraten dürften.⁵⁵⁶ Zudem seien sowohl vollbürtige als auch halbbürtige Geschwister im selben Verwandtschaftsgrad miteinander verwandt. Und wenn jene Frage weiter bejahe werde, weil halb nicht so viel wie ganz sei, und zwar genauso wie eins nicht so viel wie zwei, so würde im Ergebnis etwas begehrt werden, was unbillig wäre. Denn halb und eins seien zwar weniger als ganz und zwei, aber immerhin mehr als nichts. Für Summermann ist damit klar, daß Bürgermeister Krohn die fragliche Erbschaft bereits nach seiner eigenen naturrechtlichen Begründung nicht für sich allein beanspruchen könne. Summermann führt weiter aus, er wolle zwar gern zugeben, daß dann, wenn der Erblasser weder Kinder noch Eltern, sondern ausschließlich Seitenverwandte hinterlasse, diese nach der Nähe des Verwandtschaftsgrades erben und etwas anderes nur dann gelte, wenn Seitenverwandte absteigender und aufsteigender Linie oder Seitenverwandte aus der Familie des Vaters und des Großvaters vorhanden seien.⁵⁵⁷ Denn dann würden diese durch jene jeweils von der Erbfolge ausgeschlossen. Summermann verweist dazu auf Christian Wolff.⁵⁵⁸ Summermann will auch dahingestellt sein lassen, ob dann, wenn der Erblasser ausschließlich gleich nahe Seitenverwandte hinterlasse, wie etwa Geschwister oder Kinder von Geschwistern, die vollbürtigen Verwandten vor den halbbürtigen Verwandten erben.⁵⁵⁹ Summermann stellt in diesem Zusammenhang einen Vergleich mit dem römischen Recht an und schreibt, auch dort hätten vollbürtige Geschwister und deren Kinder gegenüber halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern bei der Erbfolge ein Vorrecht gehabt. Damit bezieht sich Summermann

⁵⁵⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 133f. (Dokument zur Revisionseinlegung, 25. März 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 139 (Revisionsbegründung, 7. April 1746); AHL RKG S 118 Q 40a S. 260 (Weitere Revisionsbegründung, 29. Juli 1746).

⁵⁵⁶ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 10a ff. (§ 39).

⁵⁵⁷ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 10d f. (§ 40).

⁵⁵⁸ Wolff (wie Fn. 385), 7. Titel, 5. Kapitel, § 1034 (S. 749ff.).

⁵⁵⁹ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 11a (§ 40).

auf Nov. 118, 3, pr.⁵⁶⁰ Von einigen werde ein solches Vorrecht generell verneint. Summermann nennt als Beispiel Johann Gottlieb Heineccius.⁵⁶¹ Summermann läßt weiter offen, ob dann, wenn in aufsteigender Linie zwei Personen gleichen Verwandtschaftsgrades vorhanden seien, vor allem dann, wenn diese nicht untereinander verwandt seien und etwa die eine Person ein halbbürtiger Bruder oder eine halbbürtige Schwester der Mutter des Erblassers und die andere Person ein vollbürtiger Bruder oder eine vollbürtige Schwester des Vaters des Erblassers sei, diese gegenüber jener ein Vorrecht bei der Erbfolge habe.⁵⁶² Würden allerdings sowohl der Vater als auch die Mutter des Erblassers noch leben, würden beide gleichermaßen erben. Lebten hingegen beide nicht mehr, so müsse deren jeweiliger Anteil an der Erbschaft auf deren jeweiligen nächsten lebenden Seitenverwandten, mit dem auch der Erblasser verwandt gewesen sei, übergehen. Summermann zieht erneut das römische Recht heran und führt aus, auch dort hätten in aufsteigender Seitenlinie vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten kein Vorrecht bei der Erbfolge gehabt, sondern sei lediglich der Grad der Verwandtschaft entscheidend gewesen, womit sich Summermann auf Nov. 118, 3, 1 bezieht.⁵⁶³ Für diejenigen Seitenverwandten des Erblassers, die untereinander nicht verwandt seien, schließt Summermann damit eine Bevorzugung vollbürtiger Verwandter aus. Auch im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn ist für Summermann der Umstand, daß die Eltern des Beklagten zugleich die Großeltern der Erblasserin seien, die Klägerin mit der Erblasserin aber lediglich den Vater bzw. den Großvater gemeinsam habe, insofern unerheblich, als der Beklagte und die Klägerin mit der Erblasserin gleich nahe verwandt seien, und zwar der Beklagte auf der Seite des Vaters, die Klägerin hingegen auf der Seite der Mutter der Erblasserin, jedoch der Beklagte und die Klägerin untereinander nicht verwandt seien. Summermann spricht sich damit für eine Unterscheidung zwischen väterlicher und mütterlicher Linie in der natürlichen Erbfolge aus und würde sich bei einer Beurteilung nach dem Naturrecht auch im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn für eine hälftige Teilung des Nachlasses entscheiden.

⁵⁶⁰ Zu Nov. 118, 3, pr.: Fn. 180.

⁵⁶¹ Heineccius (wie Fn. 405), 1. Buch, 11. Kapitel, § 302 (S. 245).

⁵⁶² BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 11a ff. (§ 40).

⁵⁶³ Zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

3. Der Inhalt eines Vorrechts vollbürtiger Verwandter

Für eine hälftige Teilung des Nachlasses votiert Summermann jedoch nicht. Er beschränkt sich darauf, zu zeigen, daß sich das, was Krohn aus dem Naturrecht abzuleiten versuche, daraus nicht ergebe. Denn eine naturrechtliche Bevorzugung vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge bedeute lediglich eine Teilung des Nachlasses im Verhältnis von 2 zu 1.⁵⁶⁴ Hätte die Erbschaft etwa 12.000 Lübsche Mark zum Inhalt, erhielte der vollbürtige Verwandte 8.000 Lübsche Mark, der halbbürtige Verwandte hingegen 4.000 Lübsche Mark. Zum Vergleich zieht Summermann das Hadelner Landrecht von 1585 heran, das die Erbfolge in diesem Sinne regle, allerdings nur für Seitenverwandte absteigender Linie, nicht auch für Seitenverwandte aufsteigender Linie.⁵⁶⁵ Auch das schwedische Recht regle eine Teilung des Nachlasses, obgleich in einem anderen Verhältnis. Da sich aus dem natürlichen Recht insofern lediglich eine Teilung des Nachlasses ergebe, könne es zur Erklärung des Lübecker Rechts in dem vom Beklagten befürworteten Sinne nicht herangezogen werden. Klägerin und Beklagter stimmten darin überein, daß jene von der fraglichen Erbschaft entweder überhaupt nichts oder einen gleichen Teil wie der Beklagte erhalten müsse. An diese Übereinstimmung fühlt sich Summermann nicht nur im Hinblick auf das Naturrecht, sondern auch bezüglich des Lübecker Rechts gebunden.

IV. Zwischenergebnis

Auch im Naturrecht argumentiert Krohn für ein unbeschränktes Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge, wohingegen sich Bacmeister zumindest für Seitenverwandte ab dem dritten Verwandtschaftsgrad für eine Gleichbehandlung vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter ausspricht. Im Hinblick auf die erbrechtliche Behandlung von vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern finden sich Indizien dafür, daß Bacmeister hier eine unterschiedliche Behandlung ähnlich wie im römischen Recht befürwortet.⁵⁶⁶ Summermann lehnt die Ableitung erbrechtlicher Bestimmungen aus dem Naturrecht ab, hält es jedoch für zulässig, das Naturrecht zur

⁵⁶⁴ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 11d ff. (§§ 40f.).

⁵⁶⁵ §§ 3, 15, 3 bis 5 Hadelner Landrecht (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 476), Anhang, S. 43f.).

⁵⁶⁶ Zur unterschiedlichen Behandlung im römischen Recht: S. 92.

Auslegung von zur Erbfolge der Seitenverwandten unergiebigem gesetzlichen Bestimmungen heranzuziehen. Summermann würde dem Naturrecht eine Teilung nach Stämmen entnehmen. Zudem äußert Summermann, daß ein Vorrecht vollbürtiger Verwandter lediglich eine Bevorzugung im Verhältnis von 2 zu 1 bedeuten würde, die Parteien des Rechtsstreits jedoch um die hälftige Teilung des Nachlasses stritten. Summermann fühlt sich daran gebunden.

Am Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn fällt an dieser Stelle auf, welche immense Aufmerksamkeit die Beteiligten dem Naturrecht überhaupt schenken. Krohn und Bacmeister behandeln das Naturrecht in ihren Abhandlungen nicht nur beiläufig, sondern unter Einbeziehung der einschlägigen Autoren wie Hugo Grotius und Samuel Pufendorf umfassend und sogar noch vor dem römischen Recht. Im Rahmen seiner Ausführungen zum römischen Recht bezieht sich Krohn dann gelegentlich auf das Naturrecht, wie etwa im Hinblick auf die herrschende Lehre zur Erbfolge im römischen Recht.⁵⁶⁷ Auch Summermann befaßt sich im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit den Argumenten, die Krohn zum Nachweis eines vom römischen Recht abweichenden einheimischen Rechts vorbringt, an allererster Stelle mit dem Naturrecht und bezieht dabei auch jüngere Autoren ein. Von fast 80 Seiten seines Votums, auf denen Summermann die materiell-rechtlichen Auseinandersetzung zwischen Spilcker und Krohn behandelt, widmet Summermann dem Naturrecht mehr als zehn Seiten. Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß Summermanns naturrechtliche Erwägungen nicht einmal zu den tragenden Gründen seines Votums gehören, sondern als *Obiter dicta* formuliert sind. Weiter fällt auf, daß Krohn gegenüber Bacmeister immer wieder betont, daß das positive Recht vom Naturrecht durchaus abweichen könne. Auch im Zusammenhang mit dem römischen Recht akzeptiert Krohn die Möglichkeit derartiger Abweichungen.⁵⁶⁸

Vor dem Hintergrund des Verhältnisses von Naturrecht und positivem Recht im 18. Jahrhundert wird nicht nur die Argumentation Krohns, der beiläufig nämlich auch den Vorrang des positiven Rechts gegenüber dem Naturrecht erwähnt, verständlich, sondern auch das Vorgehen Summermanns, der die Erläuterung des positiven Rechts durch das Naturrecht im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn im besonderen zwar verneint, dies aber im allgemeinen be-

⁵⁶⁷ Zur herrschenden Lehre zur Erbfolge im römischen Recht: S. 86.

⁵⁶⁸ Dazu: S. 78 und S. 84 sowie S. 102.

jaht.⁵⁶⁹ Denn dies entsprach genau dem damaligen Verständnis vom Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht. Ein weiterer Punkt, der am Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn deutlich wird, ist die inhaltliche Anbindung des Naturrechts an das positive Recht, die sich etwa darin zeigt, wie Krohn versucht, sein naturrechtliches Ergebnis mit parallelen Lösungen im römischen Recht zu bestätigen.

⁵⁶⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 652f. = Krohn (wie Fn. 4), 3. Kapitel, § 2 (S. 43); Grotius (wie Fn. 382), 2. Buch, 7. Kapitel, VII (S. 242) und XI 2 (S. 247).

5. Kapitel - Die alten Rechte

I. Rechtsquellenvielfalt und historische Rechtsbegründung

Die Diskussion um die alten Rechte nimmt in den Abhandlungen Krohns und Bacmeisters den größten Raum ein. Dies liegt vor allem an dem, was Krohn in der ‚Weiteren Ausführung‘ hierzu schreibt. Die ‚Weitere Ausführung‘ ist in acht Kapitel unterteilt und umfaßt in der Druckfassung insgesamt 250 Seiten. Das 6. Kapitel, in dem Krohn die alten Rechte behandelt, erstreckt sich über mehr als 100 Seiten. Sein Kapitel zum Lübecker Recht beansprucht nur die Hälfte davon. Demgegenüber sind die entsprechenden Ausführungen Krohns im ‚Versuch‘ noch verhältnismäßig knapp. Dies gilt auch im Vergleich zu Bacmeisters Antwort, die in diesem Fall recht ausführlich ausfällt. Vor diesem Hintergrund wirkt das Votum Summermanns, zumindest dem Umfang nach, eher zurückhaltend.

Um Krohns und Bacmeisters argumentativen Aufwand sowie die Reaktion Summermanns hierauf verstehen zu können, ist ein kurzer Blick in die dem Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn vorangegangenen zwei Jahrhunderte hilfreich. Denn das 16. Jahrhundert und das frühe 17. Jahrhundert waren noch von einem Nebeneinander einer Fülle von Rechten verschiedenen Ursprungs geprägt.⁵⁷⁰ Das geschriebene Recht spielte nicht die zentrale Rolle. Die Ansehensmacht eines bestimmten Rechtssatzes stand nicht von vornherein fest, sondern stellte sich erst bei der Anwendung unter Abwägung mit anderen Rechtsquellen heraus, weshalb Thomas Duve von einer lediglich relativen Autorität der Rechtsquellen spricht.⁵⁷¹ Spätestens mit dem Auftauchen des Kodifikationsgedankens im 18. Jahrhundert gewann jedoch das geschriebene Recht immer mehr an Bedeutung. Für dieses Phänomen wählt Duve den Ausdruck der absoluten Autorität des Gesetzes als Pendant zum Begriff der lediglich relativen Geltung zahlreicher Autoritäten.⁵⁷² Nach Duve wurden Rechtslehre und Rechtspraxis dem Anspruch des Gesetzes, die alleinige Richtschnur bei der

⁵⁷⁰ Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 3 (S. 21f.).

⁵⁷¹ Thomas Duve, Mit der Autorität gegen die Autoritäten? Überlegungen zur heuristischen Kraft des Autoritätsbegriffs für die Neuere Privatrechtsgeschichte, in: *Autorität der Form - Autorisierung - Institutionelle Autorität* (hg. von Wulf Oesterreicher, Gerhard Regn und Winfried Schulze), Münster 2003, S. 239-256, S. 243.

⁵⁷² Duve (wie Fn. 571), S. 245.

Rechtsfindung zu sein, allerdings nicht vollkommen gerecht. Dies bestätigt der Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn.

Diejenigen Erscheinungen, um die es dabei geht, faßt Dietmar Willoweit unter dem Begriff der geschichtlichen Rechtsbegründung zusammen. Nach Willoweit führten die Widerlegung der Lotharischen Legende durch Hermann Conring in der Mitte des 17. Jahrhunderts sowie der damit verbundene Verlust an Legitimität für das römische Recht und für die daran anknüpfende Lehre zu einer methodischen Neuorientierung im Recht.⁵⁷³ Auch der Rückgriff auf mittelalterliche Rechtsvorstellungen war nun möglich. In diesem Sinne vertrat Johann Georg Kulpis die Auffassung, die germanischen Rechte seien durch das römische Recht nicht außer Kraft gesetzt worden, weil letzteres nur an den Universitäten zu Ansehen gekommen sei.⁵⁷⁴ Für Kulpis folgte daraus, daß die älteren deutschen Rechte solange galten, wie die Rezeption des römischen Rechts im Einzelfall nicht nachgewiesen worden sei.⁵⁷⁵ Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei Krohn, der zum Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte anmerkt, derjenige, der sich darauf berufe, daß in einem bestimmten Statut das bisherige deutsche Recht durch das römische Recht ersetzt worden sei, habe dies zu beweisen.⁵⁷⁶ Damit ging Kulpis weit über Conring hinaus, der sich zwar ausführlich mit mittelalterlichen Rechtsquellen und der Fortgeltung auch örtlicher Rechte beschäftigt hatte, dem es aber nur darum gegangen war, zu zeigen, daß das römische Recht nirgends so rezipiert worden sei, daß es die gesetzgeberische Freiheit eingeschränkt hätte.⁵⁷⁷ Noch vor Conring äußerte Christoph Lehmann die Ansicht, die von den fränkischen Königen eingeführten und später von Karl dem Großen erneuerten Rechte hätten bis zum Erlaß der Reichskammergerichtsordnung weiter

⁵⁷³ Dietmar Willoweit, *Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts. Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels im späten 17. Jahrhundert*, in: *Die Begründung des Rechts als historisches Problem* (hg. von Dietmar Willoweit), München 2000, S. 229-245, S. 234; zur Widerlegung der Lotharischen Legende: S. 53 und S. 101.

⁵⁷⁴ Johann Georg von Kulpis (unter dem Synonym Conrad Sincerus), *De Germanicarum legum veterum, ac Romani iuris in republica nostra origine, auctoritateque praesenti dissertatio epistolica*, o.O. 1682, §§ 41ff. (S. 44ff.).

⁵⁷⁵ Kulpis (wie Fn. 574), § 50 (S. 55).

⁵⁷⁶ Krohn (wie Fn. 3), *Vorbericht*, § 6 (S. 17); dazu: S. 57.

⁵⁷⁷ Willoweit (wie Fn. 573), S. 236; Conring (wie Fn. 235), 1-19. Kapitel (S. 1-108), 25.-30. Kapitel (S. 151-186), 31.-33. Kapitel (S. 186-218).

fortbestanden.⁵⁷⁸ Genauso wie Kulpis verfolgte auch Samuel Stryk die Absicht, die deutschen Rechte gegenüber dem römischen Recht aufzuwerten.⁵⁷⁹ Anders als Kulpis nahm Stryk jedoch keine Vermutung zugunsten der einheimischen Rechte an, sondern verlangte, abgesehen vom Fall der Notorietät, deren Nachweis.⁵⁸⁰ Auch Christian Thomasius unterschied zwischen notorischem und sonstigem Recht.⁵⁸¹ Historische Kenntnisse halfen jedoch, die Schwelle des Nachweises zu überschreiten.⁵⁸² Wiederum vergleichbar der Meinung von Kulpis bestand für Johann Schilter, für den es in Gestalt des römischen und des deutschen Rechts zwei gemeine Rechte in Deutschland gab, bei einem Widerspruch zwischen dem römischen Recht und den einheimischen Rechten eine Vermutung zugunsten der einheimischen Rechte.⁵⁸³ Willoweit faßt zusammen, daß die Lösung rechtlicher Probleme mit Rücksicht auf alte deutsche Rechtsquellen damals neu gewesen sei.⁵⁸⁴ Für Krohn und Bacmeister war sie alles andere als neu, wurde von beiden aber dennoch weiter betrieben.

II. Krohns und Bacmeisters Argumente

1. Die deutschen Vorfahren

Ein Text, auf den Krohn und Bacmeister immer wieder zurückgreifen, ist Tacitus' Bericht über die Erbfolge bei den Germanen.⁵⁸⁵ Daß es sich bei Tacitus um einen antiken Autor handelt, ist für Krohn und Bacmeister unprob-

⁵⁷⁸ Christoph Lehmann, *Chronica der freyen Reichs-Statt Speyer*, Frankfurt am Main 1662, 4. Buch, 21. Kapitel (S. 337).

⁵⁷⁹ Willoweit (wie Fn. 573), S. 238.

⁵⁸⁰ Stryk (wie Fn. 373), Einleitung § 31 (S. 24f.).

⁵⁸¹ Christian Thomasius, *Notae ad Sincerum*, in: Johann Georg von Kulpis (unter dem Synonym Conrad Sincerus), *De Germanicarum legum veterum, ac Romani iuris in republica nostra origine, autoritateque praesenti dissertatio epistolica*, o.O. 1682; Anmerkung 55 (S. 109); dazu: Oestmann (wie Fn. 217), S. 340f.

⁵⁸² Willoweit (wie Fn. 573), S. 238.

⁵⁸³ Schilter (wie Fn. 373), 12. Exercitation, § 11 (S. 387); zu diesem Themenkreis auch: Gerhard Wesenberg und Gunter Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, 4. Auflage, Wien/Köln/Graz 1985, § 17 VIII (S. 117), sowie: Klaus Luig, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, Ius Commune*, 3. Band (1970), S. 64-97, S. 78ff.; zum Begriff des gemeinen Rechts auch Krohn: S. 53.

⁵⁸⁴ Willoweit (wie Fn. 573), S. 239.

⁵⁸⁵ Zu Tacitus bei Krohn und Bacmeister bereits: S. 105 und S. 114; zu Tacitus bei Grotius: S. 94.

lematisch.⁵⁸⁶ Nach Tacitus erben nach den Kindern des Erblassers dessen Brüder und Onkel sowohl auf der Seite des Vaters als auch auf der Seite der Mutter.⁵⁸⁷ Bacmeister versteht die Formulierung ‚proximus gradus in possessione‘ so, daß hiermit der Nachlaßbesitz der prätorischen Erbfolge gemeint sei.⁵⁸⁸ In der prätorischen Erbfolge seien vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten aber nicht bevorzugt worden. Wäre dies bei den Germanen anders gewesen, hätte Tacitus darauf sicher hingewiesen. Gegen eine solche Schlußfolgerung verwahrt sich Krohn und führt aus, daß sich Tacitus zu der Frage, ob bei den Germanen vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht gehabt hätten, gar nicht äußere.⁵⁸⁹ Für Krohn ist damit aber nicht ausgeschlossen, daß es ein solches Vorrecht gegeben habe. Dies gilt nach Krohn auch für Bacmeisters Vermutung, daß sich Tacitus auf die prätorische Erbfolge bezogen habe. Tacitus schreibe lediglich, daß die Kinder des Erblassers bei der Erbfolge an erster, die Brüder des Erblassers an zweiter und die Onkel an dritter Stelle stünden.⁵⁹⁰ Tacitus sei es nicht um die Erbfolge derjenigen gegangen, die mit dem Erblasser gleich nahe verwandt gewesen seien, weil Tacitus sonst auch die Schwestern hätte erwähnen müssen. Krohn glaubt, Tacitus habe nur beschreiben wollen, wie zunächst die Verwandten beider Seiten, dann die Verwandten väterlicher Seite und schließlich die Verwandten mütterlicher Seite geerbt hätten.

2. Die germanischen Stammesrechte

Ein großer Teil der Auseinandersetzung um die alten Rechte betrifft die germanischen Stammesrechte. Auch hier sind Krohn und Bacmeister ganz unterschiedlicher Auffassung. Bacmeister führt aus, auch in den ältesten deutschen Rechten finde sich nichts von einem Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegen-

⁵⁸⁶ Zu Tacitus in verfassungsgeschichtlichem Zusammenhang: Dietmar Willoweit, Von der alten deutschen Freiheit. Zur verfassungsgeschichtlichen Bedeutung der Tacitus-Rezeption, in: Vom normativen Wandel des Politischen. Rechts- und staatsphilosophisches Kolloquium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Hans Ryffel (hg. von Erk Volkmar Heyen), Berlin 1984, S. 17-42.

⁵⁸⁷ Zu Tacitus, *Germania*, 20, 3: Fn. 475.

⁵⁸⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 423ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 6. Kapitel (S. 23f.); zur prätorischen Erbfolge: S. 74.

⁵⁸⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 868ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 16 (S. 124f.).

⁵⁹⁰ Zur Frage, ob der Stelle das Parentelensystem zugrundliegt: Hans Georg Mertens, Überlegungen zur Herkunft des Parentelensystems, SZ (Germ. Abt.), 90. Band (1973), S. 149-164, S. 151.

über halbblütigen Verwandten bei der Erbfolge, und nennt an erster Stelle die Lex Salica.⁵⁹¹ Hingegen seien in der Lex Wisigothorum, wie sie bei Johann Gottlieb Heineccius abgedruckt sei, halbblütige Verwandte gegenüber vollblütigen Verwandten zwar nicht gleichberechtigt gewesen, hätten aber wenigstens das Vermögen ihrer leiblichen Eltern geerbt.⁵⁹²

Krohn spannt einen weiten Bogen ausgehend von der mittelalterlichen Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten von Vermögen und der damit verbundenen unterschiedlichen erbrechtlichen Behandlung männlicher und weiblicher Verwandter hin zur Unterscheidung zwischen vollblütigen und halbblütigen Verwandten. Mit seiner Unterscheidung zwischen drei Arten von Vermögen, die es nach seiner Ansicht bei den deutschen Vorfahren gab, bezieht sich Krohn auf die das Mittelalter prägende Aufspaltung des Nachlasses in verschiedene Teile, die jeweils nach eigenen Regeln vererbt wurden.⁵⁹³ Auch beim römischen Recht geht Krohn hierauf ein.⁵⁹⁴ Dabei reichte die erbrechtliche Unterscheidung zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen besonders weit zurück. Krohn greift dies auf und nennt als erste Vermögensart das Land.⁵⁹⁵ Mit Zitaten von Caesar sowie Tacitus spricht Krohn zugleich die anfänglich nur zeitweilige Aneignung des Landes durch die einzelnen Familien an.⁵⁹⁶ Auch später sei das Land wegen der daraus zu leistenden Kriegsdienste und der Hindernisse bei der Veräußerung an fremde Familien in gewisser Hinsicht gebunden geblieben.⁵⁹⁷ Als zweite Vermögensart nennt Krohn das Allod. Dieses habe zunächst überwiegend aus beweglichem Vermögen bestanden und sei an die eigenen Kinder weitergegeben worden. Solange die deutschen Vorfahren jedoch keinen Handel betrieben und keine Städte errichtet hätten, habe das Allod keine große Bedeutung gehabt, sondern habe lediglich in etwas Vieh

⁵⁹¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 435ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 6. Kapitel (S. 28).

⁵⁹² 4. Buch, 2. Titel, § 5 Lex Wisigothorum (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 1956).

⁵⁹³ Zur Speziälsukzession: Floßmann (wie Fn. 39), S. 321f.

⁵⁹⁴ Dazu: S. 78.

⁵⁹⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 794ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 3 (S. 97ff.).

⁵⁹⁶ Gaius Iulius Caesar, Der Gallische Krieg (hg. von Georg Dorminger), München 1962, 6, 22, 2: „(...) sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum quique una coierunt, quantum et quo loco visum est agri, (...)“; Tacitus (wie Fn. 400), Germania, 26, 2: „agri pro numero cultorum ab universis +vices+ occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur. facilitatem partiendi camporum spatia praestant.“

⁵⁹⁷ Zur Vermögensbindung bereits: S. 107.

bestanden. Krohn beruft sich dazu erneut auf Caesar.⁵⁹⁸ Etwas anderes habe für diejenigen gegolten, die sich in Gallien und anderen römischen Provinzen niedergelassen hätten. Als schließlich alle deutschen Vorfahren Handel betrieben sowie Städte errichtet und auf diese Weise die Möglichkeit erlangt hätten, etwas zu erwerben, sei das neu erworbene Vermögen als dritte Vermögensart hinzugekommen.

Diese Unterscheidung ist für Krohn wegen der damit verbundenen unterschiedlichen erbrechtlichen Behandlung männlicher und weiblicher Verwandter wichtig. Krohn zitiert dazu jeweils aus einer Vielzahl von Stammesrechten oder verweist darauf. Krohn schreibt, beim Land seien die Frauen und die von Frauen abstammenden Personen von der Erbfolge mehr oder weniger ausgeschlossen gewesen, während die agnatischen Verwandten das Land immer allein geerbt hätten.⁵⁹⁹ Anders sei es beim Allod gewesen. So hätten bei den Franken zumindest die nahen weiblichen Verwandten auch das Allod geerbt.⁶⁰⁰ Bei den Sachsen und anderen Stämmen, die nichts außer ihrem Land sowie einigen Knechten und Vieh besessen hätten, sei hingegen zwischen dem Land und dem

⁵⁹⁸ Caesar (wie Fn. 596), 4, 1, 8 (S. 144): „neque multum frumento, sed maximam partem lacte atque pecore vivunt (...)”.

⁵⁹⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 801ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, §§ 4-6 (S. 100ff.); 62. Titel, § 6, Lex Salica: „De terra vero Salica nulla portio haereditatis mulieri veniat: sed ad virilem sexum tota terrae haereditas perveniat.”; 56. Titel, § 4, Lex Ripuariorum: „Sed cum virilis sexus extiterit, femina in hereditatem aviaticam non succedat.”; 6. Titel, § 1 Lex Angliorum et Werinorum: „Hereditatem defuncti filius, non filia suscipiat. Si filium non habuit qui defunctus est, ad filiam pecunia et mancipia terra vero ad proximum paterna generationis consanguineum pertineat.”; 7. Titel, §§ 1 und 8 Lex Saxonum; 57. Titel Lex Alamannorum; 14. Titel, § 1 Lex Burgundionum; 14. Titel, 8. Kapitel, § 1 Lex Baiuvariorum; 1. Buch, 1. Kapitel, § 1 Leges Liutprandi (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 124, Sp. 167, Sp. 448, Sp. 459f., Sp. 220, Sp. 350, Sp. 308f. und Sp. 1029); zur erbrechtlichen Benachteiligung der Frau: Floßmann (wie Fn. 39), S. 322.

⁶⁰⁰ 62. Titel, §§ 1, 2 und 5 Lex Salica: „Si quis homo mortuus fuerit, et filios non dimiserit, si pater aut mater superfuerint, ipsi in haereditatem succedant.“ (§ 1), „Si pater aut mater non superfuerint, et fratres vel sorores reliquerit, ipsi haereditatem obtineant.“ (§ 2) und „Si autem nulli horum fuerint, quicumque proximiores fuerint de paterna generatione ipsi in haereditatem succedant.“ (§ 5); 56. Titel, §§ 1, 2, 3 und 4 Lex Ripuariorum: „Si quis absque liberis defunctus fuerit, si pater materque supersites fuerint, in hereditatem succedant.“ (§ 1), „Si pater materque non fuerint, frater et soror succedant.“ (§ 2), „Si autem nec eos habuerit, tunc soror matris patrisque succedant. Et deinceps usque ad quintum genuculum, qui proximus fuerit, in haereditatem succedat.“ (§ 3), „Sed cum virilis sexus extiterit, femina in hereditatem aviaticam non succedat.“ (§ 4) (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 122ff. und Sp. 167).

Allod nicht einmal unterschieden, sondern sei unter ‚hereditas‘ anscheinend beides verstanden worden.⁶⁰¹ Das neu erworbene Vermögen hätten weibliche Verwandte hingegen gleichermaßen geerbt wie männliche Verwandte. Teilweise seien jene gegenüber diesen sogar bevorzugt worden.⁶⁰² Krohn merkt mit Hinweis auf Johann Gottlieb Heineccius an, der in diesen Rechten erwähnte persönliche Nachlaß weiblicher Erblasser habe sich bereits auf die Gerade des sächsischen Rechts bezogen.⁶⁰³ Zur Gerade gehörten Kleidung, Schmuck und Haushaltsgegenstände der Frau. Die Gerade war das Gegenstück zur Kriegsausrüstung des Mannes, dem Heergerät.⁶⁰⁴

Krohn faßt zusammen, die Erbfolge bei den deutschen Vorfahren sei, abgesehen vom neu erworbenen Vermögen, eine lineare Erbfolge der agnatischen Verwandten gewesen.⁶⁰⁵ So wie bei den Franken, wo die Schwestern des Erblassers das Allod hätten erben können, seien aber nach und nach auch bei den anderen Stämmen die weiblichen Verwandten zur Erbfolge zugelassen worden. Dabei hätten diese Stämme genauso wie die Franken erkannt, daß bei der Erbfolge zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten zu unterscheiden sei. An dieser Stelle wird deutlich, wie schnell Krohn von der besonderen Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern, die Krohn hier im Detail nicht weiter begründet, auf die allgemeine Unterscheidung zwi-

⁶⁰¹ 6. Titel, §§ 1, 2, 3, 4 und 8 Lex Angliorum et Werinorum: „Hereditatem defuncti filius, non filia suscipiat. Si filium non habuit (...), ad filiam pecunia et mancipia (...) pertineat.“ (§ 1), „Si autem nec filiam habuit, soror eius pecuniam et mancipia (...) accipiat.“ (§ 2), „Si (...) nec (...) sororem habuit, sed matrem tantum superstitem reliquit (...), mater suscipiat, (...)“ (§ 3), „Quod si nec filium, nec filiam, nec sororem, aut matrem dimisit superstites, proximus qui fuerit paternae generationis, heres ex toto succedat, tam in pecunia atque mancipiis, quam in terra.“ (§ 4), „Vsque ad quintam generationem paterna generatio succedat. Post quintam autem filia ex toto, siue de patris siue matris parte, in haereditatem succedat, et tunc demum hereditas ad fustum a lancea transeat.“ (§ 8); 7. Titel, §§ 1, 5 und 8 Lex Saxonum; 57. Titel Lex Alamannorum; 14. Titel, § 1 Lex Burgundionum; 14. Titel, 8. Kapitel, § 1 Lex Baiuvariorum; 1. Buch, 1. Kapitel, § 1 Leges Liutprandi (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 350, Sp. 308f., Sp. 1029, Sp. 448f., Sp. 459f. und Sp. 220).

⁶⁰² 6. Titel, § 6 Lex Angliorum et Werinorum: „Mater moriens filio terram, mancipia, pecuniam dimittat, filiae vero spolia colli, id est muronas, nuscas, monilia, inaures, vestes, armillas, vel quidquid ornamenti proprii videbatur habuisse.“ (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 449).

⁶⁰³ Heineccius (wie Fn. 268), 2. Buch, 9. Titel, § 224 (S. 533f.).

⁶⁰⁴ Zu Gerade und Heergerät bereits: S. 77.

⁶⁰⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 813ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, §§ 7 und 8 (S. 104ff.).

schen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten übergeht. Als Motiv für diese erbrechtliche Unterscheidung nennt Krohn, daß die agnatischen Verwandten nicht zuviel hätten einbüßen sollen. Eine parallele Argumentation findet sich beim römischen Recht.⁶⁰⁶ Zu dem möglichen Einwand, daß zu den agnatischen Verwandten auch halbbürtige Verwandte gehört hätten, die sowohl beim Land als auch beim Allod gegenüber den vollbürtigen Verwandten gleichberechtigt gewesen seien, äußert Krohn, daß die halbbürtigen agnatischen Verwandten damit zufrieden gewesen seien, wenigstens beim Land, aus dem später das Lehen entstanden sei, dieselben Rechte wie die vollbürtigen agnatischen Verwandten zu behalten. Diese Entwicklung wiederum zeigt für Krohn, wie es beim Land bzw. beim Lehen sowie zum Teil auch beim Allod dazu gekommen sei, daß das mütterliche Vermögen diejenigen geerbt hätten, die der mütterlichen Linie, das väterliche Vermögen hingegen diejenigen, die der väterlichen Linie angehört hätten.⁶⁰⁷ Krohn bezieht sich damit auf das Fallrecht (*ius recedentiae*) und die Formel ‚*paterna paternis, materna maternis*‘.⁶⁰⁸ Die Erbfolge nach Linien und die Trennung von väterlichem und mütterlichem Vermögen habe schließlich für alle Vermögensarten gegolten mit der Folge, daß halbbürtige Verwandte entweder das väterliche oder das mütterliche Vermögen erhalten hätten, aber dann, wenn zugleich vollbürtige Verwandte vorhanden gewesen seien, diese entweder dessen halbbürtige Verwandte jeweils von der Erbfolge ganz ausgeschlossen oder die eine Hälfte sowohl des väterlichen als auch des mütterlichen Vermögens allein geerbt und sich die andere Hälfte mit den halbbürtigen Verwandten des Erblassers geteilt hätten.

Von einer erbrechtlichen Bevorzugung vollbürtiger Verwandter bereits im fränkischen Recht ist Krohn überzeugt.⁶⁰⁹ Dies habe freilich nur für das Allod und das neu erworbene Vermögen gegolten, weil es beim Land lediglich auf die agnatische Verwandtschaft angekommen sei. Dazu zitiert Krohn die §§ 1 bis 5 des 62. Titels der *Lex Salica*, der sich mit dem Allod beschäftigt.⁶¹⁰ Kin-

⁶⁰⁶ Dazu: S. 82.

⁶⁰⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 820ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 9 (S. 107f.).

⁶⁰⁸ Zur Herkunft des Vermögens als erbrechtliches Prinzip: Floßmann (wie Fn. 39), S. 323.

⁶⁰⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 828ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, §§ 11-13 (S. 110ff.).

⁶¹⁰ 62. Titel, §§ 1-5 *Lex Salica*: „*Quod si nec isti fuerint, sorores patris in haereditatem eius succedant.*“ (§ 3) und „*Si vero sorores patris non extiterint, sorores matris eius*“

der seien nach § 1 an erster Stelle zur Erbfolge berufen gewesen. Daß sich § 1 nicht nur auf Söhne, sondern auch auf Töchter beziehe, will Krohn mit einem Vergleich mit der Lex Wisigothorum zeigen. Diese beziehe sich in § 5 des 2. Titels des 4. Buches bei den Geschwistern ebenfalls sowohl auf Söhne als auch auf Töchter der Eltern, nenne aber nur die Söhne.⁶¹¹ An zweiter Stelle hätten nach § 1 die Eltern und an dritter Stelle nach § 2 die Geschwister gestanden. Anschließend hätten nach § 5 die nächsten Verwandten geerbt. Wichtig ist für Krohn, daß die weiblichen Verwandten, wie andere Stellen zeigten, beim Allod immer erst nach den männlichen Verwandten geerbt hätten. Krohn beruft sich dazu auf Johann Gottlieb Heineccius.⁶¹² Andere weibliche Verwandte als Töchter, die Mutter oder Schwestern hätten, von den Tanten abgesehen, beim Allod überhaupt kein Erbrecht gehabt. Dies sei bei der Auslegung der §§ 3 und 4 zu berücksichtigen, die Krohn nach den §§ 1, 2 und 5 behandelt. § 3 erwähne nur die Schwestern des Vaters, § 4 nur die Schwestern der Mutter. Es stelle sich aber die Frage, warum die halbbürtigen Schwestern des Erblassers im 62. Titel der Lex Salica nicht genannt seien, denn diese müßten eigentlich genannt sein. Wären sie bereits von § 2 erfaßt und bezögen sich die §§ 3 und 4 tatsächlich auf die Schwestern der Eltern des Erblassers, wären immer noch die Söhne der Brüder des Erblassers, dessen Onkel und andere nicht erwähnt. Diese wären erst von § 5 erfaßt, obwohl sie doch gegenüber den im 62. Titel der Lex Salica genannten gleich nahen weiblichen Verwandten ein Vorrecht haben müßten. Sie würden erst nach den in §§ 3 und 4 genannten Schwestern der Eltern des Erblassers erben. Für Krohn können die §§ 3 und 4 deswegen ausschließlich in dem Sinne verstanden werden, daß diese das Erbrecht halbbürtiger Schwestern regelten. Dadurch werde auch Übereinstimmung mit § 5 hergestellt, wonach außer Töchtern, der Mutter oder Schwestern nur Verwandte väterlicherseits ge-

haereditatem sibi vendicent.” (§ 4) (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 122); zu §§ 1, 2 und 5: Fn. 600.

⁶¹¹ 4. Buch, 2. Titel, § 5 Lex Wisigothorum: „Qvi fratres tantummodo et sorores relinquit, in eius hereditate fratres et sorores aequaliter succedant: si tamen vnus patris et matris filii esse videantur. Nam si de alio patre vel de alia matre, alii esse noscuntur, vnusquisque fratris sui aut sororis, qui ex vno patre aut ex vna matre sunt geniti, sequantur hereditatem. Filii tamen qui ex diuersis patribus, et vna matre sunt geniti, ad accipiendam maternam facultatem aequali successione deueniant. Similiter quoque hi, qui de diuersis matribus et vno patre oriuntur, diuisionis ordinem teneant.“ (§ 5) (zum Text, Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 1956).

⁶¹² Heineccius (wie Fn. 268), 2. Buch, 9. Titel, §§ 218, 219 und 220 (S. 528ff.).

erbt hätten. Auf diese Weise kommt Krohn zu dem Zwischenergebnis, daß vollbürtige Schwestern im 62. Titel der Lex Salica vor halbbürtigen Schwestern zur Erbfolge berufen gewesen seien. Damit ist für Krohn aber auch klar, daß die Lex Salica eine unbeschränkte Bevorzugung vollbürtiger Verwandter enthalten habe. Seine Erläuterung ergänzt Krohn um einen Vergleich mit der Lex Wisigothorum, die unter Brüder und Schwestern des Vaters oder der Mutter des Erblassers ebenfalls nicht dessen Onkel und Tanten verstehe, sondern dessen halbbürtige Geschwister. Krohn zitiert dazu aus den §§ 1 bis 3 des 1. Titels des 4. Buches der Lex Wisigothorum.⁶¹³ Brüder und Schwestern des Vaters oder der Mutter seien in § 2 bei den Verwandten zweiten Grades genannt, während in § 3 Onkel und Tanten als Verwandte dritten Grades bezeichnet seien. In diesem Sinne versteht Krohn auch § 3 des 56. Titels der Lex Ripuariorum.⁶¹⁴ Die Lex Wisigothorum habe hingegen in § 5 des 2. Titels des 4. Buches ausdrücklich ein Vorrecht vollbürtiger Geschwister vor halbbürtigen Geschwistern des Erblassers geregelt.⁶¹⁵ Das von Bacmeister erwähnte Erbrecht halbbürtiger Geschwister habe nur in dem Fall gegolten, daß der Erblasser keine vollbürtigen Geschwister hinterlassen habe.

Krohn will auch die übrigen germanischen Stammesrechte einbeziehen und führt aus, zwischen der Lex Salica und der Lex Ripuariorum einerseits und anderen Stammesrechten wie der Lex Angliorum et Werinorum bestehe insofern Übereinstimmung, als bei der Erbfolge in das Land männliche Verwandte weibliche Verwandte ausgeschlossen hätten.⁶¹⁶ Beim Allod hätten männliche Verwandte vor gleich nahen weiblichen Verwandten geerbt, wozu Krohn unter

⁶¹³ 4. Buch, 1. Titel, §§ 1-3 Lex Wisigothorum: „Primo gradu continentur superiori linea, pater, mater: inferiori, filius, filia: quibus nullae aliae personae iunguntur.“ (§ 1), „Secundo gradu continentur superiori linea, auus, auia: inferiori, nepos, neptis: transuersa, frater et soror. Quae personae duplicantur. Auus enim et auia, tam ex patre quam ex matre: nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia: frater et soror, tam ex patre quam ex matre accipiuntur. (...) Et istae personae in secundo gradu ideo duplices appellantur, quia duo aui, et paternus et maternus: item duo genera nepotum sunt, siue ex filio siue ex filia procreati (...)“ (§ 2), „Tertio gradu veniunt supra, proauus, proauia; infra, pronepos, proneptis: ex obliquo, fratris sororisque filius, filia: patruus et amita, id est, patris frater et soror: auunculus et matertera, id est, matris frater et soror.“ (§ 3) (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 1953).

⁶¹⁴ Zu 56. Titel, § 3 Lex Ripuariorum: Fn. 600.

⁶¹⁵ Zu 4. Buch, 2. Titel, § 5 Lex Wisigothorum: Fn. 611.

⁶¹⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 851ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 14 (S. 118ff.); Krohn nennt hier: Lex Angliorum et Werinorum, Lex Saxonum, Lex Baiuvariorum, Leges Longobardorum, Lex Burgundionum und Lex Alamannorum.

anderem aus der *Lex Angliorum et Werinorum* zitiert.⁶¹⁷ Krohn meint, daß dann, wenn in diesen wichtigen Punkten Übereinstimmung bestehe, es wahrscheinlich sei, daß dies auch in anderen Fragen der Fall sei. Zwar hätten die *Lex Angliorum et Werinorum* und andere die Frage nach dem Vorrecht vollbürtiger Verwandter nicht ausdrücklich geregelt. Für Krohn besteht aber kein Zweifel daran, daß gegenüber diesen Rechten, wo die Erbfolge der Seitenverwandten kaum oder überhaupt nicht geregelt gewesen sei, das fränkische Recht als subsidiäres Recht gegolten habe. Krohn sieht sich in seiner Auffassung dadurch bestätigt, daß diese Stammesrechte auf Veranlassung Karls des Großen und genau zu dem Zeitpunkt entstanden seien, als dieser auch die *Lex Salica* revidiert habe. Krohn nennt dazu unter anderem Hermann Conring und verweist zudem auf verschiedene Anhaltspunkte für eine Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen bzw. väterlichen und mütterlichen Verwandten in diesen Rechten.

3. Karl der Große und seine Nachkommen

Im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn läuft die juristische Auseinandersetzung überwiegend so ab, daß Krohn im ‚Versuch‘ mit einem bestimmten Ansatz für eine erbrechtliche Bevorzugung halbbürtiger Verwandter gegenüber vollbürtigen Verwandten argumentiert und Bacmeister in der ‚Wiederlegung‘ dazu Stellung nimmt. Bei der Geschichte von Karl dem Großen und seinen Nachkommen ist es ausnahmsweise umgekehrt, denn dieses Argument bringt nicht Krohn in die Diskussion ein, sondern Bacmeister.⁶¹⁸ Bacmeister schreibt, nach dem Tode Lothars II. hätten sich Ludwig der Deutsche, der vollbürtige Bruder Lothars I., des Vaters Lothars II., und Karl der Kahle, der halbbürtige Bruder Lothars I., das Erbe Lothars II. geteilt.⁶¹⁹ Zwar habe Ludwig der Deutsche seinen Anteil zunächst Kaiser Ludwig II., dem vollbürtigen Bruder Lothars II., überlassen, jenen Teil nach dessen Tode aber wieder übernommen. Die Frage nach einem Vorrecht Ludwigs des Deutschen gegenüber Karl dem

⁶¹⁷ 6. Titel, §§ 1-3 *Lex Angliorum et Werinorum* (dazu: Fn. 601); 7. Titel, § 5 *Lex Saxonum* (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 459f.); 14. Titel, 9. Kapitel, § 1 *Lex Baiuvariorum*: „De eo qui sine filiis et filiabus mortuus est, mulier accipiat portionem suam, dum viduitatem custodierit, id est, medietatem pecuniae. (...)“ (zum Text: Heineccius (wie Fn. 478), Sp. 309).

⁶¹⁸ So aber auch beim beibehaltenen Miteigentum als natürlichem Grund der Intestat-erbfolge dazu: S. 106.

⁶¹⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 439ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 6. Kapitel (S. 28f.).

Kahlen habe sich nicht gestellt. Vielmehr seien auch die Söhne Ludwigs des Deutschen mit dessen Anteil am Erbe Lothars II. zufrieden gewesen. Dies sei im Jahre 878 mit Ludwig dem Stammler, dem Sohn Karls des Kahlen, noch einmal bestätigt worden.

Bacmeister, der sich für seine Ausführungen auf Johann David Köhlers ‚Teutsche Reichs-Historie‘ stützt, bezieht sich auf die Teilung des fränkischen Reiches im 9. Jahrhundert.⁶²⁰ Karl der Große hatte seine Nachfolge in der *Divisio regnorum* von 806 geregelt.⁶²¹ Danach wäre das fränkische Reich nach dem Tode Karls des Großen unter dessen drei Söhnen Ludwig dem Frommen, Pippin und Karl aufgeteilt worden, während die Frage nach der an sich unteilbaren Kaiserwürde unbeantwortet blieb.⁶²² Weil aber Pippin und Karl noch vor ihrem Vater verstarben, bekam Ludwig der Fromme, der jüngste Sohn Karls des Großen, mit dessen Tode im Jahre 814 schließlich doch das gesamte fränkische Reich, nachdem er bereits im Jahre 813 zum Mitkaiser ernannt worden war. Ludwig der Fromme selbst regelte seine Nachfolge in der *Ordinatio imperii* von 817.⁶²³ Danach wäre Lothar I., der älteste Sohn Ludwigs des Frommen, Kaiser des gesamten fränkischen Reiches geworden, wohingegen die beiden jüngeren Brüder Lothars I., Pippin und Ludwig der Deutsche, lediglich als Könige Teile des Reiches erhalten hätten.⁶²⁴ Im Jahre 829 schuf Ludwig der Fromme für Karl den Kahlen, seinem Sohn aus zweiter Ehe, ein weiteres Teilreich, was der Ausgangspunkt diverser Streitigkeiten unter Ludwig dem Frommen und dessen Söhnen war.⁶²⁵ Diese wurden, nachdem Ludwig der Fromme und dessen Sohn Pippin verstorben waren, im Vertrag von Verdun

⁶²⁰ Johann David Köhler, *Kurzgefaßte und gründliche teutsche Reichs-Historie vom Anfang des Teutschen Reichs mit Ludwigen dem Teutschen biß auf den Badenschen Frieden*, Frankfurt am Main 1737, S. 36, S. 39 und S. 40.

⁶²¹ Zur *Divisio regnorum*: Josef Fleckenstein, Stichwort ‚*Divisio regnorum* v. 806‘, in: *Lexikon des Mittelalters*, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 3. Band, Sp. 1133f.

⁶²² Zu Ludwig dem Frommen: Josef Fleckenstein, Stichwort ‚L. (I.) der Fromme‘, in: *Lexikon des Mittelalters* (wie Fn. 621), 5. Band, Sp. 2171f.

⁶²³ Zur *Ordinatio imperii*: Josef Fleckenstein, Stichwort ‚*Ordinatio imperii* v. 817‘, in: *Lexikon des Mittelalters* (wie Fn. 621), 6. Band, Sp. 1434f.

⁶²⁴ Zu Lothar I.: Hans-Werner Goetz, Stichwort ‚L. I.‘, in: *Lexikon des Mittelalters* (wie Fn. 621), 5. Band, Sp. 2123f.

⁶²⁵ Zu Karl dem Kahlen: Berd Schneidmüller, Stichwort ‚K. (II.) der Kahle‘, in: *Lexikon des Mittelalters* (wie Fn. 621), 5. Band, Sp. 967f.

von 843 beigelegt.⁶²⁶ Im Gegensatz zur *Ordinatio imperii*, in der die Kaiserwürde noch mit der Herrschaft über das gesamte fränkische Reich verknüpft gewesen war, führte der Vertrag von Verdun zu einer echten Teilung des fränkischen Reiches. Während Ludwig der Deutsche das ostfränkische Reich und Karl der Kahle das westfränkische Reich erhielten, wurde Lothar I. Kaiser und bekam das sog. Mittelreich.⁶²⁷ Dieses wurde allerdings im Jahre 855, kurz vor dem Tode Lothars I., im Rahmen der sog. Prümer Teilung unter dessen Söhnen Lothar II., Ludwig II. und Karl aufgeteilt, dessen Anteil sich nach dem Tode Karls im Jahre 863 wiederum Lothar II. und Ludwig II., der mit dem Tode Lothars I. auch Kaiser geworden war, teilten.⁶²⁸ Nachdem im Jahre 869 auch Lothar II. gestorben war, versuchte Karl der Kahle, sich das gesamte von Lothar II. hinterlassene Lothringen anzueignen, konnte sich gegenüber Ludwig dem Deutschen aber nicht durchsetzen. Im Vertrag von Meerssen von 870 teilten sich Ludwig der Deutsche und Karl der Kahle das von Lothar II. hinterlassene Lothringen.⁶²⁹ Auf diesen Vertrag bezieht sich Bacmeister. Nach dem Tode Ludwigs II. im Jahre 875 erlangte Karl der Kahle die Herrschaft über das von Ludwig II. hinterlassene Italien und wurde Kaiser.⁶³⁰ Als Karl der Kahle nach dem Tode Ludwigs des Deutschen im Jahre 876 auch noch versuchte, denjenigen Teil Lothringens zu erlangen, den Ludwig der Deutsche im Vertrag von Meerssen erhalten hatte, wurde Karl der Kahle in der Schlacht bei Andernach im Jahre 876 von Ludwig dem Jüngeren, dem Sohn Ludwigs des Deutschen, geschlagen.⁶³¹ Bei einem Treffen in Fauron im Jahre 878 suchten Ludwig der Stammler, der Sohn Karls des Kahlen, und Ludwig der Jüngere einen Aus-

⁶²⁶ Zum Vertrag von Verdun: Bernd Schneidmüller, Stichwort ‚Verdun, Vertrag v.‘, in: *Lexikon des Mittelalters*, 7.-9. Band, München 1995-1998, 8. Band, Sp. 1509-1511.

⁶²⁷ Zu Ludwig dem Deutschen: Wilhelm Störmer, Stichwort ‚L. II. d. Deutsche‘, in: *Lexikon des Mittelalters* (wie Fn. 621), 5. Band, Sp. 2172-2174.

⁶²⁸ Zu Lothar II.: Hans-Werner Goetz, Stichwort ‚L. II.‘, in: *Lexikon des Mittelalters* (wie Fn. 621), 5. Band, Sp. 2124f.

⁶²⁹ Zum Vertrag von Meerssen: Bernd Schneidmüller, Stichwort ‚Meerssen, Vertrag v.‘, in: *Lexikon des Mittelalters* (wie Fn. 621), 6. Band, Sp. 466.

⁶³⁰ Zu Ludwig II.: Herbert Zielinski, Stichwort ‚L. II.‘, in: *Lexikon des Mittelalters* (wie Fn. 621), 5. Band, Sp. 2177.

⁶³¹ Zur Schlacht bei Andernach: Karl F. Werner, Stichwort ‚Andernach, Schlacht bei‘, in: *Lexikon des Mittelalters* (wie Fn. 621), 1. Band, Sp. 596f.; zu Ludwig dem Jüngeren: Bernd Schneidmüller, Stichwort ‚L. III. d. Jüngere‘, in: *Lexikon des Mittelalters* (wie Fn. 621), 5. Band, Sp. 2174f.

gleich auch über Italien und die Teilung Lothringens.⁶³² Hierauf bezieht sich Bacmeister ebenfalls. Im Vertrag von Ribémont von 880 erhielt Ludwig der Jüngere aber schließlich auch noch denjenigen Teil Lothringens, den im Vertrag von Meerssen zunächst Karl der Kahle erhalten hatte.⁶³³

Für Bacmeister ist die Geschichte von den fränkischen Königen ein Nachweis dafür, daß „in den älteren Zeiten, in welchen die unvermischten Teutschen Gesetze zu suchen“ seien, halbbürtige und vollbürtige Verwandte bei der Erbfolge gleichberechtigt gewesen seien.⁶³⁴ Dies zeige auch, weshalb sich später, als vollbürtige Geschwister und deren Kinder gegenüber halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern ein Vorrecht bei der Erbfolge gehabt hätten, zahlreiche Fragen gestellt hätten. Dazu habe die Frage gehört, ob ein halbbürtiger Bruder ein Kind eines vollbürtigen Bruders, ob ein halbbürtiger Bruder des Vaters ein Kind einer vollbürtigen Schwester des Vaters und ob ein Sohn eines halbbürtigen Bruders einen Sohn einer Schwester der Mutter oder des Vaters ausschließen. Denn diejenigen Bestimmungen, wonach vollbürtige Geschwister und deren Kinder gegenüber halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern ein Vorrecht gehabt hätten, seien aus dem römischen Recht übernommen worden. Nach Bacmeisters Ansicht können jene Fragen deswegen im Gegensatz zur Auffassung Krohns nicht aus den alten Rechten heraus beantwortet werden.

Krohn wirft Bacmeister vor, die Geschichte von Karl dem Großen und seinen Nachkommen falsch erzählt zu haben.⁶³⁵ Wenn Bacmeister jene richtig erzählt hätte, wäre für die Frage der Erbfolge das Recht der agnatischen Verwandtschaft entscheidend gewesen. Dieses hätten als agnatische Verwandte Lothars II. sowohl Karl der Kahle, der halbbürtige Bruder Lothars I., des Vaters Lothars II., als auch Ludwig der Deutsche, der vollbürtige Bruder Lothars I., gehabt. Karl der Kahle als halbbürtiger Verwandter Lothars II. habe seinen Teil Lothringens lediglich faktisch erlangt. Als Lothar II. im Jahre 869 verstorben sei, habe dessen vollbürtiger Bruder Kaiser Ludwig II. noch gelebt. Dieser wäre eigentlich zur Erbfolge berufen gewesen. Krohn zitiert dazu aus einer der kirchengeschichtlichen Schriften des französischen Jesuiten Jacques

⁶³² Zum Treffen in Fournon: Bernd Schneidmüller, Stichwort ‚L. (II.) ‚der Stammler‘‘, in: Lexikon des Mittelalters (wie Fn. 621), 5. Band, Sp. 2175f.

⁶³³ Zur Vertrag von Ribémont: Adelheid Krahn, Stichwort ‚Ribémont, Vertrag v.‘, in: Lexikon des Mittelalters (wie Fn. 626), 7. Band, Sp. 805.

⁶³⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 441ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 6. Kapitel (S. 29f.).

⁶³⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 936ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 21 (S. 148ff.).

Sirmond.⁶³⁶ An der Stelle von Kaiser Ludwig II. habe allerdings Karl der Kahle versucht, sich das Erbe Lothars II. gewaltsam anzueignen. Während Kaiser Ludwig II. zu schwach gewesen sei, um Karl den Kahlen von dessen Versuch abzuhalten, habe Ludwig der Deutsche Karl den Kahlen für den Fall, daß sich dieser nicht aus Lothringen zurückziehen würde, mit Krieg gedroht, wozu Krohn unter anderem aus den ‚Annales Bertiniani‘ zitiert.⁶³⁷ Dies habe dazu geführt, daß Karl der Kahle das Erbe Lothars II. im Jahre 870 mit Ludwig dem Deutschen geteilt habe, wozu Krohn diesmal auf Simon Friedrich Hahn verweist.⁶³⁸ Mit einem erneuten Hinweis auf Hahn erklärt Krohn, Ludwig der Deutsche habe seinen Teil aber gerechterweise Kaiser Ludwig II. überlassen, der sich anschließend in Rom nochmals zum Kaiser krönen und zum rechtmäßigen Erben Lothars II. erklären lassen habe.⁶³⁹ Nach dem Tode Kaiser Ludwigs II. im Jahre 875 habe Ludwig der Deutsche jenen Teil wieder übernommen und nach dessen eigenem Tode im Jahre 876 sei jener Teil wiederum auf dessen mittleren Sohn Ludwig den Jüngeren übergegangen. Krohn zitiert dazu aus Regino von Prüms ‚Chronicon‘.⁶⁴⁰ Daraufhin habe Karl der Kahle wiederholt versucht, sich denjenigen Teil Lothringens anzueignen, den im Jahre 870 Ludwig der Deutsche bekommen habe, und sich dabei darauf berufen, daß er das Erbe Lothars II. zwar mit Ludwig dem Deutschen, jedoch nicht mit dessen Söhnen geteilt habe. Nachdem auch Feuer- und Wasserproben Ludwigs des Jüngeren zu keinem anderen Ergebnis geführt hätten, habe dieser nicht nur Ludwig den Stammler, den Sohn des inzwischen verstorbenen Karl des Kahlen, besiegt, und

⁶³⁶ Jacques Sirmond, *Concilia antiqua Galliae*, 3. Band, Neudruck der Ausgabe Paris 1629, Aalen 1970, S. 379 (Hadriani II. Papae Epistola XIV.): „(...) Quoniam ipsi et paterno et hereditario iure secundum legem et rationem hoc regnum debetur, et per paternae hereditatis successionem summopere pertinet: (...)”.

⁶³⁷ *Annales Bertiniani* (hg. von Georg Waitz), S. 108: „Et insperate a fratre suo Hludowico Germaniae rege sibi nunciantes missos accepit, ut, si quantocius Aquis non egrederetur et regnum quondam Hlotharii penitus non desereret idemque regnum, sicut Hlotharii homines tempore obitus eius habebant, eis tenere pacifice non concederet, sine ulla retractione illum bello appeteret.”.

⁶³⁸ Simon Hahn, *Vollständige Einleitung zu der teutschen Staats-, Reichs- und Kayser-Historie und dem daraus fließenden iure publico*, 1. Band, Halle/Leipzig 1721, 7. Kapitel, § 7 (S. 234ff.).

⁶³⁹ Hahn (wie Fn. 638), 7. Kapitel, § 7 (S. 234ff.) und § 8 (S. 237ff.).

⁶⁴⁰ Regino von Prüm, *Chronicon* (hg. von Friedrich Kurze), Hannover 1890, Annum 876. (p. 589/S. 112): „(...) fratres in loco, qui dicitur Sualifelt, et ibi diviserunt paternum regnum. (...) Ludowicus orientalem Franciam, Turingiam, Saxoniam, Friesiam et partem regni Lotharii: (...)”.

sich von diesem im Jahre 878 die bereits im Jahre 870 erfolgte Teilung des Erbes Lothars II. bestätigen, sondern sich im Jahre 879, nachdem auch Ludwig der Stammler verstorben sei, von dessen Söhnen Ludwig III. und Karlmann auch noch denjenigen Teil Lotharingens abtreten lassen, den im Jahre 870 Karl der Kahle erhalten habe. Krohn faßt zusammen, daß auf diese Weise die vollbürtigen Verwandten Lothars II. dessen gesamtes Erbe schließlich doch noch bekommen hätten.

Krohn ist der Ansicht, daß die Geschichte von Karl dem Großen und seinen Nachkommen allenfalls zeige, daß vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten schon immer ein Vorrecht gehabt hätten, nicht aber das Gegenteil hiervon.⁶⁴¹ Denn in der Geschichte von Karl dem Großen und seinen Nachkommen hätten die vollbürtigen Verwandten Lothars II. solange um ihr Recht gekämpft, bis sie dasjenige, was ihnen zunächst vorenthalten worden sei, endlich bekommen hätten.

4. Die alten Rechtsbücher

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung um die alten Rechte bei Krohn und Bacmeister steht der Sachsenspiegel.⁶⁴² Dies gilt zunächst für das berühmte, in Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I beschriebene Gliederbild, das am Bild des menschlichen Körpers und seiner Glieder die verwandtschaftlichen Beziehungen anschaulich macht.⁶⁴³ Während der Mann und die Frau im Haupt ste-

⁶⁴¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 952f. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 21 (S. 155).

⁶⁴² Zum Sachsenspiegel im Zusammenhang mit dem römischen Recht: S. 76 und S. 84.

⁶⁴³ Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I: „Nû merke wî ouch, wâr diu sibbe beginne unde wâr siu lende. In deme houbete is bescheyden man unde wîph zu stânde, die êleke unde echtleke zu samene komen sîn. In des halses lede die kindere, die âne zweiunge vater unde mûter geboren sîn. Is dâr zweiunge an, die ne mogen an eyne lede nicht bestân, unde schrikket an eyn ander let. Nemen zwêne brûdere zwô swestere, unde die dritte brûder eyn vremede wîph, ir kindere sîn doch glîke nâ, ir îslich des anderen erve zu nemene, ob sie evenburdich sîn. Ungetzweider brûder kint die stânt an deme lede, dâr schuldere unde arm zu samne gât; alsô tûd die swester kint. Diz is die êrste sibbetale die men zu mâtge rekenit: brûder kint unde swester kint. In deme elemboge stât diu andere; in deme lede der hant diu dritte; in deme êrsten lede des middelsten vingeres diu vierde; in deme anderen lede diu funfte; in deme dritten lede des vingeres diu seste. An deme seveden stât eyn nagel unde nicht eyn let, dar umme lendet dâr die sibbe unde heizet nagelmâtge. Diu zwischen deme nagele unde deme houbete sich zu der sibbe gestuppen mogen an glîker stat, die nement daz erve glîche. Die sich nâher zu der sibbe gestuppen mach, die nimt daz erve zuvoren.“ (zum Text: Sachsenspiegel (wie Fn. 322)).

hen, befinden sich deren gemeinschaftliche Kinder im Halsgelenk. Kinder, die nur vom Mann oder von der Frau abstammen, treten hingegen in ein anderes Glied. Am Schultergelenk haben die Kinder gemeinschaftlicher Kinder ihren Platz. Dies ist die erste Sippzahl des Sachsenspiegels. An den weiteren Gelenken folgen die übrigen Sippzahlen, d.h. die zweite Sippzahl am Ellenbogen, die dritte Sippzahl am Handgelenk, die vierte Sippzahl am ersten Glied des Mittelfingers, die fünfte Sippzahl am zweiten Glied, die sechste Sippzahl am dritten Glied und die siebte und letzte Sippzahl Nagel. Zugleich bestimmte Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I, daß diejenigen, die zwischen dem Nagel und dem Haupt an gleicher Stelle stehen, das Erbe zu gleichen Teilen nehmen, und ansonsten die Nähe zur Sippe entscheidet.

Wie das Gliederbild des Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I zu interpretieren ist, ist nicht ganz sicher. Es stellt sich die Frage, ob dem Sachsenpiegel das Parentelensystem zugrundeliegt oder nicht. Wird diese Frage bejaht, stellt sich die weitere Frage, ob das Gliederbild des Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I die erste Parentel darstellt und damit die Nachkommenschaft des Erblassers, der dann im Haupt stehen müßte, oder die zweite Parentel und damit die Nachkommenschaft der Eltern des Erblassers, die sich dann selbst im Haupt befinden müßten. Nach Ulrich Stutz bezog sich das Gliederbild auf die erste Parentel.⁶⁴⁴ Dafür spreche, daß Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I nicht Vater und Mutter, sondern Mann und Frau ins Haupt stelle.⁶⁴⁵ Nach Rudolf Sydow konnte das in Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I thematisierte Erbrecht nicht-gemeinschaftlicher Kinder hingegen erst in der zweiten Parentel interessant werden, weshalb das Gliederbild auch nur die zweite Parentel habe betreffen können.⁶⁴⁶ Würde Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I aber in diesem Sinne tatsächlich nur eine einzige Parentel abbilden, dann müßte auch das Verhältnis von Verwandten unterschiedlicher Parentelen erklärt werden. Andreas Heusler vertrat dazu, der Vorzug der nächsten Parentel habe außer jedem

⁶⁴⁴ Ulrich Stutz, *Das Verwandtschaftsbild des Sachsenspiegels und seine Bedeutung für die sächsische Erbfolgeordnung*, Breslau 1890, S. 36ff.

⁶⁴⁵ Stutz (wie Fn. 644), S. 38f.

⁶⁴⁶ Rudolf von Sydow, *Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücksicht auf die verwandten Quellen*, Berlin 1828, S. 123, Fn. 374.

Zweifel gestanden und habe nicht ausdrücklich erwähnt werden müssen.⁶⁴⁷ Ganz selbstverständlich ist dies jedoch nicht, denn neben dem Parentelensystem wurden auch andere Konstruktionen als mit dem Sachsenspiegel vereinbar angesehen.⁶⁴⁸ Nach Hermann Wasserschleben beruhte der Sachsenspiegel auf der Unterscheidung zwischen Deszendenten, Aszendenten und Seitenverwandten sowie deren sukzessiven Berufung zur Erbfolge.⁶⁴⁹ Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I beziehe sich lediglich auf die Erbfolge innerhalb der Seitenverwandtschaft.⁶⁵⁰ Statt des Parentelensystems oder des Dreiliniensystems sahen andere im Sachsenspiegel die Trennung eines weiteren Erbenkreises von einem engeren Erbenkreis. Dies gilt für Heinrich Siegel, bei dem im ersten Erbenkreis männliche Verwandte weibliche Verwandte von der Erbfolge ausschlossen.⁶⁵¹ Die Geschwister des Erblassers hätten vor den Großeltern geerbt. Unter den weiter entfernten Verwandten habe das Geschlecht keine Rolle mehr gespielt. Ähnlich wie Siegel ging auch Karl Amira von einem engeren und einem entfernteren Erbenkreis aus.⁶⁵² Zum engeren Erbenkreis hätten die Kinder, Eltern und Geschwister, zum entfernteren Erbenkreis die übrigen Verwandten ab den Kindern der Geschwister gehört. Hier habe sich die Erbfolge nach Art. 17 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht I gerichtet.⁶⁵³ Innerhalb

⁶⁴⁷ Andreas Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, 2. Band, Leipzig 1885, § 187 (S. 597, S. 599 und S. 602); so auch: Gustav Homeyer, Die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung, Berlin 1860, S. 10.

⁶⁴⁸ Mertens (wie Fn. 590), S. 155.

⁶⁴⁹ Hermann Wasserschleben, Das Prinzip der Successionordnung nach deutschem insbesondere sächsischem Rechte, Gotha 1869, S. 30ff.

⁶⁵⁰ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der These Wascherslebens findet sich bei: Meuten (wie Fn. 42), § 7 II (S. 50ff.).

⁶⁵¹ Heinrich Siegel, Das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters in seinem inneren Zusammenhang dargestellt, Neudruck der Ausgabe Heidelberg 1853, Aalen 1969, § 21 (S. 60f.).

⁶⁵² Karl von Amira, Erbfolge und Verwandtschafts-Gliederung nach den altniederdeutschen Rechten, München 1874, S. 130ff.

⁶⁵³ Art. 17 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht: „Stirft die man âne kint, sîn vater nîmt sîn erve; ne hât her des vater nicht, iz nîmt sîn mûter mit mêreme rechte, den sîn brûder. Vater unde mûter, swester unde brûder erve nîmt die sone, unde nicht de dochter, iz ne sî, daz dâ nichên sone ne sie, so nîmt iz de dochter. Swen aver eyn erve virswesteret unde verbrûderet, alle die sich glîche nâ zu der sibbe gestuppen mûgen, die nemet glîchen teil dar an, iz sî man oder wîph; disse heizen die Sassen ganerven. Doch nîmt sones unde dochter kint erve vor vater unde vor mûter unde vor brûder unde vor swester durch daz: iz ne geit ûz dem bûzmen, der wîle die evenbordige bûsme dâr is. Swer sô deme anderen evenbordich nicht nis, die ne mach sîn erve nicht nemen.“ (zum Text: Sachsenspiegel (wie Fn. 322)).

des entfernteren Erbenkreises sei es auf die Gradesnähe angekommen. Zu deren Berechnung waren nach Franz Schanz die Anzahl der Glieder der Linie vom Erblasser zum Stammvater und die Anzahl der Glieder vom jeweiligen Verwandten zum Stammvater zu addieren, allerdings ohne Hals und Kopf.⁶⁵⁴ Die Erbfolge im Sachsenspiegel hat zuletzt Ludger Meuten untersucht.⁶⁵⁵ Meuten lehnt für den Sachsenspiegel die Unterscheidung zwischen einem engeren und einem entfernteren Erbenkreis in diesem Sinne ab.⁶⁵⁶ Aber auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Parentel soll nicht entscheidend gewesen sein, sondern nur die Gradnähe der Verwandtschaft. Diese war nach Meuten so zu berechnen, daß auch der Hals einzubeziehen und danach beide Gliederreihen zu berücksichtigen gewesen seien. Dabei habe sich der Scheitelpunkt allerdings im Hals befunden, d.h. bei den Kindern des Stammvaters, mit der Folge, daß Geschwister nur im ersten Grad miteinander verwandt gewesen seien. Auch die Eltern und Kinder seien mit dem Erblasser im ersten Grad verwandt gewesen. Im zweiten Grad hätten die Großeltern, Enkel, Kinder der Geschwister und Kinder der Eltern gestanden.

Krohn und Bacmeister diskutieren diese schwierigen Fragen nicht, weil für sie nur das Erbrecht der halben Geburt im Sachsenspiegel interessant ist. Das Verhältnis vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter bei der Erbfolge wird im Sachsenspiegel nicht nur von Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I behandelt, sondern auch von Art. 20 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht II.⁶⁵⁷ Halbbürtige Geschwister stehen danach zusammen mit Kindern vollbürtiger Geschwister im Schultergelenk.⁶⁵⁸ Nach Ludger Meuten hatten vollbürtige Verwandte im Sachsenspiegel ein nicht auf Geschwister beschränktes Vorrecht.⁶⁵⁹ Dies kann Meuten damit begründen, daß sich Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I und das darin enthaltene Gliederbild nicht auf die Darstellung einer bestimmten Parentel beschränkten, sondern die Verwandtschaft als solche verkörperten. Inso-

⁶⁵⁴ Franz Schanz, *Das Erbfolgeprinzip des Sachsenspiegels und des Magdeburger Rechts*, Tübingen 1883, S. 16 und S. 50.

⁶⁵⁵ Meuten (wie Fn. 42), §§ 5-11 (S. 37ff.).

⁶⁵⁶ Meuten (wie Fn. 42), § 8 (S. 111ff.) und § 11 (S. 129).

⁶⁵⁷ Zu Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I: Fn. 643.

⁶⁵⁸ Art. 20 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht II: „Brüder unde swester nemet ires ungetweiden brüder unde swester erbe vor den brüder unde vor die swester, die getweiet von vater unde von mûter sint. Ungetweiede brüder kint sint ouch glîche nâ deme getweiden brüder an deme erbe zu nemene.“ (zum Text: Sachsenspiegel (wie Fn. 322)).

⁶⁵⁹ Meuten (wie Fn. 42), § 10 (S. 127f.).

fern ist Meutens Argumentation konsistent. Die durchgängige Bevorzugung vollbürtiger Verwandter im Sachsenspiegel war allerdings bis ins 19. Jahrhundert hinein umstritten. Die Ansicht, wonach das Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten über das römische Recht in die deutschen Rechte eindrang und ausschließlich unter Geschwistern des Erblassers galt, findet sich etwa bei Johann Heinrich Christian Selchow sowie bei Friedrich Georg August Lobethan.⁶⁶⁰ Im 19. Jahrhundert wurde die Ansicht einer nur begrenzten Bevorzugung vollbürtiger Verwandter im Sachsenspiegel weiter vertreten, so etwa von Hermann Wasserschleben und Carl Eduard Otto.⁶⁶¹ Rudolf Sydow wies in seiner Darstellung des Erbrechts darauf hin, daß der Sachsenspiegel vom Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten ausschließlich im Zusammenhang mit Geschwistern und deren Kindern spreche.⁶⁶² Auch Heinrich Siegel vertrat die Auffassung, daß der Sachsenspiegel lediglich ein Vorrecht vollbürtiger Geschwister gegenüber halbbürtigen Geschwistern enthalte.⁶⁶³ Die gegenteilige Meinung findet sich gleichermaßen.⁶⁶⁴ So sprach sich Friedrich Christoph Jonathan Fischer unmittelbar gegen Selchow aus.⁶⁶⁵ Im 19. Jahrhundert vertrat Karl Friedrich Eichhorn die Auffassung eines generellen Vorrechts vollbürtiger Verwandter im Sachsenspiegel.⁶⁶⁶

Krohn ist der Ansicht, daß es im Sachsenspiegel ein durchgängiges Vorrecht vollbürtiger Verwandter bei der Erbfolge gegeben habe, und führt aus, daß im Sachsenspiegel die jeweils nächsten Verwandten bis zu den Urenkeln der Ururenkel geerbt hätten.⁶⁶⁷ Weil vollbürtige Geschwister dem Erblasser im Glieder-

⁶⁶⁰ Johann Heinrich Christian von Selchow, *Elementa iuris Germanici privati hodierni*, Göttingen 1787, § 533 (S. 620); Friedrich Georg August Lobethan, *Vollständige Abhandlung der Lehre von der Erbfolge*, Halle 1776, § 220 (S. 354).

⁶⁶¹ Wasserschleben (wie Fn. 649), S. 61; Johann Friedrich Eisenhart, *Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern* (hg. von Carl Eduard Otto), 3. Abteilung, 7. Kapitel, § 2, Anmerkung (S. 288f.).

⁶⁶² Sydow (wie Fn. 646), § 26 (S. 106).

⁶⁶³ Siegel (wie Fn. 651), § 22 (S. 61).

⁶⁶⁴ Sydow spricht von der Auffassung, nach der der Sachsenspiegel ein generelles Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten vorsah, als „der gewöhnlichen (...) Meinung“ (Sydow (wie Fn. 646), § 32 (S. 143)).

⁶⁶⁵ Fischer (wie Fn. 12), § 27 (S. 54).

⁶⁶⁶ Karl Friedrich Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, 2. Band, Göttingen 1835, § 373 (S. 739f.).

⁶⁶⁷ Krohn (wie Fn. 3), 5. Kapitel, § 2 (S. 79f.).

bild näher gewesen seien als halbbürtige Geschwister, hätte jene auch vor diesen geerbt. Dazu zitiert Krohn unmittelbar aus Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I sowie aus Art. 20 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht II.⁶⁶⁸ Halbbürtige Geschwister und Kinder vollbürtiger Geschwister hätten im selben Glied gestanden. Im Schwabenspiegel seien ebenfalls die nächsten Verwandten bis einschließlich der Urenkel der Ururenkel zur Erbfolge berufen gewesen und hätten vollbürtige Geschwister vor halbbürtigen Geschwistern gestanden.⁶⁶⁹ Krohn zitiert dazu unmittelbar aus Art. 3a Schwabenspiegel-Landrecht I.⁶⁷⁰

Bacmeister vertritt hingegen die Auffassung, der Sachsenspiegel sei bereits vom römischen Recht beeinflusst gewesen, wie es im 12. und 13. Jahrhundert nach Deutschland gelangt sei.⁶⁷¹ Vieles habe der Sachsenspiegel aus dem römischen Recht übernommen. Bacmeister stützt sich dazu auf Ernst Joachim Westphalen.⁶⁷² Dazu habe auch das Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge gehört. Den Unterschied zu Nov. 118, 3, wo anders als im Sachsenspiegel auch Kinder vollbürtiger Geschwister vom Vorrecht ihrer Eltern profitierten und halbbürtige Geschwister

⁶⁶⁸ Zu Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I: Fn. 643; zu Art. 20 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht II: Fn. 658.

⁶⁶⁹ Krohn (wie Fn. 3), 5. Kapitel, § 3 (S. 80f.).

⁶⁷⁰ Art. 3a Schwabenspiegel-Landrecht I: „Nv merchet auch wa sich div sippeschaft an hebe vnd wa si ende hab. an dem haupt ist beschaiden man vnd wip die elichen recht vnd redlichen zer e zesamme chomen sint. also ist der vater vnd div müter daz hau bet. div chint div an zwaivnge von vater vnd von müter geborn sint daz sint rechtiv geschwisterde. an den heuet sich div erste sippe zal. div stent auch von recht an dem nechsten glide pei dem haupte. daz is daz glide da die arm an die schuldern stozzent. daz glide haizet div achsel. is auer zwaivnge an den chinden so mügen si an einem glide nicht gestan vnd schrenhet an ein ander glide. gewisterediv chint daz ist div ander sippe zal. div dritte sippe stet an dem dritten glide daz ist an dem ellenbogen. div vierde sippe zal ist da div hant an dem arm stozet. div fvnft sippe zal ist an dem ersten glide des vingers. div sechst sippe zal ist an dem mitterm glide des vingers. div sibent stat an dem lesten glide vor dem nagel. vnd die haizent nagel mage von div. swer sippeschaft raiten vnd zelen wil der sol merchen vil eben als ez hie geschriben stet. wan swelch sippe sich zwischen dem nagel vnd dem hovpt gestozen mach an gelicher sippe zal die nement ovch daz erbe geleich.“ (zum Text: Schwabenspiegel. Kurzform, 3. Band (Tambacher Handschrift) (hg. von Karl August Eckhardt), Hannover 1972).

⁶⁷¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 444ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 6. Kapitel (S. 30ff.).

⁶⁷² Westphalen (wie Fn. 269), § 3 (S. 23f.): „Repkovius igitur in Speculo Saxonico, Grimmensteinius in Speculo Svevico Legum morumque Patriae, et, ne contranitentium crabrones irritarent, sed iis placerent potius eorumque auram et auctoritatem aucuparentur, Juris Romani simul ac Pontifici Selectum et Saturam adornare ausi sunt privato sudio.“

ausschlossen, und damit gerade nicht neben diesen erben, erklärt Bacmeister damit, daß die Sachsen das Repräsentationsrecht, d.h. das Recht von Kindern, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern zu treten, nicht hätten übernehmen wollen.⁶⁷³ Selbstverständlich weist Bacmeister außerdem darauf hin, daß sich in Art. 3 Sachsenspiegel-Landrecht I sowie in Art. 20 Sachsenspiegel-Landrecht II ein über Geschwister hinausgehendes Vorrecht vollbürtiger Verwandter gar nicht finde.⁶⁷⁴ Halbbürtige Verwandte stünden dort grundsätzlich an derselben Stelle wie vollbürtige Verwandte. Etwas anderes sei ausschließlich für halbbürtige Geschwister vorgesehen. Bacmeister verweist auf das sächsische Rechtssprichwort ‚Je näher zur Sippe, je näher zum Erbe‘, das die Erbfolge an die Nähe der Verwandtschaft koppelt.⁶⁷⁵ Deswegen seien vollbürtige und halbbürtige Verwandte nach dem im Sachsenspiegel aufgezeichneten Recht bei der Erbfolge grundsätzlich gleichberechtigt gewesen. Zum Schwabenspiegel führt Bacmeister lediglich aus, dieser habe noch viel mehr aus dem römischen Recht übernommen.

Krohn wiederum hält dem entgegen, der Sachsenspiegel sei erst am Anfang und der Schwabenspiegel sei erst am Ende des 13. Jahrhunderts entstanden.⁶⁷⁶ Daraus will Krohn aber nicht den Schluß ziehen, daß die darin niedergeschriebenen Rechte nicht älter seien, und argumentiert unter anderem mit der Vorrede zum Sachsenspiegel. Danach wollte Eike von Repgow kein neues Recht schaffen, sondern lediglich das Recht seiner Vorfahren festhalten.⁶⁷⁷ Obwohl, so schreibt Krohn weiter, die fränkischen Gesetze und Kapitularien ab dem Anfang des 10. Jahrhunderts keine Geltung mehr gehabt hätten, hätten sich die deutschen Völker bis zum 12. Jahrhundert weiter auf die Gewohnheiten ihrer Vorfahren gestützt. Um das Eindringen des römischen Rechts zu verhindern,

⁶⁷³ Zu Nov. 118, 3: Fn. 180.

⁶⁷⁴ Zu Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I: Fn. 643; zu Art. 20 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht II: Fn. 658.

⁶⁷⁵ Zu diesem Rechtssprichwort: Brigitte Janz, *Rechtssprichwörter im Sachsenspiegel. Eine Untersuchung zur Text-Bild-Relation in den Codices picturati*, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1989, S. 394ff., sowie: Ruth Schmidt-Wiegand, *Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. Ein Lexikon*, München 1996, S. 92.

⁶⁷⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 958ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 23 (S. 157).

⁶⁷⁷ Vorrede Sachsenspiegel (Zeilen 151ff.): „Diz recht hân ich selbe nicht irdâcht, iz habent von aldere an unsich gebrâcht unse gûten vorevaren. Mach ich ouch, ich wil bewaren, (...)“ (zum Text: Sachsenspiegel (wie Fn. 322)); zu Eike von Repgow und der Entstehung des Sachsenspiegels: Heiner Lück, *Über den Sachsenspiegel. Entstehung, Inhalt und Wirkung des Rechtsbuches*, Halle (Saale) 1999, S. 17ff.

seien die eigenen Rechte im 13. Jahrhundert überall niedergeschrieben worden, wozu Krohn auf Christian Gottlieb Riccius verweist.⁶⁷⁸ Wenn zu dieser Zeit überhaupt etwas aus dem römischen Recht übernommen worden sei, dann sei darauf ausdrücklich hingewiesen worden. Krohn ist der Auffassung, daß es im 13. Jahrhundert zu keinem umfassenden gerichtlichen Gebrauch des römischen Rechts in Deutschland gekommen sei. Dies gilt für Krohn auch für die Erbfolge vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter.

5. Die alten Handschriften und Stadtrechte

Bei den von Krohn und Bacmeister diskutierten alten Handschriften deutscher Rechte steht das lübische Recht natürlich an erster Stelle.⁶⁷⁹ Die ersten Handschriften des lübischen Rechts wurden noch in lateinischer Sprache verfaßt.⁶⁸⁰ Als älteste Handschrift gilt das seit dem Zweiten Weltkrieg verschollene sog. Lübecker Fragment.⁶⁸¹ Dabei handelte es sich um ein aus wenigen Blättern bestehendes Heft von frühestens 1227. Die einzige sicher datierte lateinische Handschrift ist die von Lübeck nach Tondern geschickte Tonderner Handschrift von 1243.⁶⁸² Zu erwähnen ist auch die Elbinger Anfrage.⁶⁸³ Handschriften in mittelniederdeutscher Sprache entstanden ab dem letzten Drittel des 13. Jahrhunderts.⁶⁸⁴ Die älteste erhaltene deutsche Handschrift ist die Elbinger Handschrift, für die nur das Jahr 1282 als Terminus ante quem feststeht und die vielleicht um 1275 erstellt wurde.⁶⁸⁵ Die Lübecker Kanzleihandschrift, die zwischen 1282 und 1350 entstand, gilt als wichtigste Handschrift des lübischen

⁶⁷⁸ Riccius (wie Fn. 204), 1. Buch, 1. Hauptstück, § 3 (S. 5); zu diesem Argument bei Krohn bereits: S. 51.

⁶⁷⁹ Wilhelm Ebel, *Lübisches Recht*, 1. Band, Lübeck 1971, S. 201f.; F. Frensdorff, *Das Lübische Recht nach seinen ältesten Formen*, Leipzig 1872, S. 7ff.; für die Mitte des 19. Jahrhunderts ist zu nennen: Johann Friedrich Hach, *Das alte lübische Recht*, Neudruck der Ausgabe 1839, Aalen 1969.

⁶⁸⁰ Zu den alten Handschriften des lübischen Rechts bei Krohn bereits: S. 67.

⁶⁸¹ Handschriftenbeschreibung und Datierung bei: Bernhard am Ende, *Studien zur Verfassungsgeschichte Lübecks im 12. und 13. Jahrhundert*, Lübeck 1975, S. 46f. und S. 67ff.

⁶⁸² Handschriftenbeschreibung bei: Am Ende (wie Fn. 681), S. 47.

⁶⁸³ Zur Elbinger Anfrage: Am Ende (wie Fn. 681), S. 51.

⁶⁸⁴ Ebel (wie Fn. 680), S. 202ff.; Frensdorff (wie Fn. 680), S. 46ff.

⁶⁸⁵ Zur Datierung: Ebel (wie Fn. 680), S. 203; allgemein zur Elbinger Handschrift: Am Ende (wie Fn. 681), S. 70ff., sowie: Gustav Korlén, *Norddeutsche Stadtrechte*, 2. Band. *Das mittelniederdeutsche Stadtrecht von Lübeck nach seinen ältesten Formen*, Lund 1951, S. 11f.

Rechts in deutscher Sprache.⁶⁸⁶ Sie wird auch als Kieler Kodex bezeichnet und wurde zur Mutterhandschrift für weitere Handschriften. Im engen Zusammenhang mit der Lübecker Kanzleihandschrift steht die Kopenhagener Handschrift von 1294/95.⁶⁸⁷

Krohn zitiert zunächst aus der bei Ernst Joachim Westphalen abgedruckten Tonderner Handschrift von 1243.⁶⁸⁸ Dort werde bei der Erbfolge ganz klar zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterschieden. Krohn stützt sich auch auf Art. 19 der ebenfalls bei Westphalen wiedergegebenen Handschrift von 1240, bei der es sich um die Lübecker Kanzleihandschrift handelt.⁶⁸⁹ Beide Zitate haben die erbrechtliche Bevorzugung von Eltern gegenüber halbbürtigen Geschwistern zum Inhalt. Krohn zitiert schließlich aus Art. 173 der Handschrift von 1240, wonach das Kind einer vollbürtigen Schwester des Erblassers vor dessen Onkeln und Tanten erbt.⁶⁹⁰ In der ‚Weiteren Ausführung‘ erwähnt Krohn auch noch Art. 217 der Handschrift von 1240.⁶⁹¹ Nach Krohns Ansicht bringen die alten Handschriften hinreichend zum Ausdruck, daß halbbürtige Verwandte nur dann vor vollbürtigen Verwandten geerbt hätten, wenn jene mit dem Erblasser wenigstens einen Grad näher verwandt gewesen seien als diese. Diese Feststellung ist deshalb so wichtig, weil sie nach

⁶⁸⁶ Zur Lübecker Kanzleihandschrift: Korlén (wie Fn. 685), S. 17ff.

⁶⁸⁷ Zur Kopenhagener Handschrift: Korlén (wie Fn. 685), S. 14ff.

⁶⁸⁸ Krohn (wie Fn. 3), 5. Kapitel, § 4 (S. 81); Alte Handschrift von Tondern: „Ubicumque Pater et Mater sunt viventes, propinquiores sunt ad percipiendam hereditatem, quam semifrater seu semisoror.“ (zum Text: Westphalen (wie Fn. 278), Sp. 623).

⁶⁸⁹ Art. 19 der alten Handschrift des Lübecker Rechts von 1240: „War so vader und moder levende sint, se sint neger erve up to borende, danne half broder, oder half süster.“ (zum Text: Westphalen (wie Fn. 278), Sp. 641); Korlén (wie Fn. 685), S. 14ff.

⁶⁹⁰ Art. 173 der alten Handschrift des Lübecker Rechts von 1240: „Vol Süster Kint is negher erve up thoborende den Om oder Veddere jof Vader oder meddere.“ (zum Text: Westphalen (wie Fn. 278), Sp. 659).

⁶⁹¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1016ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 29 (S. 177f.); Art. 217 der alten Handschrift des Lübecker Rechts von 1240: „Is en man ofte en Vruwe de Kindere heft, sone ofte dochtere, kumt den der Kindere en to echtschap, unde stervet dat Kint dat bericht was tu echtschap, unde was et unghescheden mit sime ghude van den anderen let denne dat Kint, dat dar storven is enen erven achter sic, dat en echt Kint is, dat is neger erve up to borende den half bruder, jof half süster, is aver de ghene de al dus is ghestorven mit sineme gude ghescheden van den anderen, so is half bruder, jof half süster negest erve up to borende na stades rechte.“ (zum Text: Westphalen (wie Fn. 278), Sp. 666f.); die Handschrift wurde über einen großen Zeitraum hinweg durch mehrere Schreiber erstellt (dazu: Korlén (wie Fn. 685), S. 18f.).

Krohn nicht nur für das alte lübische Recht gilt, sondern auch für das Lübecker Stadtrecht von 1586. Gleiches gilt für Krohn auch für Hamburg, dessen Recht denselben Ursprung wie das Lübecker Recht habe und wo sich die Frage gestellt habe, ob diejenigen, die nach dem Grad der Verwandtschaft mit dem Erblasser näher gewesen seien als andere, auch dann gegenüber letzteren ein Vorrecht gehabt hätten, wenn diese vollbürtige Verwandte, jene hingegen lediglich halbbürtige Verwandte gewesen seien.⁶⁹² Deswegen habe in Art. 12 des 3. Teils der Handschrift des Hamburger Rechts von 1270 besonders geregelt werden müssen, daß halbbürtige Geschwister vor Onkeln und Tanten erben.⁶⁹³ Krohn bedient sich auch dazu der Textsammlung von Westphalen und zieht aus dem Umstand, daß dieser Fall der ungleichen Verwandtschaftsnähe ausdrücklich geregelt wurde, den Schluß, daß bei gleicher Nähe vollbürtige Verwandte ein Vorrecht gehabt hätten.

Bacmeister führt das Vorrecht vollbürtiger Geschwister vor halbbürtigen Geschwistern in den Handschriften des lübischen Rechts auf den Einfluß des römischen Rechts zurück.⁶⁹⁴ Art. 19 der Handschrift von 1240 regle nur, daß Eltern vor halbbürtigen Geschwistern erben.⁶⁹⁵ Entsprechendes gelte für Art. 173 der Handschrift von 1240.⁶⁹⁶ Daß das Hamburger Recht eine Tochter des Lübecker Rechts sei, bejaht auch Bacmeister. Zugleich betont Bacmeister, daß Art. 12 des 3. Teils der Handschrift des Hamburger Rechts von 1270 einen ausdrücklichen Hinweis darauf enthalte, daß ausschließlich der Verwandtschaftsgrad entscheidend sei.⁶⁹⁷ Bacmeister ist der Auffassung, daß sowohl im Lübecker Recht als auch im Hamburger Recht die Onkel des Erblassers deswe-

⁶⁹² Krohn (wie Fn. 3), 5. Kapitel, § 5 (S. 82f.).

⁶⁹³ Art. 12 des 3. Teils der Handschrift des Hamburger Stadtrechts von 1270: „De vader offte de Moder ervet up dat Kind, unde dat Kind ervet wedder up sinen Vater und up sine Moder, (men weren Kinder van eren Olderen schicket, unde scheiden, so ervet ein Kind up dat andere) ock is de halv Broder, offte de halv Süstere, de echte Kindere sind negher Erve up to nemende, den de Ome, offte de Veddere, edder de Nedeke, offte de Mödere, und so we negest is geboren, de is negest dat Erve up to nemende. Ock is Kinder Kind negher Erve uptonemende, dan Broder Kind offte Süster Kind.“ (zum Text: Ernst Joachim von Westphalen, *Monumenta inedita rerum Germanicarum praecipue Cimbricarum et Megapolensium*, 4. Band, Leipzig 1745, Sp. 2096).

⁶⁹⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 454ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 6. Kapitel (S. 34ff.).

⁶⁹⁵ Zu Art. 19 der Handschrift des Lübecker Rechts von 1240: Fn. 689.

⁶⁹⁶ Zu Art. 173 der alten Handschrift des Lübecker Rechts von 1240: Fn. 690.

⁶⁹⁷ Zu Art. 12 des 3. Teils der alten Handschrift des Hamburger Stadtrechts von 1270: Fn. 693.

gen besonders erwähnt worden seien, weil sich schon immer die Frage gestellt habe, ob jene neben den Brüdern des Erblassers und deren Kindern erbten oder diese sogar von der Erbfolge ausschlossen.

Ein bedeutendes Recht, über das Krohn und Bacmeister diskutieren, ist das Soester Recht, denn nicht nur Krohn sieht im Soester Recht den Ursprung des Lübecker Rechts.⁶⁹⁸ Bacmeister schreibt, in der Soester Schrae, wie sie bei Georg Melchior Ludolf abgedruckt sei, sei bei der Erbfolge gar nicht zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterschieden worden.⁶⁹⁹ Vielmehr sei es dort nur auf den Verwandtschaftsgrad angekommen, wofür Bacmeister aus der Neuen Schrae zitiert.⁷⁰⁰ Darin sieht Bacmeister einen Beleg dafür, daß diejenigen Bestimmungen des Lübecker Rechts, in denen ausdrücklich zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterschieden werde, ihren Ursprung nicht im Soester Recht, sondern im römischen Recht hätten. Zum Vergleich zieht Bacmeister weitere Stadtrechte heran. Bacmeister verläßt damit an sich den Bereich der alten Rechte und nennt etwa das Mindener Stadtrecht von 1613 und das Lüneburger Stadtrecht von 1583. Darin hätten vollbürtige Verwandte über Geschwister und deren Kinder hinaus kein Vorrecht bei der Erbfolge, sondern komme es nur auf den Verwandtschaftsgrad an.⁷⁰¹ Weite-

⁶⁹⁸ Dazu Krohn und Bacmeister bereits: S. 64 und S. 65; zum Soester Recht: Stephan Dusil, Die Soester Stadtrechtsfamilie. Mittelalterliche Quellen und neuzeitliche Historiographie, Diss. iur. Frankfurt am Main 2005/06, Köln/Weimar/Wien 2007.

⁶⁹⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 464ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 6. Kapitel (S. 38ff.).

⁷⁰⁰ Neue Schrae: „(...) Vortmer, so vvair ein Erve verstervet, dat alle degenne de Lyke sibbe dair to sin, sollen gelycke Schichtunge dairvan nemmen, und also mannige Persoin, dais tho gehoirt, so mannigen gelicken Deil sal men dairaff geven. (...)“ (zum Text: Georg Melchior Ludolf, *Collectio quorundam statutorum provinciarum et urbium Germaniae*, Wetzlar 1734, S. 803); Neue Schrae, Zusätze von 1531, Nr. 27: „Vortmer, dat neste Bloit sall erven Vader und Kint, Grote-Vader und Grote-Moder, Kindes-Kint und Süster- und Broder-Kinder, (...)“ (zum Text: Ludolf (wie Fn. 700), S. 809); zur alten und zur neuen Soester Schrae: Wilhelm Ebel, Die alte und die neue Soester Schrae, SZ (Germ. Abt.), 70. Band (1953), S. 105-124.

⁷⁰¹ Art. 2, 2, 10 Mindener Stadtrecht (zum Text: Jakob Andreas Crusius, *Ius statutarium reipublicae Mindensis*, Minden 1674, S. 231); 5. Teil, 4. Titel Lüneburger Stadtrecht: „Wenn nun kein Bruder oder Schwester, oder Schwester-Kinder, noch Bruder, oder Schwester Kinds-Kinder, weder von voller noch von halber Geburt vorhanden, so schleust derjenige, so sich am allernächsten zu dem Verstorbenen, Geblüts haben, berechnen und ziehen kann, alle andere, die dem Verstorbenen in weiterm Gliede verwandt gewesen, von der Erbschaft aus.“ (zum Text: Friedrich Esaias von Pufendorf, *Observationes iuris universi*, 4. Band, Hannover 1770, Anhang, S. 730); zum Lüneburger Stadtrecht: Dorothee-Margarete Rabe, Die

re Stadtrechte, mit denen Bacmeister argumentiert, sind das Celler Stadtrecht, das für Brüder des Vaters die erbrechtliche Gleichstellung ausdrücklich regelte, das Weichbild Otterndorf von 1541 aus dem Hadelner Land, das Hadelner Landrecht von 1585, das Wurstener Landrecht von 1661 sowie das Rigaer Stadtrecht.⁷⁰² Auch mit den Zitaten aus diesen Stadtrechten möchte Bacmeister zeigen, daß die Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge erst durch das römische Recht in die deutschen Land- und Stadtrechte gelangt sei und es sich dabei nicht um die Reste alter deutscher Rechte handle. Die sich aus dem Wortlaut ergebende Beschränkung des Vorrechts vollbürtiger Verwandter auf vollbürtige Geschwister und deren Kinder ist für Bacmeister dabei ein wichtiges Indiz.

Auf alle diese Rechte geht Krohn ein.⁷⁰³ Krohn stimmt Bacmeister im Hinblick auf das Soester Recht insofern zu, als dieses nicht ausdrücklich zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterscheidet, sondern sich nach dem Wortlaut an der Parömie ‚Je näher zur Sippe, je näher zum Erbe‘ orientiert.⁷⁰⁴ Die Worte ‚dat neste Bloit‘ seien aber erst im 16. Jahrhundert unter den Herzögen von Jülich und Kleve in das Soester Recht gelangt, unter deren Schutz sich Soest im Interesse seiner Eigenständigkeit gegenüber dem westfälischen Landesherrn, dem Kölner Erzbischof, gestellt hatte.⁷⁰⁵ Auf diese Weise

Lüneburger Stadtrechtsreform (1577-1583), Diss. iur. Freiburg (Breisgau) 1956, Freiburg (Breisgau) 1956.

⁷⁰² Art. 15, 8 Celler Stadtrecht (zum Text: Das Zellesche Stadtrecht (hg. von Theodor Hagemann), Hannover 1800, S. 128f.); Art. 10 Weichbild Otterndorf (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 10), Anhang, S. 172); 3. Teil, 15. Titel Hadelner Landrecht (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 476), Anhang, S. 44); § 1, 10, 1 und § 1, 11, 1 Wurstener Landrecht (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 476), Anhang, S. 67); Art. 38 Rigaer Stadtrecht: „Ock ys de halfbroder edder de halvesuster de echte kinder sint neger erue vp tho nemende den de om edder de vedder edder de veddike edder de mume. vnde so wer neest yss geboren de yss neest dat erue vp tho nemende.“ (zum Text: Friedrich Esaias von Pufendorf, *Observationes iuris universi*, 3. Band, Hannover 1756, Anhang, S. 236f.); zum Hadelner Landrecht bereits: S. 120.

⁷⁰³ Zum Lüneburger Stadtrecht von 1583 und zum Celler Stadtrecht: AHL RKG S 118 Q 40a S. 1030ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 33 (S. 182ff.); zum Weichbild Otterndorf von 1541, zum Hadelner Landrecht von 1585 und zum Wurstener Landrecht von 1661: AHL RKG S 118 Q 40a S. 1047ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 34 (S. 187ff.); zum Rigaer Stadtrecht: AHL RKG S 118 Q 40a S. 1060ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 35 (S. 191f.).

⁷⁰⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1009ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, §§ 28f. (S. 174ff.).

⁷⁰⁵ Zur Neuen Schrae, Zusätze von 1531, Nr. 27: Fn. 700.

will Krohn die Diskussion wieder auf die alten Rechte lenken und schreibt, abgesehen davon sei eine Bevorzugung vollbürtiger Verwandter nicht ausgeschlossen. Denn zuvor hätten im Soester Recht die Worte ‚de Lyke sibbe dair to sin‘ gestanden.⁷⁰⁶ Zur gleichen Sippe hätten halbbürtige Verwandte aber gerade nicht gehört, womit sich Krohn anscheinend auf das Gliederbild des Sachsenspiegels in Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I bezieht.⁷⁰⁷ Was auf diese Weise im Soester Recht bereits enthalten gewesen sei, sei später in anderen Stadtrechten deutlicher zum Ausdruck gebracht worden. Die alten Handschriften brächten hinreichend zum Ausdruck, daß halbbürtige Verwandte nur dann vor vollbürtigen Verwandten geerbt hätten, wenn jene mit dem Erblasser wenigstens einen Grad näher verwandt gewesen seien als diese.⁷⁰⁸

Stadtrechte, die das römische Recht übernommen hätten, sind für Krohn nicht interessant. Als Beispiele nennt Krohn das Braunschweiger Stadtrecht von 1532, das Celler Stadtrecht und das Hamburger Stadtrecht von 1603.⁷⁰⁹ Das alte Celler Stadtrecht etwa, wie es bei Gottfried Wilhelm Leibniz abgedruckt sei, enthalte hingegen keine Art. 15, 8 Celler Stadtrecht entsprechende Vorschrift.⁷¹⁰ Krohn interessiert sich nur dafür, wie jene Rechte vor ihrer Veränderung beschaffen gewesen seien, und ist sich ganz sicher, daß bereits zu Zeiten der Karolinger vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht bei der Erbfolge gehabt hätten. Dieses Vorrecht sei auch in die im 13. Jahrhundert niedergeschriebenen Rechte aufgenommen worden und heute noch dort zu finden.⁷¹¹ Das römische Recht hingegen sei im 13. Jahrhundert in Deutschland noch nicht bekannt gewesen. Die Kleriker, und damit spricht Krohn die Rezeption im kirchlichen Bereich an, hätten lediglich den

⁷⁰⁶ Zur Neuen Schrae: Fn. 700.

⁷⁰⁷ Zu Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I: Fn. 643.

⁷⁰⁸ Anders als im Sachsenspiegel, wo nach Krohns Ansicht beide gemeinsam zur Erbfolge berufen waren.

⁷⁰⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1064ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 36 (S. 192ff.); Braunschweiger Stadtrecht (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 701), Anhang, S. 78); Celler Stadtrecht (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 476), Anhang, S. 229); Hamburger Stadtrecht (zum Text: Der Stadt Hamburg Statuten und Gerichts-Ordnung, Hamburg 1771).

⁷¹⁰ Art. 15, 8 Celler Stadtrecht (zum Text: Das Zellesche Stadtrecht (wie Fn. 702), S. 128f.); Altes Celler Stadtrecht (zum Text: Gottfried Wilhelm Leibniz, *Scriptores rerum Brunsvicensium illustrationi inservientes*, 3. Band, Hannover 1711, S. 483).

⁷¹¹ Zu den alten Rechtsbüchern: S. 138.

Codex Theodosianus gekannt, in dem sich eine Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten aber nicht finde.⁷¹² Aber selbst wenn das römische Recht im 13. Jahrhundert bereits bekannt gewesen und damals lediglich anders verstanden worden sei, dann läge es immer noch näher, diesen alten Rechten und ihrer Analogie zu folgen, als dem falschen Verständnis des römischen Rechts. Wie auch beim Sachsenspiegel argumentiert Krohn damit, daß daraus, daß die alten Handschriften etwa des lübischen Rechts, aber auch die anderen Land- und Stadtrechte erst im 13. Jahrhundert entstanden seien, nicht der Schluß gezogen werden könne, daß die darin niedergeschriebenen Rechte nicht älter seien.⁷¹³ Um das Eindringen des römischen Rechts zu verhindern und die deutschen Rechtsgewohnheiten zu sichern, seien im 13. Jahrhundert überall die eigenen Rechte niedergeschrieben worden.⁷¹⁴ Dies gilt für Krohn auch für die Erbfolge der Seitenverwandten und insbesondere für das Vorrecht vollbürtiger Verwandter.⁷¹⁵ Krohn begründet seine Ansicht damit, daß die Land- und Stadtrechte des 13. Jahrhunderts in der Frage der Erbfolge mit dem in Nov. 84 und Nov. 118 enthaltenen römischen Erbrecht nicht übereinstimmen, und nennt hierfür einige Beispiele. So gewähre Nov. 118, 1 Verwandten absteigender Linie das Recht, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern zu treten, unterschiedslos.⁷¹⁶ Im Gegensatz dazu hätten die deutschen Rechte jenes Recht nur männlichen Verwandten gewährt. Zudem hätten nach den deutschen Rechten die Söhne das Heergerät, die Töchter hingegen die Gerade im voraus erhalten.⁷¹⁷ In beiden Fällen verweist Krohn auf Johann Gottlieb Heineccius und schreibt, daß dem römischen Recht derartiges nicht bekannt sei.⁷¹⁸ Anders als nach Nov. 118, 2 hätten auch nicht vollbürtige Geschwister des Erblassers neben dessen Eltern geerbt.⁷¹⁹ Außerdem

⁷¹² Zum Codex Theodosianus bei Krohn bereits: S. 63.

⁷¹³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 958ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 23 (S. 157); zu diesem Argument im Zusammenhang mit dem Sachsenspiegel: S. 144.

⁷¹⁴ Zu diesem Argument bei Krohn bereits: S. 51 und S. 144.

⁷¹⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 966ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 24 (S. 160ff.).

⁷¹⁶ Nov. 118, 1: „(...) In hoc enim ordine gradum quaeri non volumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia sive masculi seu feminae sint, et sive ex masculorum seu feminarum prole descendant, (...)“ (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 168)).

⁷¹⁷ Zu Gerade und Heergerät bereits: S. 77.

⁷¹⁸ Heineccius (wie Fn. 268), 2. Buch, 9. Titel, § 231 (S. 538) sowie § 237 und § 238 (S. 542f.).

⁷¹⁹ Zu Nov. 118, 2: Fn. 303.

seien nicht wie nach Nov. 118, 2 und 3 Kinder verstorbener Geschwister des Erblassers vor dessen Onkeln und Tanten zur Erbfolge berufen gewesen.⁷²⁰ Auch in diesen beiden Fällen verweist Krohn auf Heineccius.⁷²¹ Was das Vorrecht vollbürtiger Verwandter betreffe, so erbten nach Nov. 118, 3 auch Kinder vollbürtiger Geschwister vor halbbürtigen Geschwistern, wohingegen nach den deutschen Rechten jene durch diese ausgeschlossen worden oder diese zumindest neben jenen zur Erbfolge berufen gewesen seien.⁷²²

Etwas merkwürdig ist das Argument Krohns, nach dem dann, wenn die deutschen Rechte das Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge tatsächlich aus dem römischen Recht übernommen hätten, jene auch die Beschränkung auf Geschwister des Erblassers und deren Kinder nach der herrschenden Lehre hätten übernehmen müssen.⁷²³ Daß die deutschen Rechte dies nicht getan hätten, ergebe sich schon daraus, daß die beiden Parömien ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ und ‚Das halbe Glied geht zurück‘, woran sich nach Krohns Ansicht alle deutschen Rechte orientierten, eine derartige Beschränkung nicht vorsähen. Dieses Argument ist insofern problematisch, als gerade fraglich ist, ob und inwieweit die deutschen Rechte diesen Parömien folgen. Dessen ungeachtet führt Krohn weiter aus, alle deutschen Rechte regelten entweder sämtliche oder zumindest einige Fälle ausdrücklich, in denen jenes Vorrecht auch unter solchen Verwandten gelte, die keine Geschwister des Erblassers oder deren Kinder seien. Krohn zitiert dazu unter anderem aus Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I sowie Art. 217 der Handschrift des Lübecker Rechts von 1240 und behauptet, selbst diejenigen Rechte, die keine derartigen Fälle geregelt hätten, hätte ihre Rechtsprechung überall auf eine der genannten Parömien gestützt.⁷²⁴ Ob die Novellen Justinians falsch verstanden worden seien und deswegen in den deutschen Rechten vollbürtige Verwandte ein unbeschränktes Vorrecht gehabt hätten, sei unerheblich, weil dies nichts daran ändere, daß dies so sei.⁷²⁵ Auch aus der Regel ‚Je näher

⁷²⁰ Zu Nov. 118, 3, pr.: Fn. 180.

⁷²¹ Heineccius (wie Fn. 268), 2. Buch, 9. Titel, § 250 (S. 550f.), § 252 (S. 551f.) sowie §§ 260f. (S. 557f.).

⁷²² Heineccius (wie Fn. 268), 2. Buch, 9. Titel, §§ 260f. (S. 557f.).

⁷²³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 973ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 25 (S. 163ff.).

⁷²⁴ Zu Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I: Fn. 643; zu Art. 217 der alten Handschrift des Lübecker Rechts von 1240: Fn. 691.

⁷²⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 988ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 26 (S. 167f.).

zur Sippe, je näher zum Erbe' folgt für Krohn nicht, daß diejenigen Verwandten, die mit dem Erblasser nach dem Verwandtschaftsgrad am nächsten verwandt seien, unabhängig von der Frage, ob diese vollbürtige oder halbbürtige Verwandte seien, erben.⁷²⁶ Denn wie das römische Recht zeige, sei es durchaus möglich, die Erbfolge einerseits am Verwandtschaftsgrad auszurichten, andererseits vollbürtigen Verwandten gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht einzuräumen. Krohn bezieht sich damit freilich auf seine eigene Interpretation des römischen Rechts und insbesondere von Nov. 113, 3, 1.⁷²⁷ Dies gelte auch für die deutschen Rechte, was etwa die Handschrift des alten Goslarer Stadtrechts zeige, woraus Krohn zitiert.⁷²⁸ Nach Krohn enthielt auch dieses Recht ein unbeschränktes Vorrecht vollbürtiger Verwandter.⁷²⁹

6. Frankreich, Schweden und Niederlande

Wegen ihrer Nähe zu den deutschen Rechten bringt Bacmeister die französischen, niederländischen und schwedischen Rechte ins Spiel. Zu den französischen Rechten schreibt Bacmeister, diese stimmten mit den deutschen Rechten gewöhnlich nahezu vollständig überein.⁷³⁰ Obwohl jene wegen der Eroberung Galliens viel stärker dem Einfluß des römischen Rechts ausgesetzt gewesen seien als die deutschen Rechte, unterschieden jene bei der Erbfolge nicht einmal unter Brüdern zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten, wozu Bacmeister aus den ‚Institutes coutumières‘ Antoine Loiseles von 1607 zitiert, einer Sammlung französischen Gewohnheitsrechts.⁷³¹ In den niederländischen Rechten, die mit den deutschen Rechten ebenfalls größtenteils übereinstimmten, so schreibt Bacmeister weiter, seien halbbürtige und vollbürtige

⁷²⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 992ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 27 (S. 168ff.).

⁷²⁷ Zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168; zu dieser Interpretation Krohns: S. 42.

⁷²⁸ Van Erve, Art. 13 und Art. 14 Handschrift des alten Goslarer Stadtrechts: „Enes vedder oder moddern edder vveseken eder ohmes kindes kint, eder sines vader eder moder vedderen eder medderen eder vveseken eder ohmes kint de ungetuueyt sin van vader eder van moder sint like sibbe sin erve tho nemende.“ (Art. 13) und „Enes broder eder siner süster kindes kint eder sines vedderen eder modderen eder omes oder vveseken kint de sin alle like sibbe sin erve tho nemende, dar nein tvvennighe ane en is van vader unde van moder, de is deme erve vernere.“ (Art. 14) (zum Text: Leibniz (wie Fn. 710), S. 485).

⁷²⁹ Krohn (wie Fn. 3), 5. Kapitel, § 6 (S. 83f.).

⁷³⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 425ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 6. Kapitel (S. 24ff.).

⁷³¹ Antoine Loisel, *Institutes coutumières* (hg. von André Marie Jean Jacques Dupin), 1. Band, Paris 1846, 2. Buch, 5. Titel, § 19 (S. 343).

Verwandte zwar nicht gleichberechtigt. Jedoch erhielten jene immerhin ein Viertel der Erbschaft, während letztere nur die eine Hälfte des Nachlasses allein erben, sich die andere Hälfte jedoch mit den halbbürtigen Verwandten teilen müßten. Bacmeister ist es wichtig, daß es über diese Regelung hinaus, die nur unter Geschwistern gelte, ein Vorrecht vollbürtiger Verwandter in den Niederlanden nicht gebe. Vielmehr fänden sich dort lediglich solche Gewohnheiten, nach denen für die Erbfolge derjenigen Seitenverwandten, die keine Geschwister des Erblassers seien, ausschließlich der Verwandtschaftsgrad entscheidend sei. Bei den Niederlanden stützt sich Bacmeister auf Simon van Leeuwen.⁷³² In den schwedischen Rechten erben halbbürtige Geschwister neben vollbürtigen Geschwistern demgegenüber nicht nur ein Viertel der Erbschaft, sondern, wenn letztere bereits verstorben seien, sogar alles und schlossen dabei die Großväter des Erblassers aus.⁷³³ Bacmeister verweist dazu auf Karl Friedrich Reuterhielm.⁷³⁴

Krohn geht auf die französischen, niederländischen und schwedischen Rechte ausführlich ein und holt weit aus. Bei den Rechten der französischen Provinzen unterscheidet Krohn zwischen zwei Gruppen.⁷³⁵ Die eine Gruppe wende geschriebenes, nämlich justinianisches Recht an, die andere Gruppe ungeschriebenes. Krohn bezieht sich damit auf die Unterscheidung zwischen französischem Gesetzesrecht (*droit écrit*) und Gewohnheitsrecht (*droit coutumier*).⁷³⁶ Ersteres wurde dabei mit dem römischen Recht identifiziert. Diese Unterscheidung korrespondierte mit der räumlichen Aufteilung Frankreichs in zwei Gebiete. Im Norden war das Gewohnheitsrecht anzutreffen (*pays de droit coutumier*), im Süden das Gesetzesrecht (*pays de droit écrit*). Diese Aufteilung ist freilich eine starke Vereinfachung. Zudem enthielt auch das Gewohnheitsrecht

⁷³² Simon van Leeuwen, *Censura forensis theoretico-practica*, 1. Band, Amsterdam 1685, 3. Buch, 15. Kapitel, Rn. 3 (S. 241) und Rn. 10 (S. 243); zu Simon van Leeuwen: Reinhard Zimmermann, *Römisch-holländisches Recht - ein Überblick*, in: *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (hg. von Robert Feenstra und Reinhard Zimmermann), Berlin 1992, S. 9-58, S. 44f.

⁷³³ Zu den schwedischen Rechten bereits bei Summermann zum Naturrecht: S. 120.

⁷³⁴ Karl Friedrich Reuterhielm, *De successione secundum ius naturae*, Diss. iur. Erfurt 1734, Erfurt 1734, § 50 (S. 40f.).

⁷³⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 883ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 18 (S. 130ff.).

⁷³⁶ Dazu: Theodor Bühler, Stichwort ‚Coutumes‘, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (hg. von Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand), 1. Band, 2. Auflage, Berlin 2008, Sp. 907-911.

römisches Recht. Nach Krohn gehörten zur Gruppe des geschriebenen Rechts vor allem die Provinzen Guyenne, Languedoc und Lyonnais. Zur Gruppe des Gewohnheitsrechts zählten insbesondere die Provinzen Normandie und Bretagne sowie Île-de-France, Orléanais, Bourgogne, Picardie und Champagne. Diese hätten, wie die Provinzen der ersten Gruppe, anfänglich ebenfalls römisches Recht gebraucht, hätten aber später eigene Gewohnheiten entwickelt. Krohn hält diese für besonders interessant. Denn diese Gewohnheiten stimmten zwar darin überein, daß beim beweglichen Vermögen männliche und weibliche Verwandte gleichermaßen zur Erbfolge berufen seien, Kinder von Geschwistern bei der Erbfolge an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern träten und Halbgeschwister dann, wenn der Erblasser keine vollbürtigen Geschwister hinterlasse, entsprechend der Parömie ‚paterna paternis, materna maternis‘ erben. Krohn zählt eine Vielzahl französischer Städte auf. Allerdings bestehe keine Übereinstimmung in der Frage, ob vollbürtige Verwandte vor halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht hätten oder nicht. Auch hierzu erwähnt Krohn eine Vielzahl französischer Städte wie bspw. Orléans, Tours oder Blois einerseits und Paris, Auxerre, Melun und Vitré andererseits. Daher sei es falsch, daß nach den französischen Rechten vollbürtige Verwandte vor halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge niemals ein Vorrecht hätten. Wenn etwa das Pariser Recht nicht zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterscheidet, so könnten daraus keine Schlüsse für ganz Frankreich gezogen werden. Krohn spekuliert, möglicherweise habe lediglich ein mächtiger Höfling aus persönlichem Interesse die Gleichbehandlung vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter im Pariser Recht durchgesetzt. Vom Pariser Recht abgesehen, so schreibt Krohn weiter, finde sich eine Gleichbehandlung auch nur in der Provinz Île-de-France sowie in anderen Provinzen in der Nähe von Paris.

Bei den Niederlanden unterscheidet Krohn zwischen den sieben Vereinigten Provinzen und den südlichen Niederlanden.⁷³⁷ Bei den sieben Vereinigten Provinzen, so führt Krohn aus, sei wiederum zu unterscheiden, was vor den dortigen Verordnungen von 1580 und 1599, die Krohn nicht näher spezifiziert, in

⁷³⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 901ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 19 (S. 136ff.); zu dieser Unterscheidung auch: Hansjörg Pohlmann, Niederlande, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (hg. von Helmut Coing), 2. Band. Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts, 2. Teilband. Gesetzgebung und Rechtsprechung, München 1976, S. 468-500, S. 468ff.

der Frage der Erbfolge gegolten habe und was heute gelte. Die südlichen Niederlande seien wie die französischen Provinzen in der Frage, ob vollbürtige Geschwister halbbürtige Geschwister ausschließen, uneinheitlich. Insbesondere in Flandern erbten vollbürtige und halbbürtige Geschwister gleichermaßen. In den meisten Rechten der südlichen Niederlande seien halbbürtige Geschwister gegenüber vollbürtigen Geschwistern jedoch ausgeschlossen. Krohn nennt dazu, wie auch für Flandern, eine Reihe von Beispielen. Daß einige Rechte hiervon abwichen, hält Krohn für unerheblich. Unerheblich sei auch, ob sich das Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten in den südlichen Niederlanden über Geschwister des Erblassers und deren Kindern hinaus erstrecke. Denn auch in die südlichen Niederlande sei irgendwann das römische Recht eingedrungen. Was die sieben Vereinigten Provinzen betreffe, so habe bis zu den Verordnungen von 1580 und 1599 im südlichen Teil das seeländische Recht, im nördlichen Teil hingegen das alte friesische Recht gegolten.⁷³⁸ Krohn zieht Arnold Vinnius heran.⁷³⁹ Für das seeländische Recht sei die Regel ‚Das Gut geht dahin, woher es gekommen‘ maßgeblich gewesen. Habe der Erblasser weder Verwandte absteigender noch aufsteigender Linie hinterlassen, sei die Erbschaft auf die Seitenverwandten so verteilt worden, daß die vollbürtigen insgesamt drei Viertel, die halbbürtigen Verwandten hingegen nur ein Viertel der Erbschaft erhalten hätten. Habe der Erblasser ausschließlich halbbürtige Verwandte jeweils verschiedener Stämme hinterlassen, sei die Erbschaft wiederum in einen väterlichen und einen mütterlichen Teil geteilt und entsprechend verteilt worden. Krohn verweist erneut auf Vinnius.⁷⁴⁰ Das seeländische Recht zeigt für Krohn damit, daß im südlichen Teil der Vereinigten Provinzen vollbürtige Verwandte vor halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge ein Vorrecht gehabt hätten. Für das alte friesische Recht sei hingegen die Regel ‚Das nächste Blut erbt das Gut‘ maßgeblich gewesen. Nach Vinnius, auf den sich Krohn auch hier bezieht, habe dies bedeutet, daß dann, wenn der Erblasser ausschließlich Seitenverwandte hinterlassen habe, die Unterscheidung zwischen väterlichem und mütterlichem Vermögen genauso wenig eine Rolle gespielt habe wie die Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbür-

⁷³⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 911ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 19 (S. 140ff.).

⁷³⁹ Vinnius (wie Fn. 537), 3. Buch, 5. Titel, Teil ‚Forma succedendi ab intestati apud Hollandos et Vvestfrisios‘, Rn. 1ff. (S. 504f.).

⁷⁴⁰ Vinnius (wie Fn. 537), 3. Buch, 5. Titel, Teil ‚Forma succedendi ab intestati apud Hollandos et Vvestfrisios‘, Rn. 2 (S. 504) und Rn. 5ff. (S. 504f.).

tigen Verwandten.⁷⁴¹ Krohn hält diese Auffassung jedoch für falsch. Denn sowohl die Unterscheidung zwischen väterlichem und mütterlichem Vermögen als auch die Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten habe es auch im alten ostfriesischen Landrecht gegeben. Krohn zitiert dazu aus dem ostfriesischen Landrecht.⁷⁴² Für Krohn bedeutet die Regel ‚Das nächste Blut erbt das Gut‘ lediglich, daß halbbürtige Verwandte vor solchen vollbürtigen Verwandten zur Erbfolge berufen gewesen seien, die mit dem Erblasser nach dem Grad der Verwandtschaft weiter entfernt gewesen seien als jene. Durch die Verordnungen von 1580 und 1590 habe sich für den südlichen Teil der Vereinigten Provinzen nichts geändert, wohingegen im nördlichen Teil der Vereinigten Provinzen, wo das alte friesische Recht gegolten habe, das Vorrecht vollbürtiger Verwandter sogar auf Enkelkinder von Geschwistern ausgedehnt worden sei. Krohn verweist dazu ein letztes Mal auf Vinnius.⁷⁴³

Zum schwedischen Recht führt Krohn aus, auch dieses unterscheidet zwischen väterlichem und mütterlichem Vermögen und gewähre vollbürtigen gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht.⁷⁴⁴ Halbbürtige Verwandte erhielten danach höchstens ein Viertel der Erbschaft, wozu Krohn unter anderem Johannes Loccenius zitiert.⁷⁴⁵ Für Krohn ist das Vorrecht vollbürtiger Verwandter damit auch im schwedischen Recht an sich anerkannt. Unerheblich sei es, daß nach schwedischem Recht halbbürtige Geschwister des Erblassers dessen Großeltern ausgeschlossen hätten, weil dies auch im Lübecker Recht so sei.

III. Summermanns Relation

Für Summermann ist die Frage, ob in den alten deutschen Rechten vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht bei der Erbfolge hatten oder nicht, ohne jeden Belang.⁷⁴⁶ Summermann zitiert dazu den schönen

⁷⁴¹ Vinnius (wie Fn. 537), 3. Buch, 5. Titel, Teil ‚Forma succedendi ab intestati apud Hollandos et Vvestfrisios‘, Rn. 3 (S. 504).

⁷⁴² Ostfriesisches Landrecht, 2. Buch, Kapitel 117 und Kapitel 142 (zum Text: Matthias von Wicht, Das Ostfriesische Land-Recht, nebst dem Deich- und Syhlrechte, Aurich 1746, S. 418f. und S. 444).

⁷⁴³ Vinnius (wie Fn. 537), 3. Buch, 5. Titel, Teil ‚Forma succedendi ab intestati apud Hollandos et Vvestfrisios‘, Rn. 7f. (S. 505) und Rn. 12ff. (S. 506).

⁷⁴⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 927ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 20 (S. 145ff.).

⁷⁴⁵ Johannes Loccenius, Sueciae regni leges provinciales, Stockholm 1672, 3. Titel, 9. Kapitel (S. 41).

⁷⁴⁶ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 12b ff. (§§ 42f.).

Satz ‚Laudamus veteres, sed nostris utimur annis‘ des römischen Dichters Ovid.⁷⁴⁷ Ausschließlich der Gesetzgeber könne Rechten wie den von Krohn genannten wieder Geltung verleihen, nicht jedoch ein einzelner Rechtsgelehrter. Alles andere führte nur zu Unsicherheit. Außerdem spricht sich Summermann dagegen aus, daß die alten deutschen Rechte in der Frage der Erbfolge einheitlich gewesen seien. Das Gegenteil hiervon sei richtig. Dazu verweist Summermann auf Johann Gottlieb Heineccius sowie auf Johann Stephan Pütter.⁷⁴⁸ Summermanns Ansicht ist heute eine Selbstverständlichkeit. Daß dies im 17. und 18. Jahrhundert noch anders war, kann mit der mangelnden Quellenkenntnis und der damit verbundenen Bevorzugung des sächsischen Rechts begründet werden.⁷⁴⁹ Später, und zwar im 19. Jahrhundert, wo an einer Einheitlichkeit zumindest im Kern festgehalten wurde, kamen mit der historischen Rechtsschule weitere Gründe hinzu, die allgemein bekannt sind.⁷⁵⁰

Summermann bezweifelt, daß das im Sachsenspiegel enthaltene Vorrecht vollbürtiger Verwandter seinen Ursprung im sächsischen Recht habe.⁷⁵¹ Der Sachsenspiegel sei zwischen 1215 und 1235 entstanden, während das justinianische Recht bereits im 12. Jahrhundert nach Deutschland gekommen sei. Summermann verweist dazu auf Johann Gottlieb Heineccius.⁷⁵² In manchen Zweifelsfällen sei das justinianische Recht sogar vor dem 12. Jahrhundert herangezogen worden. Summermann spricht sich damit eindeutig gegen Krohn aus, nach dessen Ansicht das justinianische Recht erst viel später nach Deutschland gelangte.⁷⁵³ Nach Summermann enthält der Sachsenspiegel sowohl römisches als auch sächsisches Recht. Auch damit widerspricht Summermann den Ausführungen Krohns zu Alter und Herkunft der im Sachsenspiegel niederge-

⁷⁴⁷ Publius Ovidius Naso, *Fasti* (hg. von Wolfgang Gerlach), München 1960, I, 225 (S. 20).

⁷⁴⁸ Heineccius (wie Fn. 268), 2. Buch, 9. Titel, § 253 (S. 552); Johann Stephan Pütter, *Elementa iuris Germanici privati hodierni in usum auditorum*, Göttingen 1756, § 715 (S. 255).

⁷⁴⁹ Gunter Gudian, *Gemeinde deutsches Recht im Mittelalter?*, *Ius Commune*, 2. Band (1969), S. 33-42.

⁷⁵⁰ Zur Suche nach einem Deutschen Privatrecht im 19. Jahrhundert: Meuten (wie Fn. 42), § 3 (S. 23ff.).

⁷⁵¹ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 12d ff. (§§ 44f.); so auch: Janz (wie Fn. 675), S. 156.

⁷⁵² Johann Gottlieb Heineccius, *Historia iuris civilis Romani ac Germanici*, Straßburg 1751, 2. Buch, 3. Kapitel, Anmerkung zu § 74 (S. 935).

⁷⁵³ Dazu Krohn: S. 66.

schriebenen Rechte.⁷⁵⁴ Summermann hält es für möglich, daß auch die erbrechtliche Bevorzugung vollbürtiger Verwandter im Sachsenspiegel aus dem römischen Recht stamme. Unterschiede zwischen dem römischen Recht und dem im Sachsenspiegel niedergeschriebenen sächsischen Recht begründet Summermann damit, daß der Verfasser des Sachsenspiegels das römische Recht falsch verstanden habe oder vom einheimischen Recht nicht zu sehr habe abweichen wollen. Letzteres vermutet im Hinblick auf verschiedene Stadtrechte auch Bacmeister. Besonders innovativ sind das Argument Bacmeisters und wohl auch das Argument Summermanns sicherlich nicht. Für Gerhard Wesenberg und Gunter Wesener ist es sogar ein Kennzeichen des *Usus modernus*, daß Abweichungen im partikularen Recht ab dem Ende des 17. Jahrhunderts nicht mehr als Mißverständnisse des gemeinen Rechts behandelt wurden, sondern als gewohnheitsrechtliche Abänderungen des gemeinen Rechts.⁷⁵⁵ Als Beispiel nennt Summermann Art. 20 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht II, wonach Kinder vollbürtiger Geschwister des Erblassers, anders als im römischen Recht, neben halbbürtigen Geschwistern erben.⁷⁵⁶ Ähnliches gelte für den Schwabenspiegel. Während Summermann das römische Recht damit als eine der Quellen des Sachsenspiegels ansieht und diese danach möglicherweise nur falsch verstanden wurde, wird derartiges heute zumindest für den Ursachsenspiegel ausgeschlossen.⁷⁵⁷ Über die tatsächlichen Quellen des Sachsenspiegels gibt es heute keine echte Sicherheit.

Genauso wenig, wie mit dem Sachsenspiegel und dem Schwabenspiegel gezeigt werden könne, daß es sich bei dem darin enthaltenen Vorrecht vollbürtiger Verwandter um ein vom römischen Recht unbeeinflußtes einheimisches Recht handle, könne dies mit den von Krohn herangezogenen alten Handschriften des lübischen Rechts gezeigt werden.⁷⁵⁸ Selbst die älteste Handschrift des lübischen Rechts, als welche Summermann die von Krohn genannte und bei Ernst Joachim Westphalen abgedruckte Handschrift von 1240 ansieht, enthalte Teile, die ganz offensichtlich aus dem römischen Recht übernommen

⁷⁵⁴ Dazu Krohn: S. 144.

⁷⁵⁵ Wesenberg und Wesener (wie Fn. 583), § 7 IV (S. 116); im diesem Sinne auch: Luig (wie Fn. 583), S. 78f.

⁷⁵⁶ Zu Art. 20 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht II: Fn. 658.

⁷⁵⁷ Hiram Kümper, *Sachsenrecht. Studien zur Geschichte des sächsischen Landrechts in Mittelalter und früher Neuzeit*, Diss. phil. Mannheim 2007, Berlin 2009, S. 118.

⁷⁵⁸ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 14a f. (§ 46).

worden seien oder zumindest fremde Rechtsgrundsätze voraussetzen.⁷⁵⁹ Summermann beruft sich auf Joachim Lukas Stein.⁷⁶⁰

IV. Zwischenergebnis

Im Rahmen der Diskussion um die alten Rechte argumentieren Krohn und Bacmeister mit einer Vielzahl an rechtlichen und sonstigen Quellen der Antike und des Mittelalters. Während es Krohn darum geht, in der Frage des Erbrechts der halben Geburt eine Kontinuität aller deutschen Rechte nachzuweisen, nach der vollbürtige und halbbürtige Verwandte ein durchgängiges Vorrecht bei der Erbfolge gehabt hätten, will Bacmeister das Gegenteil hiervon zeigen. Eng damit verknüpft ist die Frage nach dem Einfluß des römischen Rechts auf die deutschen Rechte. Herangezogen werden Tacitus' Bericht von der Erbfolge bei den Germanen und die Geschichte von Karl dem Großen und seinen Nachkommen. Anschließend werden die germanischen Stammesrechte, die Rechtsbücher des Mittelalters sowie die alten Handschriften insbesondere des lübschen Rechts erörtert. Abgeschlossen wird die Diskussion mit einem vergleichenden Blick in die deutschen Nachbarländer Frankreich, Niederlande und Schweden. Summermann läßt sich darauf nicht ein und weist zudem auf die Verschiedenheit der deutschen Rechte in der Frage des Erbrechts der halben Geburt hin.

Allein der Raum, den auf der einen Seite die Diskussion zwischen Krohn und Bacmeister um die alten Rechte einnimmt, und der schlichte Hinweis Summermanns auf der anderen Seite, ausschließlich der Gesetzgeber könne Recht schaffen, zeigen, welche zwei unterschiedlichen Rechtsverständnisse im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn aufeinandertreffen. In das von Thomas Duve für das 16. und frühe 17. Jahrhundert beschriebene Umfeld einer starken Vielfalt an Rechtsquellen, in der das geschriebene Recht noch nicht die Bedeutung hatte, die es später in der Zeit der Aufklärung erlangte, lassen sich Krohn und Bacmeister mit ihren Ausführungen ohne weiteres noch einordnen.⁷⁶¹ Dafür ist Summermann in diesem Punkt ein Vertreter eines ganz anderen Rechtsdenkens. Zuzugeben ist freilich, daß Krohn an anderer Stelle selbst

⁷⁵⁹ Alte Handschrift des Lübecker Rechts von 1240 (zum Text: Westphalen (wie Fn. 278), Sp. 639ff.

⁷⁶⁰ Stein (wie Fn. 11), Vorbericht, 1. Anmerkung zu § 9 (S. 6f.).

⁷⁶¹ Zur Situation im 16. und frühen 17. Jahrhundert: S. 123.

betont, daß auf den Sachsen- und den Schwabenspiegel nur zurückgegriffen werden dürfe, um zu zeigen, daß die deutschen Rechte nicht dieselben Prinzipien wie das römische Recht hätten, und daß sich diese teilweise sogar untereinander stark unterschieden. Krohn sah die alten Rechte demnach nicht als geltendes Recht an.⁷⁶² Interessant ist Summermanns Bemerkung zur Unsicherheit bei der Rechtsanwendung. Denn namentlich die Statutenlehre, deren Aufgabe darin bestanden haben mag, Ordnung in das Nebeneinander zahlreicher Rechtsquellen zu bringen, hatte diese Aufgabe letztlich schon deshalb nicht vollständig erfüllen können, weil bspw. nicht verbindlich geklärt war, was unter dem Begriff des gemeinen Rechts überhaupt zu verstehen war.⁷⁶³ Hinzu kamen weitere begriffliche Unklarheiten.⁷⁶⁴ Allerdings bestätigt die Tatsache, daß Krohn und Bacmeister selbst im 18. Jahrhundert auf insgesamt mehr als über 120 Seiten noch zum Teil auf den ersten Blick vollkommen unabhängig vom geschriebenen Recht argumentieren, auch die Annahme Duves, wonach Lehre und Praxis im Recht dem Anspruch des Gesetzes, die alleinige Richtschnur bei der Rechtsfindung zu sein, nicht vollkommen gerecht wurden.⁷⁶⁵ Die Frage, warum es für Krohn und Bacmeister anscheinend ganz selbstverständlich ist, anläßlich eines Rechtsstreits um das Erbrecht vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter im 18. Jahrhundert unter anderem Tacitus' antiken Bericht über die Germanen oder die mittelalterliche Geschichte von Karl dem Großen und seinen Nachkommen heranzuziehen, stellt sich trotzdem. Als Erklärung kann das Phänomen dienen, das Dietmar Willoweit unter dem Begriff der geschichtlichen Rechtsbegründung zusammenfaßt.⁷⁶⁶ Für Krohn und Bacmeister ist ein solcher Rückgriff, d.h. die Lösung rechtlicher Probleme mit Rücksicht auf alte Quellen, zwar nicht mehr neu, aber offenbar immer noch legitim.

⁷⁶² Dazu: S. 61.

⁷⁶³ Duve (wie Fn. 571), S. 245, m. Hinweis auf: Wiegand (wie Fn. 206), 1. Kapitel (S. 11f.); zum Begriff des gemeinen Rechts auch Krohn: S. 53.

⁷⁶⁴ Duve (wie Fn. 571). S. 245, m. Hinweis auf: Oestmann (wie Fn. 217), S. 29ff.

⁷⁶⁵ Zur Situation im 18. Jahrhundert: S. 123.

⁷⁶⁶ Zur geschichtlichen Rechtsbegründung: S. 124.

6. Kapitel - Die deutschen Land- und Stadtrechte

I. Der Einfluß des römischen Rechts auf die deutschen Land- und Stadtrechte

Schon im Zusammenhang mit den alten Rechten diskutieren Krohn und Bacmeister über den Einfluß des römischen Rechts auf die deutschen Rechte.⁷⁶⁷ Darum geht es auch bei den Ausführungen Krohns und Bacmeisters zu den deutschen Land- und Stadtrechten. Krohn stellt hier zunächst einzelne neuere Rechte, die römisches Recht übernommen hätten, und solche, die römisches Recht nicht übernommen hätten, gegenüber.⁷⁶⁸ Die Gegenüberstellung Krohns endet mit einer Zuordnung des Lübecker Rechts zu den vom römischen Recht unbeeinflußten deutschen Rechten.⁷⁶⁹ Für Krohn ist diese Zuordnung wichtig, weil er auf diese Weise eine Heranziehung des römischen Erbrechts bei der Auslegung des Lübecker Rechts ausschließen will. Der Zusammenhang zwischen dem Bereich der alten Rechte und dem Bereich der deutschen Land- und Stadtrechte ist ein historischer und besteht darin, daß Krohn der Ansicht ist, daß einige der deutschen Land- und Stadtrechte die von ihm behauptete erbrechtliche Bevorzugung vollbürtiger Verwandter in den alten Rechten beibehalten hätten, wohingegen andere Rechte vom römischen Recht beeinflußt worden seien und diese ausnahmslose Bevorzugung damit aufgegeben hätten. An dieser Formulierung wird wiederholt deutlich, daß Ausgangspunkt für Krohn das Vorrecht vollbürtiger Verwandter ist.

Daß es überhaupt Land- und Stadtrechte gebe, in denen vollbürtige Verwandte nur ein beschränktes Vorrecht bei der Erbfolge hätten, begründet Krohn mit der Übernahme des römischen Rechts. An seine Ausführungen zu den alten Rechten anknüpfend schreibt Krohn zunächst, vor dem Ende des 15. Jahrhunderts seien in keinem einzigen Land- oder Stadtrecht halbbürtige und vollbürtige Verwandte gleichberechtigt gewesen.⁷⁷⁰ Am Ende des 15. Jahrhunderts sei aber das Reichskammergericht mit seinem römisch-kanonischen Verfahren er-

⁷⁶⁷ Dazu unter anderem: S. 149 und S. 151.

⁷⁶⁸ Zu dieser Unterscheidung bei Krohn bereits: S. 59.

⁷⁶⁹ Zum Einfluß des römischen Rechts auf das Lübecker Recht bei Krohn und Bacmeister bereits: S. 64, S. 66, S. 68 und S. 148; dazu bei Summermann bereits: S. 70.

⁷⁷⁰ Krohn (wie Fn. 3), 3. Kapitel, §§ 1f. (S. 63ff.); dazu im Zusammenhang mit den alten Rechten: S. 144 und S. 150.

richtet und mit im römischen Recht promovierten Juristen besetzt worden.⁷⁷¹ Krohn bezieht sich auf die Reichskammergerichtsordnung von 1495 und deren § 3 und führt in Übereinstimmung mit dem tatsächlichen Inhalt der Norm zu Recht aus, dort sei geregelt worden, daß dann, wenn Gewohnheiten und Statuten unergiebig seien, nach römischem Recht zu entscheiden sei.⁷⁷² Krohn sieht darin den Grund dafür, daß überall der Zwang bestanden habe, im römischen Recht ausgebildete Juristen zu engagieren.⁷⁷³ Letztere hätten, um sich nicht lächerlich zu machen, etwas anderes sagen müssen, als vorher bekannt gewesen sei. Krohn wiederholt damit ein Argument aus dem Bereich der Interpretation der römischen Intestaterbfolge.⁷⁷⁴ Auf den ersten Blick scheint Krohns Argument nicht akzeptabel zu sein. Doch wird in diesem Sinne tatsächlich Verständnis dafür geäußert, daß sich die studierten Juristen damals nicht für ein Recht einsetzten, das ihnen unbekannt war, sondern dasjenige Recht gebrauchten, das sie studiert hatten.⁷⁷⁵ Zugleich wird auch gesehen, daß die deutschen Schöffen den Vertretern eines wissenschaftlichen Rechts nichts entgegenzusetzen vermochten. Weiter schreibt Krohn, überall dort, wo das Reichskammergericht nicht weit entfernt, wo die Stände zu schwach oder wo, wie in den Städten, die bisherigen Rechte keinen guten Ruf gehabt hätten oder von den Kaisern nicht bestätigt gewesen seien, seien die alten Land- und Stadtrechte aufgehoben und durch Reformationen ersetzt worden. Dabei sei auch das falsche Verständnis von der Intestaterbfolge im römischen Recht, wonach vollbürtige und halb-bürtige Verwandte grundsätzlich gleichgestellt seien, hier und da mit übernommen worden.⁷⁷⁶

II. Krohns und Bacmeisters Argumente

1. Vom römischen Recht beeinflusste Rechte

Als erstes Beispiel für vom römischen Recht beeinflusste Rechte nennt Krohn die auch heute als rein romanistisch angesehene Wormser Reformation von

⁷⁷¹ Zur Gründung des Reichskammergerichts bei Krohn bereits: S. 54.

⁷⁷² Zu § 3 Reichskammergerichtsordnung von 1495: Fn. 210.

⁷⁷³ Zur Tätigkeit studierter Juristen in Lübeck: Cordes (wie Fn. 201), S. 124f.

⁷⁷⁴ Zu diesem Argument bei der römischen Intestaterbfolge: S. 86.

⁷⁷⁵ Wesenberg und Wesener (wie Fn. 583), § 12 (S. 84).

⁷⁷⁶ Zu diesem Verständnis unter anderem: S. 86.

1498.⁷⁷⁷ Diese zeige mit ihrem Hinweis auf das gemeine Recht gleich zu Beginn, „wie ein gantzer Karren von Rechts-Gelehrten (...), so nur beim Cammer-Gericht aufzutreiben gewesen“, an der Reformation mitgewirkt habe.⁷⁷⁸ Krohn zitiert dazu aus der Vorrede der Wormser Reformation und erinnert daran, daß das Reichskammergericht seinen Sitz damals in der Reichsstadt Worms gehabt habe.⁷⁷⁹ Um zu zeigen, wie die herrschende Meinung zur Erbfolge der Seitenverwandten im römischen Recht übernommen worden sei, zitiert Krohn aus derjenigen Bestimmung der Wormser Reformation, die Nov. 118, 3, 1 entspricht, aber insofern eindeutiger als Nov. 118, 3, 1 formuliert ist, als jene Bestimmung ausdrücklich regelte, daß für die Erbfolge solcher Seitenverwandter, die keine Geschwister des Erblassers waren, unerheblich war, ob es sich um vollbürtige oder halbbürtige Verwandte handelte.⁷⁸⁰

Das zweite Beispiel Krohns ist die *Constitutio Joachimica* von 1527.⁷⁸¹ In der Mark Brandenburg, wo die alten sächsischen Gewohnheiten aus politischen Gründen ausgerottet worden seien, sei in der *Constitutio Joachimica* die herrschende Meinung zur römischen Intestaterbfolge ebenfalls übernommen worden.⁷⁸² Krohn bezieht sich damit auf die ‚Constitution Wilkör und Ordnung der Erbfälle und andere Sachen‘ des brandenburgischen Kurfürsten Joachim I., die das römische Recht einführte und als wichtigster privatrechtlicher Gesetzgebungsakt in Brandenburg im 16. Jahrhundert bezeichnet wird.⁷⁸³ Ziel war es,

⁷⁷⁷ Zur Wormser Reformation: Wesenberg und Wesener (wie Fn. 583), § 16 VII (S. 102).

⁷⁷⁸ Krohn (wie Fn. 3), 3. Kapitel, § 3 (S. 65ff.).

⁷⁷⁹ Wormser Reformation, Vorrede: „(...) so haben wir, burgermeister und rate der alten erbarn stat Wormbs mit hohem flyß und zytiger vorbetrachtung, auch mit gutem vorrat der rechtgelerten, got zu lobe und ere, zu furdernus und merung gemeins nutzes (...) kraft des gemeinen rechten (...) dise hienach geschriben unser stat recht, gesetz, ordenung, statuta, policy, alt herkommen und gut gewonheiten ernüweret, reformiret; (...)“ (zum Text: Franz Beyerle, *Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, 1. Band, 1. Halbband. *Ältere Stadtrechtsreformationen*, Weimar 1936, S. 97); auf einen möglichen Zusammenhang zwischen der 1497 erfolgten Verlegung des Reichskammergerichts nach Worms und der Wormser Reformation von 1498 weist auch Stobbe hin (Stobbe (wie Fn. 819), § 80 (S. 332)).

⁷⁸⁰ Wormser Reformation, Titel 4, 4, 1 (zum Text: Beyerle (wie Fn. 779), S. 160); zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

⁷⁸¹ Zur *Constitutio Joachimica*: Wesenberg und Wesener (wie Fn. 583), § 16 II (S. 92f.).

⁷⁸² Krohn (wie Fn. 3), 3. Kapitel, § 4 (S. 67f.).

⁷⁸³ Heinrich Gehrke, *Deutsches Reich*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (hg. von Helmut Coing), 2. Band.

die mit der Vielfalt der Erbrechtsordnungen in der Mark Brandenburg verbundene Rechtsunsicherheit zu beenden. Krohn zitiert aus der Vorrede sowie aus dem 3. und 7. Titel, die einen ausdrücklichen Hinweis auf die Aufhebung des bisherigen Rechts sowie dessen Ersetzung durch das gemeine Recht und dessen subsidiäre Anwendung enthalten.⁷⁸⁴ Krohns Zitat aus dem 6. Titel entspricht wiederum Nov. 118, 3, 1.⁷⁸⁵

Weitere Rechte sind die Reformation von Frankfurt am Main von 1509, die Mecklenburgische Polizei- und Landesordnung von 1562 und das Hamburger Stadtrecht von 1603. Auch bei der Reformation von Frankfurt am Main weist Krohn darauf hin, daß das Reichskammergericht dort seinen ersten Sitz gehabt habe, und betont unter Heranziehung des bei Heinrich Christian Senckenberg enthaltenen Wortlauts der Bekanntmachung der Reformation, daß diese insbesondere das Erbrecht betroffen habe.⁷⁸⁶ Die Nov. 118, 3, 1 ent-

Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts, 2. Teilband. Gesetzgebung und Rechtsprechung, München 1976, S. 310-418, S. 326 m.w.N.

⁷⁸⁴ Vorrede sowie 3. Titel und 7. Titel *Constitutio Joachimica*: „So Wir aber befunden, daß die Erbfälle in Unsern Landten, mancherley gestalt, (...) aus angenommener Übung und langen hergebrachten Gebrauch eingeführet, und ungleich gehalten werden; (...) Aber dennoch gemeinem geschriebenen Rechten, ungemess (...) , haben Wir (...) alle Constitution, Ordnung, Privilegia, Übung und lang hergebrachten Gebrauche, sonderlich der Erbfälle, welcherley Gestalt, die biß anhero in Unsern Landten und Churfürstenthumb gehalten, gänzlich und gar auffgehoben und abgethan, (...) und wollen Wir daß die nachfolgenden Articeln, Satzungen und Recht hinführo von den Unsern sollen gehalten werden (...)“ (Vorrede); „(...) ordnen und setzen Wir, (...) daß in unsern Landten, in allen gemeinen Erbfällen Keyser Recht gesprochen werde, (...)“ (3. Titel); „(...) Und so über hieroben gesetzte, gewilkörte und angezeigte Gemeine Erbfälle, etliche sonderliche Fälle, sich begeben, würden, die hierinnen nicht begriffen, sollen dieselbigen nach gemeinen und beschriebenen Keyser Rechten geörtert und gesprochen werden. (...)“ (7. Titel) (zum Text: Christian Otto Mylius, *Corpus constitutionum Marchicarum oder Königl.-Preußis. und Churfürstl.-Brandenburgische in der Chur- und Marck Brandenburg auch incorporirten Landen publicirte und ergangene Ordnungen, Edicta, Mandata, Rescripta etc.*, 2. Teil, Berlin/Halle 1738, 1. Abteilung, Sp. 19f., Sp. 23 und Sp. 26).

⁷⁸⁵ Titel 6, 3 *Constitutio Joachimica* von 1527 (zum Text: Mylius (wie Fn. 784), 1. Abteilung, Sp. 25f.); zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

⁷⁸⁶ Krohn (wie Fn. 3), 3. Kapitel, § 5 (S. 69f.); Heinrich Christian von Senckenberg, *Selecta iuris et historiarum tum anecdota tum iam edita, sed rariora*, 1. Band, Frankfurt am Main 1734, 6. Teil, Lit. e (S. 578f.): „(...) Lieben Frunde ir haben biss anhere offit und viel gesehen und gehort, vvie sich Irrunge und zveispaltikeit zwischen den Burgern und Innvvonern dieser Statt Franckenfort etlicher Gevvohnheiten und Übungen halber, und sonderlich inn den Erbfellen, darum dass dieselben nit beschrieben, auch gemeinen rechten etlicher masen nit gemese gevvest sin erhalten gehabt, dardurch dan die parthien zu Rechtfertigungen und mergklichen kosten

sprechende Vorschrift ist Art. 5, 3, 8 Frankfurter Reformation.⁷⁸⁷ Die Mecklenburgische Polizei- und Landesordnung regelte genauso wie die Wormser Reformation ausdrücklich, daß es auf die Vollbürtigkeit der Erben nicht ankam.⁷⁸⁸ Das Hamburger Stadtrecht endlich sei bis zum Anfang des 17. Jahrhunderts vom römischen Recht weitgehend unbeeinflusst geblieben.⁷⁸⁹ Erst im Jahre 1603 sei auch das Hamburger Stadtrecht revidiert worden und sei in Art. 3, 3, 16 Hamburger Stadtrecht die herrschende Meinung zur Erbfolge im römischen Recht übernommen worden, woraus Krohn zitiert.⁷⁹⁰ Art. 3, 3, 16 Hamburger Stadtrecht entspricht wiederum Nov. 118, 3, 1.⁷⁹¹

ervvachsen sin darum haben unsere Herren der Rat dieser Statt Franckenfort, ein nuvve Ordnung und Gesetze gemeinen Burgern zu gut vvie es numeher gehalten vverden sol, die sie also hinfur auff Sant Martins des heiligen Bischoffs tag nechstkompft anzufahen gehalten haben vvollen machen und drucken lassen, (...).“; zur Frankfurter Reformation: Wesenberg/Wesener (wie Fn. 583), § 16 XII (S. 103); dazu auch: Helmut Coing, Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte, Frankfurt am Main 1939.

⁷⁸⁷ 5. Teil, 3. Titel, Art. 8 Reformation von Frankfurt am Main (zum Text: Der Statt Franckenfurt am Mayn erneuverte Reformation, Frankfurt am Main 1578, Bl. 179); zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

⁷⁸⁸ Krohn (wie Fn. 3), 3. Kapitel, § 6 (S. 70f.); Mecklenburgische Polizei- und Landesordnung: „Weiter, wenn keine Kinder, Eltern, Brüder, Schwestern, Brüder oder Schwester Kinder weder von voller noch von halber Geburt, so wie oben angezeigt, vorhanden, so hat alsdann statt die gemeine Rechts Regel. Wer sich näher zu den Verstorbenen Geblütes halben berechnen und ziehen kann, der schleußt den andern, so dem Verstorbenen in weitem Glied oder Grade verwandt gewesen, von der Erbschaft aus, und alsdann wird nicht mehr Achtung darauf gegeben oder bewogen, ob die Eltern einander von halber oder ganzer Geburt verwandt gewesen seyn oder nicht. Daraus folget, daß der Mutter halbe Schwester näher zu des Verstorbenen Erbe ist, dann des Großvatern vollständige Schwester. Also sind auch Vaters oder Mutters Brüder oder Schwester von voller Geburt und Vaters oder Mutters Brüder oder Schwester von halber Geburt gleich nahe zu dem Erbe des Verstorbenen. Item. Des Vaters Brüder von halber Geburt sind näher zu der Erbschaft, dann des Vater Brüder Kinder von voller Geburt.“ (zum Text: Wilhelm Bärensprung, Sammlung alter und neuer Landes-Gesetze Ordnungen und Constitutionen von Policy und Landzollsachen, 4. Teil, Schwerin 1779, S. 55f.); zu Nov. 113, 3, 1: Fn. 168.

⁷⁸⁹ Krohn (wie Fn. 3), 3. Kapitel, § 7 (S. 71ff.); zum alten Hamburger Stadtrecht bereits: S. 147 und S. 147.

⁷⁹⁰ Art. 3, 3, 16 Hamburger Stadtrecht: „Hat die verstorbene Person keinen Erben in ab- oder auffsteigender Linie, imgleichen keinen Bruder oder Schwester, von beyden, oder von einem Bande allein, noch derselben Kinder verlassen; so werden die zu Erben zugelassen, die dem Verstorbenen von Vater oder Mutter, rechter Blutverwandniß nach, zum nächsten befreundet sind, welche auch die Erbschaft unter sich in die Häupter theilen, und wird alsdann nicht mehr in acht genommen, ob sie von einem oder zweyen Banden einander befreundet sind; wie dann auch nach Brüdern und

2. Vom römischen Recht unbeeinflusste Rechte

Krohn kann nur zwei Beispiele für Rechte nennen, die in der Frage des Erbrechts der halben Geburt vom römischen Recht unbeeinflusst geblieben seien. Sein erstes Beispiel ist die Hessische Gerichtsordnung von 1497. Zwar sei auch hier römisches Recht übernommen worden.⁷⁹² Anders als nach der herrschenden Meinung zum römischen Recht sei aber geregelt worden, daß auch unter Onkeln und Tanten des Erblassers vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht bei der Erbfolge hätten. Auf diese Weise sei die deutsche Gewohnheit zum Erbrecht der halben Geburt wenigstens in dieser Hinsicht beibehalten worden. Krohn zitiert dazu unmittelbar aus dem 43. Kapitel der Hessischen Gerichtsordnung.⁷⁹³ Bacmeister, der sich nur zu den vom römischen Recht unbeeinflussten Rechten äußert, hält die Hessische Gerichtsordnung demgegenüber für eine Ausnahme, die zum Verständnis des Lübecker Rechts nichts beitragen könne.⁷⁹⁴ Unter Berufung auf Heinrich Christian Senckenberg behauptet Bacmeister, in Hessen habe früher die Lex Salica gegolten, das Recht der salischen Franken.⁷⁹⁵ Das fränkische Recht habe sich aber insbesondere vom sächsischen Recht stark unterschieden. So habe die Lex Salica im 62. Titel geregelt, daß nach den Geschwistern sogleich die Schwestern der Eltern zur Erbfolge berufen seien, während die Kinder der Brüder erst danach geerbt hätten.⁷⁹⁶ Jedoch erbten im sächsischen Recht die Kinder der Brüder des Erblassers wenigstens neben dem Bruder des Vaters. Bacmeister ver-

Brüder-Kindern, dieienigen, so in weiterem Grad stehen, ferner nicht an ihrer Eltern Stelle treten.“ (zum Text: Der Stadt Hamburg Statuten und Gerichts-Ordnung (wie Fn. 709), S. 301); zum Hamburger Stadtrecht bereits: S. 150.

⁷⁹¹ Zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

⁷⁹² Krohn (wie Fn. 3), 4. Kapitel, § 3 (S. 77).

⁷⁹³ 43. Kapitel der Hessischen Gerichtsordnung: „So aber das Gestorben verläßt seines Vatters Brüder oder Schwester, ihme versamentlich verwandt, vnd seiner Mutter Geschwister von dem Vater, oder von der Mutter allein; So erben dieselben deß Vatters versammnete Geschwisterde, vor der Mutter Geschwisterde von einem Eltern alleine. Vnd deßgleichen sol es deß Gestorbens Mutter versammnete Geschwister halb, gegen deß Vatters Geschwistern von einem Eltern allein auch gehalten werden; (...).“ (zum Text: Abraham Saur, Fasciculi iudicarii ordinis singularis, 2. Teil, Mainz 1589, Hessische Gerichts-Ordnung. De Anno 1497, S. 18).

⁷⁹⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 417ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 5. Kapitel (S. 20ff.).

⁷⁹⁵ Heinrich Christian von Senckenberg, Commentatio de iure Hassorum privato antiquo et hodierno, Gießen 1742, § 3 (S. 7f.); zur Lex Salica bei Krohn vor allem: S. 130.

⁷⁹⁶ Zum 62. Titel der Lex Salica: Fn. 599, Fn. 600 und Fn. 610.

weist dazu auf Johann Gottlieb Heineccius.⁷⁹⁷ Bacmeister geht so weit, die Existenz der Hessischen Gerichtsordnung von 1497 zu bestreiten, und führt aus, selbst unter denjenigen Stadtrechten, die bei Senckenberg abgedruckt seien, sei von dem, was Krohn ausführe, nichts zu finden.⁷⁹⁸ Davon abgesehen könnte die Hessische Gerichtsordnung auch die Folge eines falschen Verständnisses des in Hessen zeitig eingeführten römischen Rechts sein.⁷⁹⁹ Auch ein falsches Verständnis der Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ hält Bacmeister für denkbar, weil danach vollbürtige Verwandte gegenüber halb-
bürtigen Verwandten anders als nach der Hessischen Gerichtsordnung, die kein unbeschränktes Vorrecht vollbürtiger Verwandter enthalte, generell bevorzugt würden. Krohn wiederum hält Bacmeisters Einwände für unerheblich und teilweise für unrichtig.⁸⁰⁰ Er habe bloß zeigen wollen, daß es Rechte gebe, in denen auch unter Geschwistern der Eltern vollbürtige Verwandte halb-
bürtige Verwandte von der Erbfolge ausschließen. Daß in Hessen früher die Lex Salica gegolten habe, ändere im übrigen nichts an dem, was die Hessische Gerichtsordnung ausdrücklich regle. Eine andere Frage sei es, ob das fränkische Recht andere Prinzipien als das sächsische Recht gehabt habe. Krohn verneint dies. Denn auch in der Lex Salica sei zwischen vollbürtigen und halb-
bürtigen Verwandten unterschieden worden. Es habe seinen Grund gehabt, daß nach dem 62. Titel der Lex Salica nach den Geschwistern des Erblassers sogleich die Geschwister der Eltern und erst danach die Kinder der Geschwister geerbt hätten.⁸⁰¹ Krohn hält es weiter für unerheblich, daß sich die Hessische Gerichtsordnung bei Senckenberg nicht finde. Denn in den ‚Selecta iuris et historiarum‘ seien auch die neueren hessischen Gerichtsordnungen nicht enthalten und in der ‚Commentatio de iure Hassorum privato‘ gebe Senckenberg selbst zu, daß er von der Hessischen Gerichtsordnung lediglich eine Ausgabe von 1531 und von 1557 habe. Daß die Hessische Gerichtsordnung möglicherweise die Folge eines falschen Verständnisses des römischen Rechts oder der Parömie

⁷⁹⁷ Heineccius (wie Fn. 268), 2. Buch, 9. Titel, § 260 (S. 557).

⁷⁹⁸ Senckenberg (wie Fn. 795); Heinrich Christian von Senckenberg, *Selecta iuris et historiarum tum anecdota tum iam edita, sed rariora*, 3. Band, Frankfurt am Main 1735; Heinrich Christian von Senckenberg, *Selecta iuris et historiarum tum anecdota tum iam edita, sed rariora*, 5. Band, Frankfurt am Main 1739.

⁷⁹⁹ Zu diesem Argument im Zusammenhang mit den alten Rechten bei Summermann: S. 159.

⁸⁰⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 760ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 3 (S. 85ff.).

⁸⁰¹ Zur Argumentation Krohns zur Lex Salica: S. 130.

„Halbe Geburt tritt ein Glied weiter“ sei, hält Krohn ebenfalls für unerheblich. Im übrigen sei es falsch, daß das römische Recht in Hessen zeitig eingeführt worden sei. Nach Senckenberg sei das römische Recht nämlich nicht vor dem 15. Jahrhundert nach Hessen gelangt.⁸⁰²

Als zweites Beispiel führt Krohn die Nürnberger Reformation von 1564 an, wonach vollbürtige Geschwister der Eltern ebenfalls gegenüber halbbürtigen Geschwistern derselben ein Vorrecht bei der Erbfolge hatten.⁸⁰³ Einschränkend weist Krohn darauf hin, daß darin über Geschwister der Eltern des Erblassers hinaus vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten kein Vorrecht bei der Erbfolge hätten, sondern halbbürtige und vollbürtige Verwandte gleichgestellt seien. Bacmeister hält Krohn auch hier entgegen, daß die Nürnberger Reformation insofern nichts anderes als die Folge eines falschen Verständnisses des römischen Rechts sei, und stellt dazu Vergleiche mit dem bayrischen Landrecht und dem Augsburger Stadtrecht an.⁸⁰⁴ Krohn hält auch Bacmeisters Einwände zur Nürnberger Reformation für unerheblich.⁸⁰⁵ Denn in vielen Land- und Stadtrechten, die römisches Recht übernommen hätten, hätten vollbürtige Geschwister der Eltern gegenüber deren halbbürtigen Geschwistern weiterhin ein Vorrecht gehabt, weil das Gegenteil für unbillig gehalten worden sei oder die alten Gewohnheiten nicht hätten aufgegeben werden sollen. Beispiele nennt Krohn zwar nicht, schreibt aber, daß in der Vorrede zur Nürnberger Reformation stehe, daß diese sich zwar am römischen Recht orientiere, aber nur insofern, als dies die eigenen Rechtsgewohnheiten zuließen. Krohn zitiert allerdings nicht aus der Nürnberger Reformation von 1564, um die es an dieser Stelle geht, sondern aus der Nürnberger Reformation von 1479, ohne darauf besonders hinzuweisen.⁸⁰⁶ Für Krohn bestätigt dies, daß alles, was in der Nürn-

⁸⁰² Senckenberg (wie Fn. 795), § 9 (S. 19).

⁸⁰³ Krohn (wie Fn. 3), 4. Kapitel, § 3 (S. 77f.); Gesetz 3, 35, 8 der Nürnberger Reformation (zum Text: Der Stat Nurnberg verneute Reformation, Nachdruck der Ausgabe 1564, Altdorf 1755, S. 221); kurz zur Nürnberger Reformation: Wesenberg und Wesener (wie Fn. 583), § 16 XII (S. 102), sowie: Andreas Gedeon, Zur Rezeption des römischen Privatrechts in Nürnberg, Nürnberg 1957.

⁸⁰⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 421f. = Bacmeister (wie Fn. 4), 5. Kapitel (S. 22); Riccius (wie Fn. 204), 1. Buch, 3. Hauptstück, § 3 (S.60f.); zum bayrischen Landrecht: Johann Heumann von Teutschenbrunn, Opuscula quibus varia iuris Germanici itemque historica et philologica argumenta explicantur, Nürnberg 1747.

⁸⁰⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 773ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 4 (S. 90ff.).

⁸⁰⁶ Vorrede der Nürnberger Reformation von 1479: „Und nachdem dann sölliche gesetz nach rat vil hochgelerter doctores, und den gemeinen geschriben rechten, sovil sich

berger Reformation nicht römischem Recht entspreche, seinen Ursprung in alten Gewohnheiten habe. Woher diejenigen Bestimmungen, nach der vollbürtige Geschwister der Eltern gegenüber deren halbbürtigen Geschwistern ein Vorrecht hätten, übernommen worden seien, sei auch nicht entscheidend. Vielmehr sei entscheidend, daß es eine derartige Bestimmung überhaupt gebe. Zum bayrischen Landrecht schreibt Krohn mit Hinweis auf Heinrich Christian Senckenberg nur, dieses sei erst im Jahre 1344 entstanden und damit viel jünger als das Nürnberger Stadtrecht, daß bereits im Jahre 1331 erwähnt worden sei.⁸⁰⁷ Hierzu verweist Krohn auf Christian Gottlieb Riccius.⁸⁰⁸ Vor der Entstehung des bayrischen Landrechts habe an dessen Stelle das schwäbische Landrecht gestanden, wozu Krohn erneut auf Senckenberg verweist.⁸⁰⁹ Im schwäbischen Landrecht hätten aber, wie im sächsischen Recht, vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten immer ein Vorrecht gehabt.

3. Der Einfluß des römischen Rechts auf das Lübecker Recht

Daß auch das Lübecker Recht eine Beschränkung wie die Nürnberger Reformation enthalte, hält Krohn für einen gewaltigen Irrtum.⁸¹⁰ Krohn berührt damit den für den Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn entscheidenden Punkt. Die Frage nach dem Einfluß des römischen Rechts auf das Lübecker Recht zieht sich wie ein roter Faden durch den Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn, denn sie ist untrennbar verbunden mit der weiteren Frage nach dem Rückgriff auf das römische Recht bei der Auslegung des Lübecker Rechts.⁸¹¹ Auch Krohns Argument, wonach das Lübecker Recht der westfälischen Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ ohne Beschränkung auf Verwandte be-

das nach der stat Nüremberg gelegenheit, herkomen und leufte hat erleiden mügen, gemeß gemacht sind, (...).“ (zum Text: Beyerle (wie Fn. 779), S. 3); daß es sich bei Krohns Zitat um die Nürnberger Reformation von 1479 handelt, ergibt sich lediglich aus Krohns Verweis auf Christian Gottlieb Riccius (wie Fn. 204), 1. Buch, 3. Hauptstück, § 4 (S. 61).

⁸⁰⁷ Heinrich Christian von Senckenberg (Präses)/Wichard Johann Wilhelm Kreuzler (Respondent), *Disputatio iuridica de legibus gentis Bavaricae*, Diss. iur. Gießen 1742, Gießen 1742, § 8 (S. 8).

⁸⁰⁸ Riccius (wie Fn. 204), 1. Buch, 3. Hauptstück, § 2 (S. 60).

⁸⁰⁹ Senckenberg (wie Fn. 807), § 7 (S. 7f.).

⁸¹⁰ Krohn (wie Fn. 3), 4. Kapitel, § 3 (S. 78); zur Nürnberger Reformation: S. 169.

⁸¹¹ Zum Einfluß des römischen Rechts auf das Lübecker Recht bei Krohn und Bacmeister bereits: S. 64, S. 66, S. 68 und S. 148; dazu Summermann: S. 70; zudem im Zusammenhang mit dem Lübecker Ehegattenerbrecht: S. 19.

stimmter Grade folgt, ist zugleich eine Verneinung des Einflusses des römischen Rechts auf das Lübecker Recht.⁸¹² Dieser Einfluß wird tatsächlich für gering gehalten. Für das 20. Jahrhundert ist Wilhelm Ebel zu nennen.⁸¹³ Nach Ebel wirkte sich das rezipierte römische Recht auf das Lübecker Recht kaum aus.⁸¹⁴ Das Lübecker Stadtrecht von 1586 charakterisiert Ebel als Abschluß der mittelalterlichen Periode des Lübecker Rechts, aber auch als Grundlage für die folgenden drei Jahrhunderte.⁸¹⁵ Die Revision des Lübecker Stadtrechts war nötig gewesen, weil die verschiedenen alten Handschriften des lübischen Rechts untereinander nicht übereingestimmt hatten.⁸¹⁶ Die Frage der Authentizität der jeweiligen Rechtsquelle war oftmals unklar. Vermutlich griffen die Revisoren des Lübecker Stadtrechts von 1586 auf einen Codex aus dem 16. Jahrhundert zurück.⁸¹⁷ Der Aufbau des revidierten Stadtrechts lehnt sich zwar an den Aufbau der Institutionen Justinians an. Ebel stellt dennoch fest, daß die Verfasser des Lübecker Stadtrechts im Gegensatz zu den Verfassern anderer Stadtrechte nicht das Ziel gehabt hätten, das römische Recht in das Lübecker Recht aufzunehmen. Zumindest lasse sich in materieller Hinsicht kaum etwas vom römischen Recht finden. Römische Rechtsbegriffe seien als bloße Fremdwörter verwendet worden.⁸¹⁸ In diesem Sinne sah Ebel im Lübecker Stadtrecht von 1586 ausschließlich eine Klarstellung und Sicherung des überkommenen Lübecker Rechts. Diese Ansicht wurde bereits im 19. Jahrhundert von Otto Stobbe vertreten.⁸¹⁹ Nicht zuletzt für die Intestaterbfolge schloß Stobbe einen Einfluß des römischen Rechts mit dem Hinweis auf den von Nov. 118 abweichenden Wortlaut von Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht aus.⁸²⁰ Eine andere Frage ist es freilich, wie die zeitgenössische Rechtslehre und Rechtspraxis mit dem

⁸¹² Dazu: S. 146; zu dieser Parömie auch schon: S. 152 und S. 168.

⁸¹³ Für die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts: Hans Germann, *Das Eindringen römischen Rechts in das lübische Recht*, Diss. iur. Leipzig 1933, Leipzig 1933; für das Ende des 20. Jahrhunderts: Landwehr (wie Fn. 170), S. 29ff.

⁸¹⁴ Ebel (wie Fn. 8), Sp. 83; so auch: Landwehr (wie Fn. 170), S. 29, sowie: Oestmann (wie Fn. 217), S. 21.

⁸¹⁵ Ebel (wie Fn. 680), S. 213ff.

⁸¹⁶ Landwehr (wie Fn. 170), S. 25ff.; zu den alten lübischen Handschriften: S. 145.

⁸¹⁷ Hach (wie Fn. 680), S. 153ff.

⁸¹⁸ Dazu auch: Landwehr (wie Fn. 170), S. 29 m.w.N.

⁸¹⁹ Otto Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, 2. Band, Braunschweig 1864, § 76 II (S. 295f.).

⁸²⁰ Stobbe (wie Fn. 819), § 76 II (S. 296); zu Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht: Fn. 291.

revidierten Lübecker Stadtrecht von 1586 umging.⁸²¹ Zur *Iurisprudentia iuris Lubecensis* gehörten vor allem die Kommentare von David Mevius und Joachim Lukas Stein, die auch von Krohn und Bacmeister genutzt werden.⁸²² Mevius sprach sich in seinem ‚*Commentarius in ius Lubecense*‘ dafür aus, bei der Auslegung des Lübecker Rechts nicht ohne weiteres auf das römische Recht zurückzugreifen.⁸²³ Das Lübecker Recht müsse aus sich selbst heraus ausgelegt werden, wobei der Wortlaut der Lübecker Statuten nur einer der zu berücksichtigenden Aspekte sei.⁸²⁴ Dafür entwickelte Mevius eine eigene Auslegungslehre. Hierauf greift auch Krohn im Zusammenhang mit dem Verhältnis des römischen Rechts und der deutschen Rechte zurück.⁸²⁵ Obwohl Mevius das partikulare Recht als geschlossenes System ansah und den Satz ‚*Statuta sunt stricte interpretanda*‘ auf diese Weise überwand, konnte Mevius sein Ziel im Ergebnis nicht ganz verwirklichen.⁸²⁶ Daß Mevius selbst immer wieder auf das römische Recht zurückgriff, wurde nicht nur im 19. Jahrhundert bspw. von Roderich Stintzing festgestellt.⁸²⁷ Auch in der Forschung des 20. Jahrhunderts scheint in diesem Punkt Übereinstimmung zu bestehen.⁸²⁸ Dabei wird Mevius` Stadtrechtskommentar aus dem 17. Jahrhundert mitunter sogar als mustergültig für die Durchdringung des partikularen Rechts mit dem römischen Recht betrachtet.⁸²⁹ Demgegenüber muß Stein mit seinem nicht mehr in lateinischer, sondern in deutscher Sprache verfaßten Kommentar aus dem 18. Jahrhundert geradezu als Antagonist von Mevius bezeichnet werden.⁸³⁰

⁸²¹ Zur Praxis des Lübecker Rats im 16. Jahrhundert: Cordes (wie Fn. 201).

⁸²² Ebel (wie Fn. 680), S. 8; zur *Iurisprudentia iuris Lubecensis*: Landwehr (wie Fn. 170), S. 35ff.; zu Mevius und Stein bereits: S. 39.

⁸²³ Mevius (wie Fn. 57), *Quaestio prima praeliminaris*, Rn. 57 (S. 7).

⁸²⁴ Mevius (wie Fn. 57), *Quaestio decima praeliminaris*, Rn. 1-6 (S. 41) und Rn. 22-26 (S. 42); dazu: Luig (wie Fn. 456), S. 396f.

⁸²⁵ Zu diesem Rückgriff: S. 60.

⁸²⁶ So: Luig (wie Fn. 456), S. 397.

⁸²⁷ Roderich Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 2. Band, München/Leipzig 1884, S. 138f.

⁸²⁸ Luig (wie Fn. 456), S. 397; Peter Oestmann, *Germanisch-deutsche Rechtsaltertümer im Barockzeitalter - eine Fallstudie. Erweiterte und veränderte Fassung des Vortrags vom 19. Oktober 2000 im Stadthaus am Dom zu Wetzlar*, in: *Schriftenreihe der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung*, Heft 26, Wetzlar 2000, S. 25.

⁸²⁹ So: Stephan Buchholz, *Zum Usus modernus bei David Mevius*, in: *David Mevius (1609-1670), Leben und Werk eines pommerschen Juristen von europäischem Rang* (hg. von Nils Jörn), Hamburg 2007), S. 70-80, S. 74.

⁸³⁰ Oestmann (wie Fn. 828), S. 25.

So sah Stein die Aufgabe seines eigenen Stadtrechtskommentars ausdrücklich darin, das Lübecker Recht in seinem nach Steins Ansicht echten Zusammenhang darzustellen.⁸³¹ Stein selbst hielt dies für einen großen Vorteil seines eigenen Kommentars gegenüber demjenigen von Mevius.⁸³² Ungeachtet dessen blieb Mevius' Kommentar nicht ohne Einfluß auf die Rechtspraxis, sondern entfaltete eine starke Austrahlungswirkung. Zumindest über diesen Umweg mag römisches Recht letztlich doch Zugang zum Lübecker Recht gefunden haben.

4. Die Wechselseitigkeit in der Erbfolge

Ein weiterer Punkt, den Krohn in diesem Zusammenhang behandelt, ist die Wechselseitigkeit in der Erbfolge. Auch wenn nach dem falschen Verständnis der römischen Intestaterbfolge vollbürtige Verwandte nicht durchgängig, d.h. ohne Beschränkung auf Verwandte bestimmter Verwandtschaftsgrade, bevorzugt würden, sei immerhin anerkannt, daß auch unter denjenigen Verwandten, die mit dem Erblasser im gleichen Grad verwandt seien wie Kinder der Geschwister, nämlich unter Onkeln und Tanten, vollbürtige Verwandte ein Vorrecht haben müßten.⁸³³ Krohn hält das für nachvollziehbar und begründet seine Zustimmung damit, daß alle Rechte in der Erbfolge insofern wechselseitig seien, als derjenige, der von einem anderen beerbt werde, diesen im Zweifel auch selbst beerben würde. Wenn ein Onkel oder eine Tante von den Kindern seiner oder ihrer vollbürtigen Geschwister beerbt werde, schlossen dabei Kinder vollbürtiger Geschwister Kinder halbbürtiger Geschwister von der Erbfolge aus. Krohn ist der Ansicht, daß dann auch im umgekehrten Fall vollbürtige Onkel und Tanten vor halbbürtigen Onkeln und Tanten zur Erbfolge berufen sein müßten. Was für die Erbfolge in absteigender Linie gelte, müsse auch in aufsteigender Linie gelten. Denn das, was im Recht in einer Hinsicht gelte, müsse auch in einer anderen Hinsicht gelten, wenn insofern eine wechselseitige Beziehung bestehe. Weil eine solche wechselseitige Beziehung auch zwischen Onkeln und Neffen bestehe, sei kein Grund dafür ersichtlich, warum nicht auch hier auf beiden Seiten vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht haben sollten. Außerdem beerbe derjenige Neffe, dessen Vater ein vollbürtiger Bruder seines Onkels gewesen sei, letzteren, weil jener bei der

⁸³¹ Joachim Lukas Stein, Gründliche Abhandlung des Lübschen Rechts, 1. Teil, Leipzig 1738, Vorrede (Bl. 7).

⁸³² Stein (wie Fn. 831), Vorrede (Bl. 7).

⁸³³ Krohn (wie Fn. 3), 4. Kapitel, §§ 1f. (S. 74ff.).

Erbfolge an die Stelle seines Vaters trete. Krohn meint damit das Repräsentationsrecht. Dies müsse auch in der umgekehrten Konstellation gelten. Denn wenn der Tod jenes Neffen so angesehen würde, als wäre nicht dieser, sondern dessen Vater selbst gestorben, so stünde fest, daß derjenige Onkel, der ein vollbürtiger Bruder des Vaters jenes Neffen gewesen sei, demjenigen gegenüber, der lediglich ein halbbürtiger Bruder des Vaters jenes Neffen gewesen sei, bei der Erbfolge ein Vorrecht hätte. In seiner ‚Weiteren Ausführung‘ ergänzt Krohn dies um den Hinweis auf den Satz ‚Daß ich der nächste Erbe desjenigen bin, der mein nächster Erbe ist‘ sowie darauf, daß dessen Geltung nicht nur von Joachim Lukas Stein, sondern auch von David Mevius anerkannt werde.⁸³⁴ Mevius schreibe in seinem Kommentar, daß derjenige, der von einem anderen nicht beerbt werden dürfe, auch selbst diesen anderen nicht beerben dürfe. Daß derartiges bereits im römischen Recht bekannt gewesen sei, zeige Cod. 6, 58, 14. Bacmeister äußert sich hierzu nicht.

III. Summermanns Relation

Für Summermann sind nur diejenigen Land- und Stadtrechte interessant, die nicht nur vollbürtigen Verwandten absteigender Linie gegenüber halbbürtigen Verwandten absteigender Linie ein Vorrecht gewährten, sondern in denen auch in aufsteigender Linie vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht hätten.⁸³⁵ Sicherlich denkt Summermann dabei an die Konstellation im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn. Die Hessische Gerichtsordnung von 1497 und die Nürnberger Reformation von 1564 fallen bei Summermann nicht ins Gewicht, weil deren Anzahl gering sei und deren Existenz angezweifelt worden sei.⁸³⁶ Summermann selbst geht auf deren Existenz nicht ein. Nach Summermanns zweitem Argument lassen die beiden Rechte keinen Schluß auf ein einheitliches deutsches Recht und auch nicht auf ein dementsprechendes Lübecker Recht zu. Summermann folgt insofern erneut Bacmeister.⁸³⁷ Im Zusammenhang mit den alten Rechten vertritt Summermann

⁸³⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 757ff. = Krohn (wie Fn. 4), 5. Kapitel, § 2 (S. 84f.); Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, § 269 (S. 377); Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 1, Rn. 52 (S. 347).

⁸³⁵ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 14c f. (§ 48).

⁸³⁶ Auf die geringe Anzahl weist auch Bacmeister hin: AHL RKG S 118 Q 40a S. 417 = Bacmeister (wie Fn. 4), 5. Kapitel (S. 20).

⁸³⁷ Dazu Bacmeister: S. 167.

dies auch für die Vergangenheit.⁸³⁸ Außerdem kennten wesentlich mehr Land- und Stadtrechte eine Bevorzugung vollbürtiger Verwandter nicht einmal unter Geschwistern oder zumindest nicht über Seitenverwandte absteigender Linie hinaus. Den von Krohn genannten Satz ‚Daß ich der nächste Erbe desjenigen bin, der mein nächster Erbe ist‘ hält Summermann insbesondere für das Lübecker Recht schon deshalb für unbedeutend, weil jener aus dem römischen Recht stamme.⁸³⁹ Dieses Argument ist merkwürdig, weil Summermann an anderer Stelle seines Votums mit Hinweis auf David Mevius selbst feststellt, daß das Lübecker Stadtrecht von 1586 seinen Ursprung zu einem großen Teil im römischen Recht habe und das römische Recht deswegen zur Auslegung des Lübecker Rechts heranzuziehen sei.⁸⁴⁰ Die Frage, ob dann auch die Anwendung von angeblich römischen Rechtssätzen wie dem Satz ‚Daß ich der nächste Erbe desjenigen bin, der mein nächster Erbe ist‘ auf das Lübecker Recht möglich sein müsse, stellt sich Summermann hier nicht. Zudem weist Summermann auf viele Ausnahmen hin, die es hiervon gebe, weil hinter den einzelnen Bestimmungen der Erbfolge oft ganz unterschiedliche Gedanken stünden. So schlossen im Lübecker Stadtrecht Kinder vollbürtiger Geschwister Kinder halbbürtiger Geschwister deshalb von der Erbfolge aus, und dabei bezieht sich Summermann sicherlich auf Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht, aus dem sich dies ergibt, weil im Lübecker Stadtrecht vollbürtige Seitenverwandte absteigender Linie bis zum dritten Grad der Verwandtschaft bei der Erbfolge ausdrücklich ein Vorrecht hätten.⁸⁴¹ Daran fehle es bei der Erbfolge der Seitenverwandten aufsteigender Linie. Außerdem sei eine bestimmte Person sowohl nach Lübecker Recht als auch nach römischem Recht zwar Erbe vollbürtiger Geschwister der Eltern. Versterbe jene Person hingegen selbst, so seien letztere nicht zur Erbfolge berufen, sondern würden von Kindern vollbürtiger Geschwister jener Person von der Erbfolge ausgeschlossen. Und nach Art. 2, 2, 9

⁸³⁸ Zur Uneinheitlichkeit der alten Rechte bei Summermann: S. 158.

⁸³⁹ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 20c ff. (§ 55).

⁸⁴⁰ Zu dieser Äußerung Summermanns: S. 70.

⁸⁴¹ Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht „Volle Brüder vnd Schwester Kinder, nehmen Erbe vor halben Brüdern vnd Schwestern, so ferne der Erbnemenden Kinder Vater oder Mutter vnabgesondert gewesen; seind sie aber abgesondert gewesen mit ihrem theil Gutes; so ist halber Bruder vnd Schwester neher Erbe zu nehmen, dann voller Bruder vnd Schwester Kinder.“ (zum Text: Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd StadtRecht (wie Fn. 57)).

Lübecker Stadtrecht seien uneheliche Kinder nicht zur Erbfolge ihrer Eltern berufen, diese hingegen zur Erbfolge ihrer Kinder.⁸⁴²

IV. Zwischenergebnis

Krohn versucht, an den beiden Beispielen der Hessischen Gerichtsordnung von 1497 und der Nürnberger Reformation von 1564 zu zeigen, daß neben dem Lübecker Stadtrecht von 1586 auch andere deutsche Land- und Stadtrechte vollbürtigen Verwandten gegenüber halbbürtigen Verwandten über Geschwister des Erblassers und deren Kinder hinaus ein Vorrecht bei der Erbfolge gewährten. Krohn erkennt wohl selbst, daß ihm seine beiden Beispiele im Hinblick auf das Lübecker Recht nicht helfen können. An der Argumentation Bacmeisters fällt an dieser Stelle, genauso wie bei Summermann im Zusammenhang mit den alten Rechten, auf, wie er Abweichungen vom römischen Recht als bloße Mißverständnisse hinstellt.⁸⁴³

⁸⁴² Art. 2, 2, 9 Lübecker Stadtrecht: „Vneheliche Kinder nemen kein Erbe, aber derselben verlassenen Gut erben ihre nehesten Blutfreunde; die darzu gehören.“ (zum Text: Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd Stadtrecht (wie Fn. 57)).

⁸⁴³ Zum vermeintlich falschen Verständnis des römischen Rechts als Argument in der juristischen Auseinandersetzung bereits: S. 159.

7. Kapitel - Rechtssprichwörter

I. Die erbrechtlichen Parömien und die Herkunft des Lübecker Rechts

1. Die Parömien zum Erbrecht der halben Geburt

Auf einer weiteren Ebene argumentiert Krohn mit den beiden erbrechtlichen Sprichwörtern ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ und ‚Das halbe Glied geht zurück‘.⁸⁴⁴ Nach dem Sprichwort ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ werden halbbürtige Verwandte von vollbürtigen Verwandten gleichen Verwandtschaftsgrades ausgeschlossen und erben nachrangig neben vollbürtigen Verwandten des nächsten Grades. Letztere erben nach dem Sprichwort ‚Das halbe Glied geht zurück‘ demgegenüber nicht neben jenen halbbürtigen Verwandten, sondern kommen erst nach jenen zum Zuge, d.h. an dritter Stelle. Gemeinsam ist beiden Rechtssprichwörtern, daß vollbürtige Verwandte niemals zusammen mit halbbürtigen Verwandten gleichen Grades erben, sondern noch vor diesen. Während die Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ in der einschlägigen Literatur auch des 20. Jahrhunderts genannt wird, und bei Brigitte Janz inhaltlich überdies in Zusammenhang mit der Frührezeption gebracht wird, scheint die Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ nirgendwo besonders erwähnt zu sein.⁸⁴⁵ Noch im 18. Jahrhundert schrieb Friedrich Christoph Jonathan Fischer mit Hinweis auf die Auseinandersetzung zwischen Krohn und Bacmeister, die beiden Rechtssprichwörter bedeuteten offenbar dasselbe.⁸⁴⁶ Der Grund dafür liegt möglicherweise darin, daß bereits die Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ mit der Bevorzugung vollbürtiger Verwandter zum Teil auch denjenigen Fall erfaßt, den Krohn mit der Parömie ‚Das halbe Glied geht

⁸⁴⁴ Zu diesen Parömien im Zusammenhang mit den alten Rechten und den Stadt- und Landrechten: S. 146, S. 150, S. 152 und S. 168; allgemein zu dieser Unterscheidung bei Krohn bereits: S. 59.

⁸⁴⁵ Zur Parömie ‚Halb Gebuht tritt ein Glied weiter‘ u.a.: Janz (wie Fn. 675), S. 153ff.; Schmidt-Wiegand (wie Fn. 675), S. 153f.; erwähnt auch bei: Kümper (wie Fn. 757), S. 129; aus dem 19. Jahrhundert: Julius Hubert Hillebrand, *Deutsche Rechtssprichwörter*, Zürich 1858, S. 154; Eduard Graf und Mathias Dietherr, *Deutsche Rechtssprichwörter*, Nördlingen 1864, S. 201.

⁸⁴⁶ Fischer (wie Fn. 12), § 27 (S. 54): „Ich begreife daher nicht, wie zween gelehrte Männer zwischen den beiden Sprüchwörtern: Halbegeburt trit ein Glied weiter, und das halbe Glied gehet zurück, eine Verschiedenheit haben wahrnehmen können, da sie offenbar eben dasselbe verordnen.“

zurück' beschreibt. So zählte Heinrich Siegel insgesamt drei Fälle auf, die von der Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter' erfaßt seien.⁸⁴⁷ Dies ist zum einen der von Krohn mit der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück' beschriebene Fall, in dem Halbgeschwister vor Kindern vollbürtiger Geschwister erben. Zum anderen ist dies der Fall, in dem wie im Sachsenspiegel zumindest unter Geschwistern und deren Kindern halbbürtige Verwandte neben vollbürtigen Verwandten des nächsten Verwandtschaftsgrades erben.⁸⁴⁸ An dritter Stelle nannte Siegel den Nov. 118, 3, 1 entsprechenden Fall, in dem halbbürtige Geschwister sogar von Kindern vollbürtiger Geschwister ausgeschlossen werden.⁸⁴⁹

Krohn setzt bei seiner Argumentation voraus, daß sich alle deutschen Rechte an einem der beiden Rechtssprichwörter orientieren, und schließt damit stillschweigend aus, daß es Rechte gibt, in denen vollbürtige und halbbürtige Verwandte gleichberechtigt erben.⁸⁵⁰ Für das Lübecker Recht gilt nach Krohn das Sprichwort ‚Das halbe Glied geht zurück'.⁸⁵¹ Krohn will das nicht nur an den Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts deutlich machen, sondern argumentiert, wie schon an anderen Stellen, auch mit der Herkunft des Lübecker Rechts.⁸⁵² Denn über die beiden Annahmen, daß Lübeck sein Recht von Soest übernommen habe und daß das Soester Recht dem Rechtssprichwort ‚Das halbe Glied geht zurück' folge, kommt Krohn zu dem Ergebnis, daß sich auch das Lübecker Recht an dieser Parömie orientiere.

2. Die Herkunft des Lübecker Rechts

Das Thema der beiden Parömien zum Erbrecht der halben Geburt ist durch Krohns Schlußfolgerung unmittelbar verknüpft mit der Frage nach der Herkunft des Lübecker Rechts. Diese Frage ist nicht geklärt.⁸⁵³ Daß westfälische Siedler aus Soest wie von Krohn behauptet nach der Neugründung Lübecks durch Heinrich dem Löwen im Jahre 1159 ihr Recht nach Lübeck mitbrachten,

⁸⁴⁷ Siegel (wie Fn. 651), § 22 (S. 62f.).

⁸⁴⁸ Zum Erbrecht der halben Geburt im Sachsenspiegel: S. 141.

⁸⁴⁹ Zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

⁸⁵⁰ So schon: S. 152.

⁸⁵¹ So schon: S. 146.

⁸⁵² Zur Herkunft des Lübecker Rechts bei Krohn bereits: S. 65.

⁸⁵³ Eine neuere Zusammenfassung findet sich bei: Ullrich (wie Fn. 8), S. 60ff.

ist ungesichert.⁸⁵⁴ Wilhelm Ebel schreibt, die These, in Lübeck habe Soester Recht gegolten, könne allenfalls für die Anfangszeit Lübecks richtig sein. Ebel begründet seine Annahme damit, daß die ältesten Handschriften des lübischen Rechts mit dem Soester Recht kaum übereinstimmten.⁸⁵⁵ Andere weisen ebenfalls auf die fehlende Übereinstimmung zwischen den für viele Städte überlieferten und lübisches Recht enthaltenden Stadtrechten auf der einen Seite und den westfälischen Quellen auf der anderen Seite hin und sprechen deswegen generell von einer nur vermeintlichen Übernahme des Soester Rechts.⁸⁵⁶ Demgegenüber erinnert Ebel in seinem Buch zum lübischen Recht von 1971 selbst noch daran, daß ein Vergleich des ältesten Soester Stadtrechts mit den älteren Aufzeichnungen des lübischen Rechts keine große Beweiskraft habe, weil in Lübeck nur dasjenige aufgezeichnet worden sei, was streitig gewesen sei.⁸⁵⁷ Mit Sicherheit sei nur das festgehalten worden, was in Lübeck anders als in Soest und damit spezifisch lübisch gewesen sei. Auch die spätere, echte Gesetzgebung in Lübeck sei ein Hinweis darauf, daß ursprünglich Soester Recht gegolten habe.⁸⁵⁸ Jedoch ist auch Ebel der Auffassung, daß von einer Verbindung des lübischen Rechts mit dem Soester Recht spätestens im 18. Jahrhundert keine Rede mehr sein konnte.⁸⁵⁹

Gerade im 18. Jahrhundert wurde die Frage nach einer Verbindung zum Soester Recht aber besonders intensiv diskutiert.⁸⁶⁰ Im Hinblick auf die Verjährung im Lübecker Recht verwies der Lübecker Stadtrechtskommentator Joachim Lukas Stein auf das Soester Recht.⁸⁶¹ Umgekehrt war der Assessor am Reichskammergericht Johann Ulrich Cramer gelegentlich eines Paderborner Rechtsstreits zum Miteigentum der Ehegatten der Meinung, daß hierbei auf das Lübe-

⁸⁵⁴ Peter Oestmann, Stichwort ‚Lübisches Recht‘, in: Lübeck-Lexikon. Die Hansestadt von A bis Z (hg. von Antjekathrin Graßmann), Lübeck 2006, S. 228-230, S. 228; Lübeck unter Heinrich dem Löwen: Erich Hoffmann, Lübeck im Hoch- und Spätmittelalter: Die große Zeit Lübecks, in: Lübeckische Geschichte (wie Fn. 281), S. 79-339, S. 79ff.; Helmut G. Walther, Lübeck und Heinrich der Löwe, ZVLGA, 76. Band (1996), S. 9-25.

⁸⁵⁵ Ebel (wie Fn. 8), Sp. 78; zu den alten lübischen Handschriften: S. 145.

⁸⁵⁶ Dusil (wie Fn. 698), S. 284 und S. 306.

⁸⁵⁷ Ebel (wie Fn. 680), S. 131.

⁸⁵⁸ Ebel (wie Fn. 680), S. 132.

⁸⁵⁹ Ebel (wie Fn. 680), S. 133.

⁸⁶⁰ Dusil (wie Fn. 698), S. 23ff.; dazu und zur weiteren Entwicklung auch: Ebel (wie Fn. 680), S. 129f.

⁸⁶¹ Stein (wie Fn. 831), 1. Buch, 3. Titel, § 81 (S. 109).

cker Recht und insbesondere auf dessen Kommentierungen zurückzugreifen sei, weil letzteres aus dem Soester Recht entstanden sei und sich auch Paderborn, wo das Miteigentum der Ehegatten nicht ausdrücklich geregelt sei, am Soester Recht orientiert habe.⁸⁶² Für viele Rechtsgelehrte des 18. Jahrhunderts war Lübeck einfach eine Stadt mit Soester Recht.⁸⁶³ Diese Meinung stützte sich unmittelbar auf einen Bericht in der von Arnold von Lübeck am Anfang des 13. Jahrhunderts verfaßten ‚Slawenchronik‘.⁸⁶⁴ Danach hatten sich die Lübecker Bürger vor der Übergabe ihrer Stadt an Friedrich I. im Jahre 1181 vorbehalten, weiter nach ihren eigenen Privilegien zu leben, wobei die Slawenchronik die im vorliegenden Zusammenhang relevante Wendung ‚secundum iura Sosatie‘ gebraucht.⁸⁶⁵ Die korrekte Überlieferung dieser Passage war allerdings nicht unumstritten.⁸⁶⁶ So wollte Hermann Conring darin statt ‚Sosatie‘ lieber ‚Holsatie‘ lesen, was teilweise auch gebilligt wurde.⁸⁶⁷ Möglicherweise wollte Arnold von Lübeck mit seinem Bezug zum Soester Recht aber auch nur ein Gegengewicht zur dänischen Herrschaft schaffen.⁸⁶⁸

II. Krohns und Bacmeisters Argumente

1. Übereinstimmung und Unterschiede deutscher Rechte

Wie viel Krohn daran liegt, in der Frage des Erbrechts der halben Geburt eine Übereinstimmung der deutschen Rechte nachzuweisen, wird an seinen Ausführungen zu den erbrechtlichen Sprichwörtern besonders gut deutlich. Denn Krohn schreibt gleich zu Beginn bezogen auf die alten Rechte, zwischen allen deutschen Rechten der Vergangenheit habe insofern Übereinstimmung bestan-

⁸⁶² Johann Ulrich von Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, 56. Band, Ulm 1766, 8. Kapitel, § 1 (S. 87).

⁸⁶³ So: Dusil (wie Fn. 698), S. 44f. m.w.N., dort auch Hinweis auf: Riccius (wie Fn. 204), 1. Buch, 5. Hauptstück, § 1 (S. 81), und 10. Hauptstück, § 2 (S. 181).

⁸⁶⁴ Dusil (wie Fn. 698), S. 80.

⁸⁶⁵ Arnold von Lübeck, Chronica Slavorum (hg. von Georg Heinrich Pertz), Hannover 1868, 2. Buch, § 21 (S. 65): „Verum priusquam ei civitatem aperuissent, exierunt ad eum rogantes, ut libertatem civitatis, quam a duce prius traditam habuerant, obtinerent et iustitias, quas in privilegiis scriptas habebant, secundum iura Sosatie et terminos quos in pascuis, silvis, fluviis possederant ipsius auctoritate et munificentia possiderent.“

⁸⁶⁶ Dazu: Ebel (wie Fn. 680), S. 129.

⁸⁶⁷ Conring (wie Fn. 235), 28. Kapitel (S. 170): „(...) Haud liquet, quae illa jura sint Sosatie: nisi fortassis legendum Holsatie. (...)“

⁸⁶⁸ So: Dusil (wie Fn. 698), S. 80.

den, als darin vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht bei der Erbfolge gehabt hätten.⁸⁶⁹ Krohn zitiert dazu sowohl aus dem Sachsenspiegel als auch aus dem Schwabenspiegel.⁸⁷⁰ Anders als im römischen Recht habe niemand an eine Beschränkung auf bestimmte Verwandtschaftsgrade gedacht. Allerdings habe jenes Vorrecht in einigen Fällen nur bedeutet, daß vollbürtige Verwandte halbbürtige Verwandte gleichen Grades von der Erbfolge ausgeschlossen hätten. In anderen Fällen seien hingegen halbbürtige Verwandten neben solchen vollbürtigen Verwandten zur Erbfolge berufen gewesen, die mit dem Erblasser weiter entfernt gewesen seien als jene halbbürtigen Verwandten. Aus dieser Unterscheidung hätten sich die beiden Parömien ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ und ‚Das halbe Glied geht zurück‘ entwickelt. Krohn nimmt die regionale Zuordnung so vor, daß in Westfalen und dort, wo westfälisches Recht übernommen worden sei, die Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ anzutreffen sei. Die Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ finde sich hingegen in Obersachsen und dort, wo das gemeine sächsische Landrecht gelte. Hierauf habe sich bereits der Magdeburger Schöffentuhl, den Krohn aus der Edition von Christoph Zobel zitiert, bezogen.⁸⁷¹ Grundlage aller deutschen Rechte bleibe in der Frage der Erbfolge allerdings die Parömie

⁸⁶⁹ Krohn (wie Fn. 3), 6. Kapitel, §§ 2-5 (S. 86ff.); dazu unter anderem bereits: S. 138.

⁸⁷⁰ Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I: „Is dâr zwiunge an, die ne mogen an eyne lede nicht bestân, unde schrikket an eyn ander let.“ (zum Text: Sachsenspiegel (wie Fn. 322)) (zum vollständigen Text: Fn. 643); Art. 3a Schwabenspiegel-Landrecht I: „ist auer zwaivnge an den chinden so mügen si an einem glide nicht gestan vnd schrenhet an ein ander glide.“ (zum Text: Schwabenspiegel (wie Fn. 670)) (zum vollständigen Text: Fn. 670); zum Erbrecht der halben Geburt im Sachsenspiegel bei Krohn bereits: S. 142.

⁸⁷¹ Christoph Zobel, Sachsenspiegel mit Summariis und neuen Additionen, Leipzig 1614, Urteile der Magdeburger Schöffen, 3. Teil, 9. Kapitel, 3. Distinction (Sp. 116ff.): „(...) Etliche sagen, daß deß todten halber Bruder, oder halbe Schwester sey neher Erb zunemen, denn seines vollen Bruders Kinder von voller Geburt. Die sagen auch vnrecht nach Sächsischem Rechte, (...). (...) Etliche sagen, daß meines Vatters Bruder von halber Geburt, sey neher denn meines Vatters Schwester Kind von voller Geburt. Die sagen auch vnrecht, (...) darumb daß sie sich gleich nahe ziehen in der Sippe. (...) Etliche sagen, daß meines halben Bruders Sohn, oder meiner halben Schwester Sohn, sind neher mein Erb zunemen, denn mein Mutter, oder meines Vatters Schwester Sohn. Die sagen auch vnrecht, (...) dann sie stehen seithalben, vnd ziehen sich gleich in die gesippe.“; zum Magdeburger Schöffentuhl, der ab etwa 1400 mehr und mehr das gemeine sächsische Recht anwandte: Lück (wie Fn. 677), S. 61; zu Christoph Zobel: Kümper (wie Fn. 757), S. 277.

„Je näher der Sippe, je näher dem Erbe“.⁸⁷² Krohn zieht dazu erneut sowohl den Sachsenspiegel als auch den Schwabenspiegel heran.⁸⁷³

Bacmeister hält Krohn entgegen, jene Unterscheidung auf eine Glosse des Sachsenspiegels zurückzuführen, die nur eine bestimmte Meinung wiedergebe.⁸⁷⁴ Die allgemeine Frage nach dem Erbrecht vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter habe sich erst durch das römische Recht gestellt. In der Rezeption des römischen Rechts sieht Bacmeister auch den Grund dafür, daß zu jener Frage unterschiedliche Meinungen entstanden seien. Dazu wäre es nicht gekommen, wenn die erbrechtliche Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten auf alte deutsche Rechtsgewohnheiten zurückzuführen wäre. Krohn wiederum meint dazu, es könne gar nicht bestritten werden, daß sich die Glosse des Sachsenspiegels zu rechtlichen Fragen ihrer Zeit glaubhaft äußere.⁸⁷⁵ Um welche Glosse es an dieser Stelle geht, bleibt leider offen. Vermutlich ist die Glosse von Christoph Zobel gemeint, aus dessen Edition Krohn auch den Magdeburger Schöffentuhl zitiert. Vielleicht bezeichnen Krohn und Bacmeister auch den Magdeburger Schöffentuhl an sich als Glosse, was merkwürdig wäre. Jedenfalls mache die Glosse zumindest deutlich, daß es unterschiedliche Ansichten in der Frage gegeben habe, ob vollbürtige Verwandte neben solchen halbbürtigen Verwandten geerbt hätten, die nach dem Verwandtschaftsgrad mit dem Erblasser näher verwandt gewesen seien als jene vollbürtigen Verwandten. Daß die räumliche Trennlinie insofern zwischen den ostfälischen Rechten auf der einen Seite und den westfälischen Rechten auf der anderen Seite verlaufe, zeigten der zitierte Sachsenspiegel einerseits und viele Stadtrechte andererseits. Die von Bacmeister aufgeworfene Frage, ob dieser Unterschied auf ein falsches Verständnis des römischen Rechts zurückzuführen sei oder nicht, hält Krohn für unerheblich.⁸⁷⁶ Für Krohn ist nur entscheidend,

⁸⁷² Zu diesem Rechtsspruchwort im Zusammenhang mit den alten Rechten bei Krohn und Bacmeister bereits: S. 144, S. 149 und S. 152.

⁸⁷³ Art. 3 § 3 Sachsenspiegel-Landrecht I: „Die sich näher zu der sibbe gestuppen mach, die nimt daz erve zuvoren.“ (zum Text: Sachsenspiegel (wie Fn. 322)) (zum vollständigen Text: Fn. 643); Art. 3b Schwabenspiegel-Landrecht I: „Ein ieslich mach erbet sine mage vntz an die sibenden sippe.“ (zum Text: Schwabenspiegel (wie Fn. 670)).

⁸⁷⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 479ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 7. Kapitel (S. 44).

⁸⁷⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1076ff. = Krohn (wie Fn. 4), 7. Kapitel, §§ 2-4 (S. 197ff.).

⁸⁷⁶ Dazu Bacmeister bereits im Zusammenhang mit den Land- und Stadtrechten: S. 168 und S. 169; dazu Summermann im Zusammenhang mit den alten Rechten: S. 159.

daß die Ostfalen und die Westfalen überhaupt über Geschwister des Erblassers hinaus zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterschieden hätten. Krohn erinnert daran, daß selbst die ältesten sächsischen Rechte, die mit dem römischen Recht nicht die geringste Übereinstimmung gehabt hätten, untereinander verschieden gewesen seien. Damit will Krohn sagen, daß Unterschiede zwischen einzelnen Rechten nicht unbedingt auf den Einfluß des römischen Rechts zurückzuführen seien. Daß es sogar in Obersachsen keine Übereinstimmung in der Frage gegeben habe, ob bei der Erbfolge ausschließlich unter Geschwistern und deren Kindern zwischen vollbürtigen und halbbürtigen zu unterscheiden sei oder auch unter anderen Verwandten, liegt nach Krohns Ansicht daran, daß auch in Obersachsen ab dem 16. Jahrhundert verschiedene Rechtsgelehrte versucht hätten, das alte deutsche Recht zugunsten des römischen Rechts zurückzudrängen.

2. Die Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘

Krohn nennt für beide Parömien zahlreiche Beispiele. Für die Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ zitiert Krohn aus dem Sachsenspiegel sowie aus Urteilen des Magdeburger und des Leipziger Schöffensstuhl.⁸⁷⁷ Danach erben vollbürtige Geschwister vor halbbürtigen Geschwistern sowie Kinder vollbürtiger Geschwister vor Kindern halbbürtiger Geschwister.⁸⁷⁸ Vollbürtige Ge-

⁸⁷⁷ Krohn (wie Fn. 3), 7. Kapitel, §§ 2ff. (S. 92ff.).

⁸⁷⁸ Art. 20 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht II: „Brüder unde swester nemet ires ungetweiden brüder unde swester erbe vor den brüder unde swester erbe vor den brüder unde vor die swester, die getweiet von vater unde von mûter sint.“ (zum Text: Sachsenspiegel (wie Fn. 322)) (zum vollständigen Text: Fn. 658); Wolf Lose, Sechsisch Weichbild, Lehenrecht und Remissorium, Bautzen 1557, Vrteil vnd Rechtssprüche, Blatt 133: „(...) ewer halben brüder, zwene auch verschieden, haben sie jren gebürlichen anteil, (...) vnd alle vnd jeder ander güter, (...) auff jre gebrüder und schwester allein, vnd nicht auff euch vnd ander jre geschwister von halber geburt, nach erbganges recht gestammet vnd gebracht, vnd jr sampt den selben ewern brüdern von voller geburt, hettet in diesem fall daran nicht einichen teil, (...). (...“; Zobel (wie Fn. 871), Urteile der Magdeburger Schöffens, 3. Teil, 9. Kapitel, 3. Distinction (Sp. 116): „(...) Mein rechter Bruder von voller geburt, ist mir neher denn mein halber Bruder, dann dieser schreit in ein ander Glied. (...“; Zobel (wie Fn. 871), Urteile der Magdeburger Schöffens, 1. Teil, 7. Kapitel, 12. Distinction (Sp. 54): „Ein Mann ist gestorben, vnd hat gelassen einen gantzen Schwester Sohn, voller Geburt, vnd einen halben Bruder Sohn, halber Geburt, wer vnter den deß todten Erb vnd Gut nemen soll. Hierauff sprechen wir für Recht: Deß todten Mannes Schwester Sohn voller Geburt von Vatter vnd Mutter, nimmet sein Erb, vnd nicht deß Bruders Sohn halber Geburt, von Rechts wegen.“

schwister der Eltern erben vor halbbürtigen Geschwistern der Eltern sowie vor Kindern halbbürtiger Geschwister des Erblassers.⁸⁷⁹ Dazu zieht Krohn auch Chilian König heran und schreibt weiter, außerdem erben gemäß der Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ vollbürtige Verwandte neben halbbürtigen Verwandten auch dann, wenn jene mit dem Erblasser weiter entfernt seien als diese.⁸⁸⁰ In diesem Sinne erben Kinder vollbürtiger Geschwister neben halbbürtigen Geschwistern.⁸⁸¹ Und Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern des Erblassers erben neben halbbürtigen Geschwistern der Eltern.⁸⁸² Krohn zi-

⁸⁷⁹ Zobel (wie Fn. 871), Urteile der Magdeburger Schöffen, 1. Teil, 7. Kapitel, 16. Distinction (Sp. 55): „Ein Kind stirbt, vnd lest zween Vettern, den einen einthalben seines Vatters Bruder, den andern seines Vatters Bruder von Vatter vnd Mutter, wer zu deß Kindes Gut recht hab. Hierauff sprechen wir für Recht: Zu deß todten Kindes Gut hat recht sein Vetter, der seines Vatters Bruder war, von Vatter vnd von Mutter, vnd deß Kindes Vetter, der seines Vatters Bruder war einthalben geboren, mag dazu nicht kommen, von Rechts wegen.“; Zobel (wie Fn. 871), Urteile der Magdeburger Schöffen, 3. Teil, 9. Kapitel, 3. Distinction (Sp. 112): „(...) Item mein Vetter, (...) ist meines Erbs neher, denn meines halben Bruders Sohn. (...)“.

⁸⁸⁰ Chilian König, Process unnd Practica, Leipzig 1572, S. 699: „(...) Deß todten voller bruder sohn ist ihm neher, denn seines halben bruders sohn, etc. (...)“ sowie „(...) so man die Sippe zehlen will, soll man die zweyung oder halbe geburt der brüder vnd schwestern, welche sie in das dritte glied stösset, in den andern absteigenden gliedern vnd Personen, es seynd Schwerdt oder Spilmagen, allewege mit zehlen. Vnd das helt die gewonheit vnd der brauch Sächsischer Rechte, (...). Quod scilicet differentia, an quis ex vno, vel ex utroq; parente defuncto iunctus sit, extendatur vltra fratres, et horum filios. licet de iure communis secus sit, (...)“.

⁸⁸¹ Art. 20 § 1 Sachsenspiegel-Landrecht II: „Ungetweiede brüder kint sint ouch glîche nâ deme getweiden brüder an deme erbe zu nemene.“ (zum Text: Sachsenspiegel (wie Fn. 322)) (zum vollständigen Text: Fn. 658); Zobel (wie Fn. 871), Urteile der Magdeburger Schöffen, 1. Teil, 7. Kapitel, 8. Distinction (Sp. 53): „Ein Mann ist gestorben, vnd hat gelassen einen halben Bruder vnd einen gantzen Schwester Sohn, wer der nehest sey zu deß todten Mannes Gut. Hierauff sprechen wir für Recht: Deß todten Mannes halber Bruder, vnd seiner gantzen Schwester Sohn, sind gleich nahe das Erb zunemen, nach Landtrecht. (...)“; Zobel (wie Fn. 871), Urteile der Magdeburger Schöffen, 3. Teil, 9. Kapitel, 3. Distinction (Sp. 116): „(...) Item meines vollen Bruders Kinder, vnd mein halber Bruder, sind mir gleich nahe. (...)“; Lose (wie Fn. 878), Vrteil vnd Rechtssprüche, Blatt 133: „(...) So denn ewer stieffschwester zu letzt verstorben, so hat sie alle jre gelassen habe vnd güter zu erbe vnd erbrecht gehörig, (...) auff euch vnd ewer rechte schwester, als jre stieffgeschwister, vnd auff jrer volbürtigen voruerstorben schwester, nachgelassen vier kinder, (...) aus verordnung landleufftiger Sechsischer recht, zu gleicher teilunge, nach personen anzahl vererbt vnd gefellet, (...). (...)“.

⁸⁸² Zobel (wie Fn. 871), Urteile der Magdeburger Schöffen, 1. Teil, 7. Kapitel, 17. Distinction (Sp. 55f.): „Ein Kind stirbet vnd lest seines Vatters Bruder einthalben, vnd seines Vatters Bruder Kind, der sein gantzer Bruder war voller Geburt, wer Recht hab zu deß todten Kindes Gut. Hierauff sprechen wir für Recht: Deß Kindes Gut soll

tiert außerdem Matthias Berlich und Benedikt Carpzov.⁸⁸³ Krohn beklagt, unter dem Einfluß des römischen Rechts und des falschen Verständnisses hiervon sei versucht worden, die Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ und damit auch das Vorrecht vollbürtiger Verwandter zu beschränken.⁸⁸⁴ Als Beispiel nennt Krohn den Leipziger Schöffentuhl, der unter großem Widerspruch des Leipziger Oberhofgerichts entschieden habe, daß halbbürtige Geschwister des Erblassers vor vollbürtigen Geschwistern der Eltern zur Erbfolge berufen seien.⁸⁸⁵ Einige Rechtsgelehrte seien der Ansicht gewesen, jenes Vorrecht gelte ausschließlich unter Geschwistern, nicht aber darüber hinaus, wozu Krohn un-

fallen zu gleicher Theilung, nach Landtrecht, (...).“; Zobel (wie Fn. 871), Urteile der Magdeburger Schöffentuhl, 3. Teil, 9. Kapitel, 3. Distinction (Sp. 117): „(...) Etliche sagen, daß meines Vatters Bruder von halber Geburt, sey neher denn meines Vatters Schwester Kind von voller Geburt. Die sagen auch vnrecht, dann meines Vatters halber Bruder ist gleich nahe mit meines Vatters Schwester Kind von voller Geburt, darumb daß sie sich gleich nahe ziehen in der Sippe. (...)“; Zobel (wie Fn. 871), Urteile der Magdeburger Schöffentuhl, 3. Teil, 9. Kapitel, 3. Distinction (Sp. 118): „(...) Etliche sagen, daß meines halben Bruders Sohn, oder meiner halben Schwester Sohn, sind neher mein Erb zunemen, denn mein Mutter, oder meines Vatters Schwester Sohn. Die sagen auch vnrecht, dann meiner halben Schwester, oder meines halben Bruders Sohn, ist gleich nahe mein Erbe zunemen mit meines Vatters Bruder oder Schwester Sohn, dann sie stehen seithalben, vnd ziehen sich gleich in die gesippe. (...)“; Lose (wie Fn. 878), Vrteil vnnnd Rechtssprüche, Blatt 135: „(...) Derjenige aber, der seines Vaters Stieffbruder an einem, und seines Vaters rechten Bruders Sone am andern teil, nach sich gelassen, hat sein Erbe vnd eigen auff die gedachten seines Vaters rechten Stieffbrüder, vnd seines Vaters rechten Bruders Sone, zu gleich gebracht vnd gefellet, (...). (...)“; König (wie Fn. 880), S. 700: „(...) Deß todten halben Bruders Kindt, ist gleich nahe mit seines Vaters Bruders Kind etc. (...)“.

⁸⁸³ Berlich (wie Fn. 321), 3. Teil, 24. Conclusion, Rn. 47 (S. 141); Benedict Carpzov, *Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica, secundum ordinem constitutionum D. Augusti Electoris Saxoniae*, Leipzig 1703, 3. Teil, 18. Constitution, 8. Definition, Rn. 6 (S. 187).

⁸⁸⁴ Krohn (wie Fn. 3), 7. Kapitel, § 4 (S. 99ff.).

⁸⁸⁵ Lose (wie Fn. 878), Vrteil vnnnd Rechtssprüche, Blatt 133f.: „(...) So hat der selbige alle sein recht vnd gerechtigkeit, (...) mit besserm vnd mehrerm Rechten auff ewern Son, als seinen halben Bruder, denn auff seines Vaters Schwestern verfellet, (...)“; Lose (wie Fn. 878), Vrteil vnnnd Rechtssprüche, Blatt 134: „(...) Darauff bieten wir E. F. G. vnterthenig zu wissen, das die halben Brüder, vnd Mutter Brüder, zu des verstorben gelassen Erbe, nach Sechsischem Rechten, gleich nahe sein, aus Ursachen, das der Mutter Bruder am dritten Gliede, desgleichen die halben Brüder auch sind. Denn im Landtrecht klar ausgedruckt, das der halbe Bruder eins Gliedes weiter, denn der rechte Bruder von voller Geburt. Das aber die Schöppen zu Leipzig anders sprechen sollen, wollen wir vns nicht versehen, dieweil jnen eingebunden Sechsisch Recht zu halten, (...). (...)“.

ter anderem auf Carpzov verweist.⁸⁸⁶ Auch der sächsische Kurfürst sei in seinen Konstitutionen in zwei Fällen vom sächsischen Recht abgewichen, indem danach vollbürtige Geschwister der Eltern sowohl von Halbgeschwistern als auch von Kindern vollbürtiger Geschwister ausgeschlossen würden, wozu Krohn wiederum auf Carpzov verweist.⁸⁸⁷ Krohn bezieht sich damit auf die Konstitutionen von Kurfürst August von 1572, die auch das Erbrecht betreffen.⁸⁸⁸ Mit diesen Konstitutionen sollte die uneinheitliche Rechtspraxis in Kursachsen beendet werden, wo neben römischem und kanonischem Recht auch noch sächsisches und ständisches Recht galt. Krohn betont, daß außerhalb des Geltungsbereiches dieser Konstitutionen das sächsische Recht jedoch weiter gelte und entsprechend der Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ vollbürtige Geschwister der Eltern sowohl neben halbbürtigen Geschwistern als auch neben Kindern vollbürtiger Geschwister zur Erbfolge berufen seien, und verweist dazu ein letztes Mal unter anderem auf Carpzov.⁸⁸⁹ Krohn ist zuzugestehen, daß das Nebeneinander halbbürtiger Geschwister, Kinder vollbürtiger Geschwister und vollbürtiger Geschwister der Eltern mit der Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Verwandtschaftsgrade ohne weiteres erklärt werden kann. Ein Recht, das ein solches Nebeneinander vorsieht, würde halbbürtige Geschwister der Eltern kaum neben vollbürtigen Geschwistern der Eltern erben lassen. Die Bevorzugung vollbürtiger Verwandter würde dann auch über Geschwister hinaus gelten.

Dies scheint auch Bacmeister zu sehen und schreibt, diejenigen obersächsischen Urteile, nach denen bei der Erbfolge auch unter Geschwistern der Eltern zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterschieden worden sei, hätten auf das Lübecker Recht keinen Einfluß gehabt.⁸⁹⁰ Der Grund für jene Urteile sei zudem ein falsches Verständnis des römischen Rechts gewesen. Selbst in Obersachsen habe es keine Übereinstimmung in der Frage gegeben, ob bei der Erbfolge ausschließlich unter Geschwistern des Erblassers und deren Kin-

⁸⁸⁶ Carpzov (wie Fn. 883), 3. Teil, 18. Constitution, 21. Definition, Rn. 3ff. (S. 191).

⁸⁸⁷ Carpzov (wie Fn. 883), 3. Teil, 18. Constitution (S. 183).

⁸⁸⁸ Zu den Konstitutionen von Kurfürst August von 1572: Kümper (wie Fn. 757), S. 285ff., sowie: Reiner Groß, Geschichte Sachsens, 2. Auflage, Leipzig 2002, S. 87f.

⁸⁸⁹ Carpzov (wie Fn. 883), 3. Teil, 18. Constitution, 4. Definition, Rn. 6 (S. 186), und 15. Definition, Rn. 5ff. (S. 189).

⁸⁹⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 481ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 7. Kapitel (S. 44f.).

dern zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten zu unterscheiden sei oder auch unter anderen Verwandten, wozu Bacmeister auf Matthias Berlich verweist.⁸⁹¹ Christoph Zobel vertrete in seiner Glosse zum Sachsenspiegel die Meinung, daß bei der Erbfolge ausschließlich unter Geschwistern und deren Kindern zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten zu unterscheiden sei.⁸⁹² Krohn muß letzteres zugeben und verteidigt sich damit, daß die Glosse des Sachsenspiegels versuche, die deutschen Rechte nach römischem Recht auszulegen.⁸⁹³ Krohn sieht darin zugleich ihre größte Schwäche. In Übereinstimmung mit dieser Bewertung werden die Glossen zum Sachsenspiegel auch heute so eingeschätzt, daß damit die alten Aufzeichnungen des einheimischen Rechts mit dem Ziel bearbeitet worden seien, diese mit dem römischen und dem kanonischen Recht in Einklang zu bringen.⁸⁹⁴

3. Die Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘

Der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ folgen nach Krohns Ansicht die westfälischen Statuten.⁸⁹⁵ Krohn bringt dazu verschiedene Zitate.⁸⁹⁶ Noch besser machten dies jedoch Statuten von Städten deutlich, die selbst nicht zu Westfalen gehörten, die aber westfälisches Recht übernommen hätten. Als erstes Beispiel nennt Krohn an dieser Stelle die Statuten von Riga.⁸⁹⁷ Den Ursprung der Statuten von Riga sieht Krohn hauptsächlich im Soester Recht, das Deutsche aus Westfalen nach Wisby mitgebracht hätten.⁸⁹⁸ Daß in Wisby im 11. und

⁸⁹¹ Berlich (wie Fn. 321), 3. Teil, 24. Conclusion, Rn. 91 (S. 146).

⁸⁹² Zobel (wie Fn. 871), Glosse, 2. Buch, Art. 20, Lit. d (Sp. 786).

⁸⁹³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1076ff. = Krohn (wie Fn. 4), 7. Kapitel, § 2 (S. 197ff.).

⁸⁹⁴ Lück (wie Fn. 677), S. 26ff.; zur Konkordanz als Ziel bei Johann Buch: Seif (wie Fn. 493), S. 111f.; außerdem zu Johann Buch: Wolfgang Sellert, *Borgerlike, pinlike und misschede klage nach der Sachsenspiegelglosse des Johann v. Buch*, in: *Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung* (hg. von Stephan Buchholz/Paul Mikat/Dieter Werkmüller), Paderborn/München/Wien/Zürich 1993, S. 321-346, S. 336ff.

⁸⁹⁵ Krohn (wie Fn. 3), 8. Kapitel, §§ 2f. (S. 102ff.).

⁸⁹⁶ Art. 2, 2, 10 Mindener Stadtrecht (zum Text: Crusius (wie Fn. 701), S. 231); Art. 18 Bremer Stadtrecht (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 10), Anhang, S. 42); Neue Schrae und Neue Schrae, Zusätze von 1531, Nr. 27 (zum Text: Ludolf (wie Fn. 700), S. 803 und S. 809); Van Erve, Art. 3, Art. 7 sowie Art. 9-14 Alte Handschrift des Goslarer Stadtrechts (zum Text: Leibniz (wie Fn. 710), S. 484f.); zu Art. 13 und Art. 14: Fn. 728; zum Mindener Stadtrecht bereits: S. 148; zum Goslarer Stadtrecht bereits: S. 153; zum Soester Recht bereits: S. 148 und S. 149.

⁸⁹⁷ Zum Rigaer Stadtrecht bereits: S. 148.

⁸⁹⁸ Zu Wisby bereits: S. 65.

12. Jahrhundert zahlreiche Deutsche, Untertanen Heinrichs des Löwen aus Westfalen, gelebt hätten, zeige eine Urkunde des Welfenkönigs, die bei Peter Lambeck überliefert sei.⁸⁹⁹ Weil diejenigen Untertanen Heinrichs des Löwen, die sich in Lübeck niedergelassen hätten, ebenfalls größtenteils Westfalen gewesen seien und sich auch unter diesen Soester befunden hätten, die ihr Recht nach Lübeck mitgebracht hätten, hält Krohn es für wahrscheinlich, daß auch diejenigen Westfalen, die in Wisby gelebt hätten, dort ebenfalls ihr Soester Recht angewandt hätten.⁹⁰⁰ Von Wisby aus seien zu Beginn des 13. Jahrhunderts wiederum zahlreiche Deutsche in die neu errichtete Stadt Riga gezogen, weshalb dort das Recht von Wisby zur Anwendung gelangt und dessen Geltung später durch den päpstlichen Gesandten Wilhelm von Modena bestätigt worden sei. Krohn zitiert dafür Friedrich Menius.⁹⁰¹ Daneben habe Wilhelm von Modena in Riga auch eine Abschrift des Lübecker Rechts zum Gebrauch übergeben, wozu Krohn auf die bei Ernst Joachim Westphalen abgedruckte Vorrede zur Handschrift des Lübecker Rechts von 1240 verweist.⁹⁰² Krohn zieht auch daraus, daß das Lübecker Recht und das Rigaer Recht in den meisten Fragen übereinstimmen, den Schluß, daß das Rigaer Recht ein Überrest alter westfälischer und Soester Rechtsgewohnheiten sei. Daß die Rigaer Statuten der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ folgten, zeige Art. 38 Rigaer Stadtrecht.⁹⁰³ Danach seien halbbürtige Geschwister des Erblassers vor vollbürtigen Geschwistern der Eltern zur Erbfolge berufen. Würden sich die Rigaer Statuten hingegen an der Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ orientieren, würden halbbürtige Geschwister des Erblassers neben vollbürtigen Geschwistern der Eltern erben. Krohn schreibt an dieser Stelle natürlich nicht, daß es für die Bevorzugung halbbürtiger Geschwister des Erblassers gegenüber vollbürtigen Geschwistern der Eltern auch eine andere Erklärung geben könnte als die

⁸⁹⁹ Peter Lambeck, *Origines Hamburgenses sive res Hamburgenses*, 2. Band, Hamburg 1661, S. 247.

⁹⁰⁰ Zur Ansiedlung von Westfalen in Lübeck bereits: S. 65.

⁹⁰¹ Friedrich Menius, *Historischer Prodomus des Lieffländischen Rechtens und Regiments*, Dorpat 1633, § 3 (S. 6).

⁹⁰² Vorrede der alten Handschrift des Lübecker Rechts von 1240 (zum Text: Westphalen (wie Fn. 278), Sp. 639).

⁹⁰³ Art. 38 Rigaer Stadtrecht: „Ock ys de halfbroder edder de halvesuster de echte kinder sint neger erue vp tho nemende den de om edder de vedder edder de veddike edder de mume. vnde so wer neest yss geboren de yss neest dat erue vp tho nemende.“ (zum Text: Friedrich Esaias von Pufendorf, *Observationes iuris universi*, 3. Band, Hannover 1756, Anhang, S. 236f.).

Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘. Denn erklären ließe sich diese Bevorzugung schon mit dem Vorrang der gradnächsten Verwandten. Auch die Unterscheidung verschiedener Linien von Verwandten könnte hier eine Rolle spielen. Ausschlaggebend wäre die Erörterung weiterer Bestimmungen.

Ähnlich wie zum Rigaer Stadtrecht argumentiert Krohn zum Hamburger Stadtrecht, das vor seiner Anpassung an das römische Recht ebenfalls der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ gefolgt sei.⁹⁰⁴ Daß auch das Hamburger Stadtrecht auf das Soester Recht zurückgehe, möchte Krohn unter anderem mit einer bei Peter Lambeck enthaltenen Urkunde Adolphs IV., des Grafen von Holstein, belegen.⁹⁰⁵ Krohn macht es sich sicher etwas einfach, wenn er schreibt, daß, weil das Hamburger Stadtrecht mit den ostfälischen und den obersächsischen Gewohnheiten nicht übereinstimme, dieses nur auf das Soester Recht zurückgeführt werden könne. Daneben findet sich eine parallele Argumentation zu Art. 38 Rigaer Stadtrecht.

Weitere Rechte mit westfälischem Ursprung sind für Krohn das Stader Stadtrecht von 1279 und ganz besonders das Lübecker Stadtrecht.⁹⁰⁶ Hier geht Krohn auch auf den Ursprung des Lübecker Rechts ausführlich ein, den er im Soester Recht sieht.⁹⁰⁷ Krohn schreibt, zu der Zeit, als Lübeck erbaut worden sei, sei Soest nicht nur wegen seines Reichtums, sondern auch wegen seines Stadtrechts, der Soester Schrae, bekannt gewesen sei.⁹⁰⁸ Minden, Lippe und andere Städte hätten das Soester Recht übernommen. Daß auch Lübeck dazugehöre, begründet Krohn damit, daß sich in der Umgebung von Lübeck zu der Zeit, als Lübeck errichtet worden sei, und nach Vertreibung der Slawen, viele Westfalen aufgehalten hätten.⁹⁰⁹ Krohn zitiert dazu aus Helmold von Bosaus ‚Slawenchronik‘.⁹¹⁰ In Lübeck selbst hätten sich so viele Westfalen niedergelassen, daß einige von diesen sogar in den Lübecker Rat gelangt seien. Krohn

⁹⁰⁴ Krohn (wie Fn. 3), 8. Kapitel, §§ 4-6 (S. 109ff.); zum Hamburger Stadtrecht von 1603: S. 150 und S. 166; zur Handschrift des Hamburger Stadtrechts von 1270: S. 147 und S. 147.

⁹⁰⁵ Peter Lambeck, *Origines Hamburgenses sive res Hamburgenses*, 1. Band, Hamburg 1652, S. 101.

⁹⁰⁶ Zum Stader Stadtrecht argumentiert Krohn mit Art. 12 des 2. Teils des Stader Stadtrechts von 1279 (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 476), Anhang, S. 182).

⁹⁰⁷ Zur Herkunft des Lübecker Rechts bei Krohn bereits: S. 65.

⁹⁰⁸ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, § 1 (S. 113ff.).

⁹⁰⁹ Zur Ansiedlung von Westfalen in Lübeck bei Krohn bereits: S. 65 und S. 188.

⁹¹⁰ Helmold von Bosau (wie Fn. 281), 1. Buch, 57. Kapitel (S. 111ff.) und 92. Kapitel (S. 178ff.).

zieht als Beleg Ernst Joachim Westphalen heran, der an der von Krohn genannten Stelle zahlreiche aus Westfalen stammende Lübecker Ratsmitglieder auflistet.⁹¹¹ Die Westfalen und insbesondere die Soester hätten, wie es damals üblich gewesen sei, ihr Recht nach Lübeck mitgebracht. Dieses habe Heinrich der Löwe, der Gründer Lübecks, den Soestern in ihren Privilegien auch bestätigt. Krohn will dies mit dem bereits genannten Zitat aus Arnold von Lübecks ‚Slawenchronik‘ nachweisen.⁹¹² Krohn gibt zu, einige Rechtsgelehrte seien der Ansicht, daß an der genannten Stelle statt ‚Susatie‘ ‚Holsatie‘ zu lesen sei, und nennt unter anderem den in diesem Zusammenhang ebenfalls bereits erwähnten Hermann Conring.⁹¹³ Krohn hält dies jedoch für einen Irrtum, was sich schon daraus ergebe, daß die alten Handschriften des lübischen Rechts mit dem übereinstimmten, was Helmold von Bosau in der ‚Slawenchronik‘ schreibe. Krohn zitiert dazu aus der Vorrede der Handschrift des Oldenburger Rechts von 1235.⁹¹⁴ Daß jene Ansicht ein Irrtum sei, zeige sich auch daran, daß das Mindener Recht und sogar das Soester Recht selbst durch das Lübecker Recht ergänzt worden seien, nachdem letzteres einen höheren Grad der Vollkommenheit erreicht gehabt habe. Hierbei stützt sich Krohn auf Jakob Andreas Crusius.⁹¹⁵

Für Bacmeister enthält das westfälische Recht überhaupt keine Hinweise darauf, daß danach nicht nur vollbürtige Geschwister und deren Kinder gegenüber halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern ein Vorrecht bei der Erbfolge hätten, sondern auch andere vollbürtige Verwandte gegenüber anderen halbbürtigen Verwandten gleichen Grades.⁹¹⁶ Der Schluß, den Krohn hieraus für das Lübecker Recht ziehen wolle, sei deswegen gar nicht möglich. Bacmeister äußert sich dabei detailliert zu verschiedenen Stadtrechten, läßt die zweite Prämisse Krohns, den Ursprung des Lübecker Rechts im Soester Recht, jedoch stehen.

⁹¹¹ Westphalen (wie Fn. 278), Sp. 632.

⁹¹² Arnold von Lübeck (wie Fn. 865), 2. Buch, 21. Kapitel (S. 65): „Verum priusquam ei civitatem aperuissent, exierunt ad eum rogantes, ut libertatem civitatis, quam a duce prius traditam habuerant, obtinerent et iustitias, quas in privilegiis scriptas habebant, secundum iura Susatie (...) ipsius auctoritate et munificentia possiderent. Imperator vero annuit petitioni eorum et non solum ista confirmavit, (...)“; dazu bereits: S. 180.

⁹¹³ Conring (wie Fn. 235), 28. Kapitel (S. 170).

⁹¹⁴ Vorrede der alten Handschrift des Oldenburger Rechts (zum Text: Westphalen (wie Fn. 278), Sp. 619f.).

⁹¹⁵ Crusius (wie Fn. 701), Einleitung, 2. Kapitel, Nr. 16 (S. 25).

⁹¹⁶ AHL RKG S 118 Q 40a S. 485ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 7. Kapitel (S. 46ff.).

Auch Bacmeister geht vom Ursprung des Lübecker Rechts im Soester Recht aus, bejaht jedoch einen Einfluß des römischen Rechts namentlich in der Frage des Erbrechts der halben Geburt.⁹¹⁷ Krohn hält die Einwände Bacmeisters für unerheblich.⁹¹⁸

III. Summermanns Relation

Summermann führt in seinem Votum aus, die von Krohn und Bacmeister genannte Glosse des Sachsenspiegels zeige lediglich, daß es die Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ gebe, mehr jedoch nicht.⁹¹⁹ Krohn könne nicht zeigen, daß dieses Rechtssprichwort über das Soester Recht nach Lübeck gelangt sei. Vielmehr habe Bacmeister gezeigt, daß nach dem Soester Recht und insbesondere nach der Soester Schrae vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge kein Vorrecht hätten, sondern das Gegenteil gelte.⁹²⁰ Nach der Soester Schrae seien ausdrücklich diejenigen Verwandten zur Erbschaft berufen, die mit dem Erblasser nach dem Verwandtschaftsgrad am nächsten verwandt seien.⁹²¹ Für Summermanns Senatskollege Johann Wilhelm Riedesel Freiherr zu Eisenbach hat die Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ nur den Inhalt, daß halbbürtige Geschwister zusammen mit Kindern vollbürtiger Geschwister erben, und ist diese im übrigen nur als Weidspruch und damit als unbedeutendes Jägerlatein zu verstehen.⁹²²

IV. Zwischenergebnis

Die Auseinandersetzung um die erbrechtlichen Sprichwörter ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ und ‚Das halbe Glied geht zurück‘ ist kein nebensächlicher Streit. Für Krohn ist sein Schluß aus den beiden Prämissen, nach denen Lübeck sein Recht von Soest übernommen habe und das Soester Recht der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ folge, auf eine entsprechende Beschaffenheit des Lübecker Rechts genauso wichtig wie die eigentliche Arbeit an den erbrechtlichen Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts. Krohns Schluß geht die regionale Zuordnung der Rechtssprichwörter voraus. Das Parömie ‚Das halbe Glied

⁹¹⁷ Dazu: S. 64 und S. 148.

⁹¹⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1087ff. = Krohn (wie Fn. 4), 7. Kapitel, § 4 (S. 200ff.).

⁹¹⁹ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 15b f. (§ 50).

⁹²⁰ Dazu Bacmeister: S. 148; anders Krohn: S. 150.

⁹²¹ Insofern zur Soester Schrae: Fn. 700.

⁹²² BA AR 1-I/184 fol. 21r f.

geht zurück' ordnet Krohn dabei Westfalen und solchen Orten zu, die westfälisches Recht übernommen hätten. Die Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter' sei hingegen in Obersachsen und dort, wo das gemeine sächsische Landrecht gelte, anzutreffen. Bacmeister greift Krohns erste Prämisse an, wonach im Soester Recht vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein unbeschränktes Vorrecht bei der Erbfolge hatten. Summermann schließt sich dem an. Insgesamt scheint der Senat den Rechtssprichwörtern nicht den Wert beizumessen, die Krohn den beiden Parömien beimißt.⁹²³ Dies bestätigt, daß die Bedeutung von Rechtssprichwörtern mit der Verschriftlichung des Zivilprozesses nachließ.⁹²⁴

⁹²³ Dazu bereits: Oestmann (wie Fn. 217), S. 330ff. und S. 510ff.

⁹²⁴ So: Schmidt-Wiegand (wie Fn. 675), S. 21f.; dazu: Oestmann (wie Fn. 217), S. 330ff.

8. Kapitel - Das Lübecker Recht

I. Die Erbfolge im Lübecker Recht

Nach dem Reichskammergericht hatten im Lübecker Recht außer unter Geschwistern vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten gleichen Verwandtschaftsgrades kein Vorrecht bei der Erbfolge. Trotz des Urteils des Reichskammergerichts vom 22. Mai 1756 wurde in der Mitte des 19. Jahrhunderts weiterhin die Ansicht von der durchgängigen Bevorzugung vollbürtiger Verwandter im Lübecker Recht vertreten. Möglicherweise war die Sache doch nicht ganz so eindeutig wie vom Reichskammergericht behauptet. In diesem Sinne hielt der Sekretär am Oberappellationsgericht der vier freien Städte in Lübeck und spätere Oberappellationsgerichtsrat Carl Wilhelm Pauli das im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn ergangene Urteil schlichtweg für falsch.⁹²⁵

Pauli geht von drei Grundsätzen in der Erbfolge im Lübecker Recht aus.⁹²⁶ Danach erben zum einen Seitenverwandte dann vor Verwandten gleichen Verwandtschaftsgrades, wenn letztere einer höheren Parentel angehören als jene, d.h. wenn der gemeinsame Stammvater mit dem Erblasser weiter entfernt verwandt ist als bei jenen. Umgekehrt werden halbbürtige Verwandte auch in dem Fall von gleich nahen vollbürtigen Verwandten von der Erbfolge ausgeschlossen, wenn diese aus einer höheren Parentel stammen. Nach dem dritten Grundsatz werden die Häupter der einzelnen Parentelen insofern benachteiligt, als nicht nur die Eltern von vollbürtigen Geschwistern, sondern auch weiter entfernte Häupter von denjenigen Verwandten von der Erbfolge ausgeschlossen werden, denen die Kindern jener Häupter nachstehen. Pauli spricht sich insofern für ein modifiziertes Parentelensystem im Lübecker Recht aus. Obwohl das römische Recht das Parentelensystem nicht kannte, sondern in Nov. 118 einem anderen System folgte und zwischen Deszendenten, Aszendenten und Seitenverwandten unterschied, wäre damit nicht gleichzeitig gesagt, daß das Lü-

⁹²⁵ Pauli (wie Fn. 14), I § 10 (S. 65f.); zu Pauli: Katalin Polgar, Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820-1879) und seine Richterpersönlichkeiten, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2007, S. 248ff.

⁹²⁶ Pauli (wie Fn. 14), I § 9 (S. 44ff.).

becker Recht nicht vom römischen Recht beeinflusst worden sei.⁹²⁷ Dennoch verneint Pauli, der als Germanist gilt, eine solche Beeinflussung.⁹²⁸ Methodisch geht Pauli ähnlich wie Krohn vor und zieht nicht nur das Lübecker Stadtrecht von 1586 heran, sondern berücksichtigt auch die alten Handschriften des Lübecker Rechts und sieht sich in seiner Ansicht durch alte Entscheidungen des Lübecker Rats bestätigt, die Pauli dem ‚Versuch‘ Krohns entnimmt.

Ausgangspunkt der Erbfolge im Lübecker Stadtrecht war Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht.⁹²⁹ Danach standen an erster Stelle die Kinder, an zweiter Stelle deren Kinder und an dritter Stelle die Geschwister, wenn sie von ihren Eltern abgesondert waren. An vierter Stelle standen die Eltern und an fünfter Stelle die halbbürtigen Geschwister. Daran schlossen sich an sechster Stelle die Großeltern und an siebter Stelle die Geschwister der Eltern an. An achter Stelle standen deren Kinder. Pauli unterscheidet zwischen vier Klassen.⁹³⁰ Zur ersten Klasse zählen die Kinder des Erblassers und deren eigene Nachkommen. In der zweiten Klasse erben zunächst die vollbürtigen Geschwister und dann die Eltern. Erst nach den Eltern erben die halbbürtigen Geschwister. In der dritten Klasse stehen die Kinder vollbürtiger Geschwister an erster Stelle. Daß diese vor vollbürtigen Geschwistern der Eltern erbten, entnimmt Pauli Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht, wonach Kinder vollbürtiger Geschwister vor Geschwistern der Eltern der Eltern erbten.⁹³¹ Dabei geht Pauli nicht darauf ein, daß Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht nicht von vollbürtigen Geschwistern der Eltern spricht, sondern ganz allgemein von deren Geschwistern. Pauli sieht hierin einen Niederschlag der von ihm genannten Grundsätze. Denn Kinder vollbürtiger Geschwister und Onkel und Tanten seien jeweils im dritten Verwandtschaftsgrad mit dem Erblasser verwandt, befänden sich jedoch in unterschiedlichen Parentelen, nämlich einerseits in der Parentel der Eltern und andererseits in der Parentel der Großeltern. Den im Lübecker Stadtrecht nicht erwähnten Vorzug von Kindern vollbürtiger Geschwister gegenüber den Großeltern entnimmt Pauli der Bevorzugung von Geschwistern gegenüber den Eltern. Weil diese näher mit dem Erblasser verwandt seien als dessen Geschwister, aber in dersel-

⁹²⁷ Zur Herkunft des Parentelensystems: Mertens (wie Fn. 590); zur justinianischen Erbfolge: S. 71; zum Einfluß des römischen Rechts auf das Lübecker Recht: S. 170.

⁹²⁸ Pauli (wie Fn. 14), I § 8 (S. 44).

⁹²⁹ Zu Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht: Fn. 291.

⁹³⁰ Pauli (wie Fn. 14), I § 10 (S. 49ff.).

⁹³¹ Zu Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht: Fn. 293.

ben Parentel stünden, müsse es bei Kindern von Geschwistern und Großeltern erst recht zu einer Bevorzugung kommen, denn letztere gehörten zu einer weiter entfernten Parentel. Um zu begründen, daß Kinder vollbürtiger Geschwister vor Kindern halbbürtiger Geschwister zur Erbfolge berufen seien, stützt sich Pauli auf deren Vorrecht gegenüber vollbürtigen Geschwistern der Eltern aufgrund von Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht. Da vollbürtige Geschwister der Eltern wiederum Kinder halbbürtiger Geschwister von der Erbfolge ausschließen, müßten Kinder vollbürtiger Geschwister erst recht vor Kindern halbbürtiger Geschwister erben. An zweiter Stelle innerhalb der dritten Klasse befinden sich die Großeltern. Daß diese vor Kindern halbbürtiger Geschwister erben, ergibt sich für Pauli daraus, daß letztere sogar noch nach vollbürtigen Geschwistern der Eltern erben. Nach den Großeltern sind die vollbürtigen Onkel und Tanten an der Reihe. Hier stellt Pauli erneut einen Zusammenhang zu seinen drei Grundsätzen her und weist darauf hin, daß Kinder halbbürtiger Geschwister und vollbürtige Geschwister der Eltern zwar jeweils im dritten Verwandtschaftsgrad mit dem Erblasser verwandt seien und jene sogar einer näheren Parentel angehörten als letztere, jedoch nur halbbürtige Verwandte seien. Aus diesem Grund schließen bei Pauli auch vollbürtige Geschwister der Eltern deren halbbürtige Geschwister von der Erbfolge aus. Weil vollbürtige Geschwister der Eltern vor Kindern halbbürtiger Geschwister, diese jedoch vor halbbürtigen Geschwistern der Eltern erben, könnten beide nicht gleichberechtigt sein. Nach den vollbürtigen Verwandten der dritten Klasse sind die halbbürtigen Verwandten zur Erbfolge berufen. Dabei stehen die Kinder halbbürtiger Geschwister an erster Stelle, gefolgt von halbbürtigen Geschwistern der Eltern des Erblassers. Auch in der vierten Klasse erben die vollbürtigen vor den halbbürtigen Verwandten.

II. Krohns und Bacmeisters Argumente

1. Bestätigung durch das Lübecker Recht

Krohn zieht aus den beiden Annahmen, daß erstens der Ursprung des Lübecker Rechts in Westfalen liege und daß zweitens alle westfälischen Rechte, zumindest ihrer Analogie nach, der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ folgten,

den Schluß, daß letzteres auch für das Lübecker Recht gelte.⁹³² In seiner Auffassung sieht sich Krohn nicht nur durch die verschiedenen erbrechtlichen Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts von 1586 und die alten Handschriften des Lübecker Rechts sowie dessen Analogie bestätigt, sondern auch durch Belehrungen des Lübecker Rats gegenüber anderen Städten des lübischen Rechts.⁹³³ Schließlich nennt Krohn verschiedene Urteile sowie andere Akte des Lübecker Rats. Am Ende steht die Meinung der Rechtsgelehrten. Bacmeister hingegen hält es für nicht erwiesen, daß sich das Lübecker Recht an der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ orientiere.⁹³⁴ Keineswegs gelte die Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ aber über Geschwister des Erblassers und deren Kinder hinaus. Deutlich wird an dieser Stelle, warum Krohn in seinem ‚Versuch‘ auf die Unterscheidung zwischen den beiden Rechtssprichwörtern ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ und ‚Das halbe Glied geht zurück‘ sowie auf den Ursprung des Lübecker Rechts gründlich und noch vor dem Lübecker Recht eingeht. Es handelt sich um eine geschickte Hinführung zum Lübecker Recht, bei dem Krohn von vornherein davon ausgeht, daß vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge bevorzugt würden und es lediglich auf eine Bestätigung dieser Annahme ankomme.

2. Das Lübecker Stadtrecht von 1586

a) Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht

Krohn zitiert zunächst Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht und sieht sich bereits durch die Ausgangsnorm für die Intestaterbfolge des Lübecker Stadtrechts von 1586 in seiner Annahme bestätigt.⁹³⁵ Denn nach Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht würden halbbürtige Geschwister von vollbürtigen Geschwistern zwar von der Erbfolge ausgeschlossen, halbbürtige Geschwister erbten jedoch entsprechend der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ noch vor Geschwistern der Eltern, weil diese nach dem Verwandtschaftsgrad mit dem Erblasser weiter ent-

⁹³² Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, § 2 (S. 119f.); zu den erbrechtlichen Parömien und zu Krohns Schluß: S. 177 und S. 178.

⁹³³ Zu den alten Handschriften des lübischen Rechts: S. 145; dort insbesondere S. 146.

⁹³⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 493f. = Bacmeister (wie Fn. 4), 8. Kapitel, S. 49; dazu schon: S. 190.

⁹³⁵ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, § 3 (S. 120f.); zu Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht: Fn. 291.

fernt seien als jene halbbürtigen Geschwister.⁹³⁶ Nach der Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ würden beide gleichzeitig erben. Zusätzlich stützt sich Krohn auf ein Schema, von dem er behauptet, es sei in einigen älteren Abschriften des Lübecker Stadtrechts enthalten. Danach schlössen erstens halbbürtige Schwestern Brüder und Schwestern des Vaters, zweitens Söhne halbbürtiger Brüder Töchter von Schwestern der Mutter, drittens Großmütter Kinder von Brüdern des Vaters, viertens vollbürtige Schwestern des Vaters Kinder von Schwestern der Mutter, fünftens Kinder von Kindern vollbürtige Schwestern und Brüder und sechstens halbbürtige Schwestern des Vaters Söhne und Töchter vollbürtiger Schwestern der Mutter von der Erbfolge aus. Für Krohn folgt daraus im Umkehrschluß der Satz ‚daß derjenige nicht so nahe sein kann als ich, der nur näher sein soll, als es meine Kinder sind‘. Damit meint Krohn, daß nach Lübecker Recht kein vollbürtiger Verwandter neben einem halbbürtigen Verwandten erben könne, der mit dem Erblasser lediglich genauso nahe verwandt sei wie die Kinder jenes halbbürtigen Verwandten. Dies entspricht exakt der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘.

Bacmeister erinnert Krohn daran, daß Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht lediglich zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern unterscheidet und regelt, daß die Eltern vor den halbbürtigen Geschwistern zur Erbfolge berufen seien.⁹³⁷ Das von Krohn erwähnte Schema hält Bacmeister für eine private Notiz, die nichts zu sagen habe. Dieses enthalte zum einen Selbstverständlichkeiten, die sich ohne weiteres aus Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht ergäben. Zum anderen folge daraus nicht im Umkehrschluß, daß kein vollbürtiger Verwandter neben einem halbbürtigen Verwandten erben könne, der mit dem Erblasser lediglich genauso nahe entfernt sei wie die Kinder dieses halbbürtigen Verwandten. Denn nach dem Schema erbten Großmütter vor Kindern von Brüdern des Vaters, obwohl jene mit dem Erblasser sogar noch näher verwandt seien als Brüder des Vaters. Zudem erbten nach dem Schema halbbürtige Schwestern vor Brüdern und Schwestern des Vaters, obwohl nach Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht halbbürtige Geschwister sogar noch vor den Großeltern zur Erbfolge berufen seien. Bacmeister will damit sagen, daß das von Krohn erwähnte

⁹³⁶ Zu den erbrechtlichen Parömien vor allem: S. 177 und S. 195.

⁹³⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 494ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 8. Kapitel (S. 50f.); zu Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht: Fn. 291.

Schema den Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts widerspreche bzw. dieses nicht optimal wiedergebe.

Krohn meint dazu, bei der Abschrift des Schemas sei es zu einem Fehler gekommen.⁹³⁸ So erben die Großmütter nicht vor den Kindern des Bruders des Vaters, sondern vor dem Bruder des Vaters selbst sowie den Kindern des Bruders des Erblassers. Vollbürtige Schwestern des Vaters erben nicht vor den Kindern der Schwestern der Mutter, sondern vor den halbbürtigen Schwestern der Mutter sowie den Kindern der halbbürtigen Schwester des Erblassers. Auf diese Weise, so glaubt Krohn, bestehe tatsächlich Übereinstimmung mit dem einen oder anderen Artikel des Lübecker Stadtrechts. Um eine noch weitergehende Übereinstimmung zwischen der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ und dem Lübecker Stadtrecht herzustellen, liest Krohn Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht so, daß er unter ‚derselben Kinder‘ nicht nur die Kinder der an der vorherigen Stelle genannten Geschwister der Eltern versteht, sondern auch die Kinder aller anderen Seitenverwandten, die nach Art. 2, 2, 1 Lübecker Recht vor den Geschwistern der Eltern zur Erbfolge berufen seien, also auch die Kinder vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister.⁹³⁹ Diese seien zudem nicht nach den an siebter Stelle stehenden Geschwistern der Eltern zur Erbfolge berufen, sondern als Seitenverwandte jeweils nach den entsprechenden Verwandten aufsteigender Linie. So erben nach den Großeltern die Kinder vollbürtiger Geschwister, nach den Urgroßeltern die vollbürtigen Geschwister der Eltern, nach den Ururgroßeltern die Kinder halbbürtiger Geschwister sowie die halbbürtigen Geschwister der Eltern, nach weiteren Verwandten aufsteigender Linie die Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern und schließlich nach weiteren Verwandten aufsteigender Linie die Enkelkinder halbbürtiger Geschwister sowie die Kinder halbbürtiger Geschwister der Eltern. Krohn verweist dazu auf Joachim Lukas Stein und schreibt, insofern folge aus dem Schema, daß kein vollbürtiger Verwandter neben einem bestimmten halbbürtigen Verwandten desselben zur Erbfolge berufen sein könne, der nach dem Grad der Verwandtschaft mit dem Erblasser lediglich genauso nahe entfernt sei wie die Kinder jenes halbbürtigen Verwandten.⁹⁴⁰ Denn nach dem Schema seien unter anderem halbbürtige Schwestern vor Geschwistern des Vaters zur Erbfolge berufen.

⁹³⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1126ff. = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, § 5 (S. 216ff.).

⁹³⁹ Zu Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht: Fn. 291.

⁹⁴⁰ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, 3. Anmerkung zu § 271 (S. 401f.).

Diese seien mit dem Erblasser aber genauso nahe verwandt wie die Kinder jener halbbürtigen Schwestern, nämlich im dritten Grad.

b) Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht

Eine weitere Bestimmung, die Krohn heranzieht, ist Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht.⁹⁴¹ Danach erben Kinder vollbürtiger Geschwister vor halbbürtigen Geschwistern, wenn jene vollbürtigen Geschwister von ihren Eltern unabhängig, d.h. vermögensrechtlich nicht selbständig waren. Anderenfalls erben halbbürtige Geschwister vor Kindern vollbürtiger Geschwister. Hierauf stützt sich Krohn und weist darauf hin, daß auch hier entsprechend der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ Kinder vollbürtiger Geschwister nicht neben halbbürtigen Geschwistern erben, sondern von letzteren von der Erbfolge ausgeschlossen würden.⁹⁴²

c) Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht

Die Ausrichtung des Lübecker Stadtrechts an der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ zeigt sich für Krohn auch an Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht.⁹⁴³ Danach erben Kinder vollbürtiger Geschwister vor Geschwistern der Eltern. Krohn hält Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht insofern für eine Ausnahme, als Kinder vollbürtiger Geschwister und vollbürtige Geschwister der Eltern eigentlich nebeneinander erben müßten. Dennoch zeige Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht, daß Kinder halbbürtiger Geschwister nicht neben vollbürtigen Geschwistern der Eltern zu Erbfolge berufen seien, sondern jene von diesen trotz gleichen Verwandtschaftsgrades ausgeschlossen würden. Auf diese Weise entspricht Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht genau der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘. Krohn geht bei seiner Argumentation davon aus, daß sich Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht lediglich auf vollbürtige Geschwister der Eltern beziehe, obwohl Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht dem Wortlaut nach eine solche Einschränkung nicht enthält.

Hierauf stützt sich Bacmeister und hält Krohn entgegen, daß Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht zwar insofern zwischen Kindern vollbürtiger und halbbürt-

⁹⁴¹ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, § 3 (S. 122f.); zu Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht: Fn. 841.

⁹⁴² Zu den erbrechtlichen Parömien vor allem: S. 177 und S. 195.

⁹⁴³ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, § 3 (S. 123f.); zu Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht: Fn. 293; zu den erbrechtlichen Parömien vor allem: S. 177 und S. 195.

tiger Geschwister unterscheide, als darin ausschließlich Kinder vollbürtiger Geschwister erwähnt seien.⁹⁴⁴ Zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern der Eltern unterscheide Art. 2, 2, 18 Lübecker Recht jedoch nicht. Im Gegensatz zu Krohn ist Bacmeister der Auffassung, daß Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht lediglich die Frage entscheide, ob Brüder des Vaters des Erblassers vor Söhnen der Brüder des Erblassers zur Erbfolge berufen seien. Mit Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht könne nicht gezeigt werden, daß im Lübecker Stadtrecht nicht nur vollbürtige Geschwister gegenüber halbbürtigen Geschwistern erbrechtlich bevorzugt würden, sondern auch alle anderen vollbürtigen Verwandten gegenüber allen anderen halbbürtigen Verwandten gleichen Grades. Bacmeister verweist auf das Hamburger Stadtrecht von 1603 und führt aus, dort hätten ebenfalls ausschließlich vollbürtige Geschwister gegenüber halbbürtigen Geschwistern ein erbrechtliches Vorrecht, sonst aber niemand.⁹⁴⁵ Dennoch sei in Art. 3, 3, 15 Hamburger Stadtrecht geregelt, daß halbbürtige Geschwister und deren Kinder vor vollbürtigen Geschwistern der Eltern erben.⁹⁴⁶ Auch im Lüneburger Stadtrecht von 1583 erben halbbürtige Geschwister vor vollbürtigen Geschwistern der Eltern.⁹⁴⁷ Bacmeister will damit ausdrücken, daß die Unterscheidung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten in erbrechtlichen Bestimmungen nicht zwangsläufig ein Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten gleichen Verwandtschaftsgrades bedeute.

Die Ansicht Bacmeisters, wonach mit Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht die Frage entschieden worden sei, ob Brüder des Vaters vor Söhnen der Brüder

⁹⁴⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 498ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 8. Kapitel (S. 51f.); zu Art. 2, 2, 18: Fn. 293.

⁹⁴⁵ Zum Hamburger Stadtrecht bereits: S. 150 und S. 166.

⁹⁴⁶ Hamburger Stadtrecht, Art. 3, 3, 15: „Wann der Verstorbene, seinen Bruder oder Schwester, von halber Geburt, und darzn seines Vaters vollbürtigen Bruder, oder Schwester, verläßt, so erben Brüder und Schwester von halber Geburt, wie imgleichen derselben Kinder die Erbschaft allein, und schliessen die andere jetzt gemeldte Freunde aus.“ (zum Text: Der Stadt Hamburg Statuten und Gerichts-Ordnung (wie Fn. 709), S. 301).

⁹⁴⁷ 5. Teil, 4. Titel Lüneburger Stadtrecht: „Verläßt aber Verstorbene hinter sich einen Bruder oder Schwester von halber Geburt, und seines Vaters oder Mutter Schwester oder Bruder von voller Geburt, so fället seine Erbschaft auf den halben Bruder oder halben Schwester allein, und werden seines Vaters oder Mutter Geschwistern davon ausgeschlossen.“ (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 701), Anhang, S. 729); zum Lüneburger Stadtrecht bereits: S. 148.

erben, teilt Krohn nicht.⁹⁴⁸ Diese Frage habe sich niemals gestellt. Zwischen Art. 3, 3, 15 Hamburger Stadtrecht und Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht sieht Krohn keinen Zusammenhang.⁹⁴⁹ Während Art. 3, 3, 15 Hamburger Stadtrecht die Erbfolge von halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern regle, gehe es in Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht um die Erbfolge vollbürtiger Geschwister und deren Kinder. Nach Art. 3, 3, 15 Hamburger Stadtrecht erben halbbürtige Geschwister des Erblassers und deren Kinder zudem vor vollbürtigen Geschwistern des Erblassers, wohingegen Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht dies gerade nicht vorsehe. Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht sei außerdem ein Rest des alten deutschen Rechts. Art. 3, 3, 15 Hamburger Stadtrecht sei hingegen genauso wie die gesamte Reformation von Hamburg von 1603 nach römischem Recht und dessen Verständnis geschaffen worden.⁹⁵⁰ Zum Lüneburger Stadtrecht führt Krohn aus, dieses stimme mit Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht insofern überein, als danach ebenfalls Kinder vollbürtiger Geschwister des Erblassers vor Geschwistern der Eltern desselben erben.⁹⁵¹ Aus diesen Bestimmungen folgt für Krohn aber nicht, daß weder das Lübecker Stadtrecht noch das Lüneburger Stadtrecht zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern der Eltern des Erblassers unterschieden, womit Krohn wieder einmal bei der für den Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn interessanten Konstellation angeht. Denn abgesehen davon, daß unter ‚Geschwistern‘ vollbürtige Geschwister zu verstehen seien, unterscheide auch das Lüneburger Stadtrecht insofern ausdrücklich zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern der Eltern des Erblassers, indem es dort nur jene erwähne und ausdrücklich regle, daß vollbürtige Geschwister des Vaters vor Kindern halbbürtiger Brüder des Erblassers sowie Enkeln vollbürtiger Geschwister des Erblassers zur Erbfolge berufen seien.⁹⁵² Bacmeister hätte vielmehr die Frage stellen sollen, weswegen

⁹⁴⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1140ff. = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, § 6 (S. 222ff.); zu Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht: Fn. 293.

⁹⁴⁹ Zu Art. 3, 3, 15 Hamburger Stadtrecht: Fn. 946.

⁹⁵⁰ Dazu Krohn bereits: S. 166.

⁹⁵¹ 5. Teil, 4. Titel Lüneburger Stadtrecht: „Verläßt der Verstorbene hinter sich seiner vollbürtigen Geschwister Kinder, neben seines Vaters oder Mutter Bruder und Schwester, so werden seines Vaters oder Mutter Bruder und Schwester ausgeschlossen, und seine Erbschaft fällt auf seine Geschwister Kinder allein.“ (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 701), Anhang, S. 729f.).

⁹⁵² 5. Teil, 4. Titel Lüneburger Stadtrecht: „Des Verstorbenen Vaters vollbürtiger Bruder oder Schwester wird des halben Bruders Kindern, und der vollbürtigen Ge-

sowohl im Lübecker als auch im Lüneburger Stadtrecht Kinder vollbürtiger Geschwister des Erblassers gegenüber Geschwistern der Eltern des Erblassers bevorzugt würden.

Damit zeigt sich eine weitere Meinungsverschiedenheit zwischen Krohn und Bacmeister. Es geht um die Frage, ob dann, wenn eine Bestimmung von bestimmten Verwandten spricht, ohne sich ausdrücklich auf vollbürtige oder auf halbbürtige Verwandte zu beziehen, sowohl vollbürtige als auch halbbürtige oder nur vollbürtige Verwandte gemeint sind. Die Antwort auf diese Frage ist für Krohn im Hinblick auf Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht wichtig, weil Krohn mit dieser Bestimmung zeigen will, daß das Lübecker Stadtrecht der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ folge.⁹⁵³ Für Krohn steht fest, daß es in derartigen Fällen ausschließlich um vollbürtige Verwandte gehe.⁹⁵⁴ Seien hingegen halbbürtige Verwandte gemeint, werde dies zur Unterscheidung ausdrücklich erwähnt. Dazu zieht Krohn eine Stelle aus David Mevius' Kommentierung von Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht heran, wonach unter ‚Onkel des Erblassers‘ und ‚Tanten des Erblassers‘ vollbürtige Geschwister der Eltern des Erblassers zu verstehen sind.⁹⁵⁵ Zudem zitiert Krohn aus verschiedenen Stadtrechten, in denen bestimmte halbbürtige Verwandte bestimmten anderen Verwandten gegenübergestellt werden, ohne daß die betreffenden Bestimmungen ausdrücklich erwähnen, ob sie sich auf vollbürtige oder auf halbbürtige Verwandte beziehen.⁹⁵⁶ Darüber hinaus vertritt Krohn die Auffassung, daß alle

schwistern Kinds-Kindern, in der Erb-Folge vorgezogen.“ (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 701), Anhang, S. 730).

⁹⁵³ Zu Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht: Fn. 293.

⁹⁵⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1099ff. = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, §§ 2f. (S. 206ff.).

⁹⁵⁵ Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 18, Rn. 9 (S. 454): „De eo autem patruo seu avunculo haec accipienda sunt, qui defuncto ex utroque parente juncti sunt, vollbürtige Vater oder Mutter Bruder.“

⁹⁵⁶ Art. 2, 2, 13 Lübecker Stadtrecht: „Wo Vater vnd Mutter vorhanden, so seind sie neher ihrer Kinder Erbe zu nehmen, dann halbe Brüder vnd halbe Schwestern. Volle Brüder vnd volle Schwestern aber seind neher, wann sie abgescheiden sein, dann Vater vnd Mutter, so ferne sie aber von den Eltern nicht abgesondert, so seind die Eltern neher dann Brüder vnd Schwestern.“ und Art. 2, 2, 17 Lübecker Stadtrecht: „Der Eltervater vnd Eltermutter seind neher Erbe zunehmen; dann Ohm vnd Vetter, vnd ihre Kinder, halbe Brüder vnd halbe Schwestern aber, seind neher dann Großvater vnd Großmutter; nach vnserm Rechten.“ (zum Text: Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd Stadt-Recht (wie Fn. 57)); zu Art. 2, 2, 1, Art. 2, 2, 18 und Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177, Fn. 291 und Fn. 293; Alte Handschrift des Hamburger Stadtrechts von 1270, 3. Teil, Art. 12 (dazu: Fn. 693);

im 16. Jahrhundert revidierten Stadtrechte, die in der Frage der Erbfolge weiterhin nicht nur zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern, sondern auch zwischen anderen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterschieden, und in denen jene bevorzugt würden, ihren Ursprung insofern nicht im römischen Recht, sondern anderswo hätten.⁹⁵⁷ Krohn konkretisiert das an dieser Stelle nicht weiter. Es ist aber klar, daß sich Krohn damit auf die von ihm immer wieder betonte Kontinuität der deutschen Rechte in der Frage des Erbrechts der halben Geburt bezieht.⁹⁵⁸ So enthalte das revidierte Lübecker Stadtrecht von 1586 Bestimmungen, in denen zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Onkeln und Tanten sowie zwischen Kindern vollbürtiger und halbbürtiger Onkel und Tanten unterschieden werde. Dazu verweist Krohn auf Art. 2, 2, 17, Art. 2, 2, 18 und 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht.⁹⁵⁹ Das im Jahre 1582 revidierte Lüneburger Stadtrecht unterscheide über Geschwister des Erblassers und deren Kinder hinaus nicht nur zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Onkeln und Tanten, sondern sogar zwischen Enkeln vollbürtiger und Enkeln halbbürtiger Geschwister des Erblassers.⁹⁶⁰ Krohn versichert, einige dieser Bestimmungen seien aus alten Präjudizien äußerst sorgfältig zusammengestellt worden. Dies mache deutlich, wo der Ursprung solcher Stadtrechte in Wirklichkeit liege.

d) Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht

Die letzte Bestimmung, die Krohn und Bacmeister besprechen, ist Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht.⁹⁶¹ Danach erben Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers vor Kindern vollbürtiger Geschwister der Eltern desselben. Für Krohn zeigt Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht die Orientierung des Lübecker Stadtrechts an der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ am deutlichsten.⁹⁶²

Van Erve, Art. 12, Art. 13 und Art. 14 Alte Handschrift des Goslarer Stadtrechts (zum Text: Leibniz (wie Fn. 710), S. 485; zu Art. 13 und Art. 14: Fn. 728).

⁹⁵⁷ Zum Einfluß des römischen Rechts auf die deutschen Stadt- und Landrechte bei Krohn bereits: S. 162.

⁹⁵⁸ Zu dieser Kontinuität bei Krohn etwa: S. 180.

⁹⁵⁹ Zu Art. 2, 2, 17, Art. 2, 2, 18 und Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177, Fn. 293 und Fn. 956.

⁹⁶⁰ Insofern zum 5. Teil, 4. Titel Lüneburger Stadtrecht: Fn. 947 und Fn. 952 (zum Text: Pufendorf (wie Fn. 701), Anhang, S. 729f.).

⁹⁶¹ Zu Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177.

⁹⁶² Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, § 3 (S. 124ff.); zu den erbrechtlichen Parömien vor allem: S. 177 und S. 195.

Krohn begründet dies damit, daß Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht bei Seitenverwandten in absteigender Linie zwischen Kindern halbbürtiger und vollbürtiger Geschwister sowie bei Seitenverwandten in aufsteigender Linie zwischen halbbürtigen und vollbürtigen Geschwistern der Eltern unterscheidet, wobei sogar deren Kinder einbezogen seien. Krohn versteht Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht so, daß danach einerseits Kinder vollbürtiger Geschwister gegenüber Kindern halbbürtiger Geschwister und andererseits, so wie im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn, vollbürtige Geschwister der Eltern gegenüber halbbürtigen Geschwistern der Eltern ein Vorrecht bei der Erbfolge hätten. Zudem bevorzuge Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht auch Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern gegenüber Kindern halbbürtiger Geschwister der Eltern. Und schließlich erben nach Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht nach Krohns Ansicht „ex analogia“ auch halbbürtige Geschwister des Erblassers vor vollbürtigen Geschwistern der Eltern desselben. Den in Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht ausdrücklich geregelten Fall der Konkurrenz von Kindern halbbürtiger Geschwister des Erblassers und Kindern vollbürtiger Geschwister der Eltern des Erblassers betrachtet Krohn lediglich als einen der in Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht geregelten mehreren Fälle. Auf diese Weise enthält Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht für Krohn alle denkbaren Fälle der Erbfolge unter Seitenverwandten.

Bacmeister entnimmt Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht nur, daß Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern kein Vorrecht aufgrund dessen hätten, daß sie Kinder vollbürtiger, nicht aber Kinder halbbürtiger Verwandter seien, und deswegen auch Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers nicht von der Erbfolge ausschließen.⁹⁶³ Unter Geschwistern der Eltern des Erblassers und darüber hinaus werde im Lübecker Stadtrecht nicht mehr zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten unterschieden. Bacmeister vermutet, daß in Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht eine in den Anhängen 6 und 7 von Krohns ‚Versuch‘ enthaltene Entscheidung eingeflossen sei.⁹⁶⁴ Solche Entscheidungen betreffen aber immer nur einen einzigen Fall.

⁹⁶³ AHL RKG S 118 Q 40a S. 502ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 8. Kapitel (S. 53f.); zu Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177.

⁹⁶⁴ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 6 und Nr. 7 (1455 und 1459) (S. 188ff.).

Diesen Einwand hält Krohn für unerheblich. Wäre Bacmeisters Vermutung jedoch richtig, dann würde auch dies zeigen, daß altes deutsches Recht in das Lübecker Recht übernommen und aus Urteilen und Belehrungen des Lübecker Rats, die unmittelbar jeweils nur einen einzigen Fall betreffen, sogar ein ganzes Statut gemacht worden sei.⁹⁶⁵ Krohn nutzt diese Gelegenheit, um sein eigenes Verständnis derartiger Entscheidungen vorzustellen. Krohn führt aus, der dahinterstehende Gedanke sei nicht willkürlich, sondern beruhe auf einer Analogie. Jene Entscheidungen seien deswegen nicht nur für gleichartige Fälle maßgeblich, sondern auch für alle anderen Fälle. Was aber für einzelne Entscheidungen gelte, müsse erst recht für solche Bestimmungen gelten, in die jene eingeflossen seien. Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht ziele weder darauf ab, zu regeln, daß sich Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern gegenüber Kindern halbbürtiger Geschwister des Erblassers nicht darauf berufen könnten, vollbürtige Verwandte zu sein, noch darauf, daß es bei Geschwistern der Eltern des Erblassers keine Rolle mehr spiele, ob es um vollbürtige oder halbbürtige Geschwister gehe.⁹⁶⁶ Denn die in Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht genannten Kinder halbbürtiger Geschwister seien mit dem Erblasser ohnehin näher verwandt als die Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern desselben und schlossen diese deswegen sowieso von der Erbfolge aus. Zudem unterscheide Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht auch bei Geschwistern der Eltern des Erblassers zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten.

Krohn beruft sich in diesem Zusammenhang auch auf David Mevius' Stadtrechtskommentar. Darin erkenne Mevius an, daß das Lübecker Stadtrecht zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern der Eltern unterscheide.⁹⁶⁷ Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht treffe diese Unterscheidung insofern, als danach zwar vollbürtige Geschwister der Eltern vor Kindern halbbürtiger Geschwister des Erblassers zur Erbfolge berufen seien, nicht aber halbbürtige

⁹⁶⁵ AHL RKG S. 118 Q 40a S. 1154ff. = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, § 7 (S. 226ff.).

⁹⁶⁶ Zu Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177.

⁹⁶⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1165ff. = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, § 8 (S. 231ff.); Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 19, Rn. 2 (S. 454): „Sed hic articulus ostendit nostro jure aequè eam non esse attendendam ultra patruos, amitas, avunculos et materteras, quemadmodum jus Civile ulterius duplicitati vinculi nullam singularem vim tribuit, (...)“. Krohns Zitat weicht hiervon allerdings ab: „hoc certum, ultra patruos, amitas, avunculos, et materteras nec ipsum Jus Lubecense duplicitati vinculi vim singularem tribuere“.

Geschwister der Eltern.⁹⁶⁸ Dahinter sieht Krohn den Gedanken, daß vollbürtige und halbbürtige Geschwister der Eltern des Erblassers nicht gleichberechtigt seien. In Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht stünden sich vollbürtige und halbbürtige Geschwister der Eltern, Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern und Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers gegenüber. Vollbürtige Geschwister der Eltern schlossen Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers sowie Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern von der Erbfolge aus. Für Krohn ist damit klar, daß vollbürtige Geschwister der Eltern auch vor deren halbbürtigen Geschwistern erben.

e) Der Satz ‚Si vinco vincentem te, multo magis te vincum‘

Den Satz ‚Si vinco vincentem te, multo magis te vincum‘ bringt Bacmeister ins Spiel. Daraus, daß Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers nach vollbürtigen Geschwistern der Eltern erben, nicht aber nach halbbürtigen Geschwistern der Eltern, und damit bezieht sich Bacmeister auf Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht sowie auf Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht, folge vielleicht, daß vollbürtige Geschwister der Eltern auch gegenüber halbbürtigen Geschwistern der Eltern ein Vorrecht bei der Erbfolge hätten.⁹⁶⁹ Dies entspräche dem Satz ‚Si vinco vincentem te, multo magis te vincum‘. Dieser gelte aber nicht ausnahmslos, wozu Bacmeister auf Ulrich Huber verweist.⁹⁷⁰ Davon abgesehen folge daraus, daß vollbürtige Geschwister der Eltern vor halbbürtigen Geschwistern des Erblassers zur Erbfolge berufen seien, nicht, daß vollbürtige Geschwister der Eltern auch ihre halbbürtigen Geschwister von der Erbfolge ausschließen. Zur Begründung führt Bacmeister an, das Lübecker Stadtrecht enthalte ausschließlich Bestimmungen, die das Verhältnis solcher vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter bei der Erbfolge regelten, die mit dem Erblasser nach dem Grad der Verwandtschaft unterschiedlich nahe verwandt seien. Bacmeister ist der Ansicht, daß aus diesen Bestimmungen für das Verhältnis solcher vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter, die mit dem Erblasser gleich nahe verwandt seien, deswegen keine Schlüsse gezogen werden könnten. Ge-

⁹⁶⁸ Zu Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177.

⁹⁶⁹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 505ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 8. Kapitel (S. 54f.); zu Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht sowie Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177 und Fn. 293.

⁹⁷⁰ Ulrich Huber, *Praelectiones iuris civilis*, 3. Band, Leipzig 1735, 20. Buch, 4. Titel, § 30 (S. 1065).

nauso sei es im Lüneburger Stadtrecht, auf das Bacmeister hier zurückkommt. Dort erben vollbürtige Geschwister des Vaters vor Kindern halbbürtiger Brüder sowie Enkeln vollbürtiger Geschwister.⁹⁷¹ Auch damit sei ausschließlich das Verhältnis von Verwandten geregelt, die mit dem Erblasser unterschiedlich, nicht aber auch das Verhältnis von Verwandten, die mit dem Erblasser gleich nahe verwandt seien. Ob Bacmeister damit auch oder vielleicht sogar eigentlich sagen möchte, daß die Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts ausschließlich das Verhältnis von Verwandten aufsteigender Linie und Verwandten absteigender Linie betreffen, ist nicht ganz klar.

Die Ansicht Bacmeisters, wonach das Lübecker Stadtrecht das Verhältnis vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter, die mit dem Erblasser gleich nahe verwandt seien, nicht regelt, hält Krohn für falsch.⁹⁷² Daß das Lübecker Stadtrecht keine Bestimmungen zur Konkurrenz solcher Verwandter enthalte, bedeute nicht, daß es dazu nichts hergebe. Zu dem von Bacmeister genannten Lüneburger Stadtrecht schreibt Krohn, wenn darin ‚vollbürtige Geschwister‘ durch ‚halbbürtige Geschwister‘ ersetzt würde, wären halbbürtige Geschwister des Vaters und Kinder halbbürtiger Brüder des Erblassers wegen der gleichen Nähe der Verwandtschaft mit dem Erblasser gleichermaßen zur Erbfolge berufen, nicht aber Enkel vollbürtiger Geschwister.⁹⁷³ Daß diese im Lüneburger Stadtrecht dennoch neben halbbürtigen Geschwistern der Eltern erben, zeigt für Krohn, daß es falsch sei, daß es bei der Erbfolge von Verwandten gleicher Nähe der Verwandtschaft nicht entscheidend sei, ob es sich um vollbürtige oder halbbürtige Verwandte handle. Daß im Lüneburger Stadtrecht nach vollbürtigen Geschwistern des Vaters neben Kindern halbbürtiger Brüder des Erblassers auch Enkel vollbürtiger Geschwister des Erblassers erben, liege daran, daß sich das Lüneburger Stadtrecht im Gegensatz zum Lübecker Stadtrecht an der Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ orientiere. Würde hingegen in Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht ‚vollbürtige Geschwister der Eltern‘ durch ‚halbbürtige Geschwister‘ ersetzt, würden halbbürtige Geschwister der Eltern des Erblassers neben Kindern halbbürtiger Geschwister erben.

⁹⁷¹ Insofern zum 5. Teil, 4. Titel Lüneburger Stadtrecht: Fn. 952; zum Lüneburger Stadtrecht bereits: S. 148, S. 200 und S. 201.

⁹⁷² AHL RKG S 118 Q 40a S. 1174ff. = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, § 8 (S. 235ff.).

⁹⁷³ Insofern zum 5. Teil, 4. Titel Lüneburger Stadtrecht: Fn. 952.

Auch zu dem von Bacmeister genannten Satz ‚Si vinco vincentem te, multo magis te vincum‘ stellt Krohn einige eigene Überlegungen an. Krohn weist zunächst darauf hin, daß der Ursprung dieses Satzes in Paul. Dig. 38, 17, 5, 2 sowie in Scaev. Dig. 44, 3, 14, 3 liege.⁹⁷⁴ Sowohl ältere als auch jüngere Rechtsgelehrte hätten damit gezeigt, daß derjenige, der im Recht einen anderen verdränge, auch einen Dritten verdränge, wenn dieser Dritte von dem anderen verdrängt werde. Auch Ulrich Huber erkenne an, daß jener Satz immer dann gelte, wenn in den Verhältnissen zwischen der ersten und der zweiten sowie der zweiten und der dritten Person derselbe Grund für die Ausschließung der zweiten bzw. der dritten Person vorliege.⁹⁷⁵ Nach Huber gelte jener Satz nur dann nicht, wenn dies nicht der Fall sei, d.h. wenn nicht derselbe Grund für die Ausschließung der zweiten bzw. der dritten Person vorliege. Als Beispiel nennt Krohn die Ausschließung von Hypothekengläubigern bei der Befriedigung. Wenn alle Hypotheken gleichartig seien, dann werde der dritte durch den ersten Gläubiger um so mehr ausgeschlossen, als dieser den zweiten und dieser wiederum den dritten Gläubiger ausschließe. Entsprechendes gilt für Krohn in der Erbfolge. In aufsteigender Linie seien die Urgroßeltern solange nicht zur Erbfolge berufen, wie die Eltern und Geschwister noch lebten, weil diese auch die Großeltern ausschließen, während in absteigender Linie die Urenkel solange nicht erben, wie die Kinder und Enkel noch lebten. In der Seitenlinie werde ebenfalls eine dritte durch eine erste Person von der Erbfolge ausgeschlossen, wenn diese erste vor einer zweiten Person, die wiederum jene dritte Person ausschließe, zur Erbfolge berufen sei. Werde davon ausgegangen, wie Bacmeister dies tue, daß im Lübecker Stadtrecht Kinder halbbürtiger Geschwister bei der Erbfolge an die Stelle ihrer Eltern träten und halbbürtige Geschwister der Eltern von der Erbfolge ausschließen, so müßten vollbürtige Geschwister der Eltern, die wiederum Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers ausschließen, halbbürtige Geschwister der Eltern ebenfalls ausschließen. Denn sowohl im Verhältnis zu Kindern halbbürtiger Geschwister als auch im Verhältnis zu halbbürtigen Geschwistern der Eltern könnten sich vollbürtige Geschwister darauf berufen, vollbürtige Verwandte des Erblassers zu sein. Krohn ist der An-

⁹⁷⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1181 = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, § 9 (S. 238ff.); Paul. Dig. 38, 17, 5, 2 und Scaev. Dig. 44, 3, 14, 3 (zum Text: Corpus Iuris Civilis (wie Fn. 319)).

⁹⁷⁵ Huber (wie Fn. 970), 20. Buch, 4. Titel, § 31 (S. 1065f.).

sicht, daß sich auf diese Weise zeige, was aus der Auslegung des Lübecker Stadtrechts nach römischem Recht, und damit meint Krohn das Recht von Kindern, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern zu treten, tatsächlich folge. Krohn erinnert daran, er selbst nenne den Satz ‚Si vinco vincentem te, multo magis te vincum‘ überhaupt nicht. Er sei vielmehr der Ansicht, daß das in Nov. 118, 3 geregelte Recht von Kindern verstorbener Geschwister des Erblassers, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer Eltern zu treten, entgegen dem Edikt von 1521 in das Lübecker Stadtrecht insofern nicht übernommen worden sei, als vollbürtige Geschwister der Eltern Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers von der Erbfolge ausschlossen, hingegen halbbürtige Geschwister der Eltern des Erblassers neben Kindern halbbürtiger Geschwister des Erblassers zur Erbfolge berufen seien.⁹⁷⁶ Krohn liegt damit ganz richtig und es ist leicht zu verstehen, warum das Repräsentationsrecht kaum zur Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ paßte. Nach Wilhelm Ebel war und blieb das Repräsentationsrecht auch nach dem Attestat vom 4. März 1758 ein Fremdkörper im Lübecker Recht.⁹⁷⁷ Dieses war mit dem Attestat von 1758 zwar anerkannt, war mit dem Lübecker Stadtrecht von 1586 jedoch schwer zu vereinbaren. So setzte das Attestat des Lübecker Rats das Lübecker Stadtrecht auch teilweise außer Kraft.⁹⁷⁸ Ebel schreibt sogar, die Bemühungen, die lübisch-deutsche und die kaiserlich-römische Erbfolge im Einzelfall miteinander in Einklang zu bringen, seien von vornherein zum Scheitern verurteilt gewesen.

3. Die Präjudizien des Lübecker Rechts

Noch besser als die Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts zeigen nach Krohns Ansicht die Präjudizien des Lübecker Rechts, wie dieses der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ folge.⁹⁷⁹ Krohns Rechtsverständnis, das bei den Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts und deren Wortlaut nicht stehenbleiben will, wird daran noch einmal gut deutlich. Krohn zitiert aus verschiedenen Entscheidungen des Lübecker Rats aus den Jahren 1446 bis 1564, die jeweils

⁹⁷⁶ Edikt von 1521 (zum Text: Senckenberg (wie Fn. 237), S. 210f.); zu Nov. 118, 3, pr.: Fn. 180; zum Repräsentationsrecht in Nov. 118, 3, pr.: S. 72.

⁹⁷⁷ Ebel (wie Fn. Fn. 66), S. 24; zum Attestat vom 4. März 1758 bereits: S. 50.

⁹⁷⁸ Oestmann (wie Fn. 217), S. 461f.

⁹⁷⁹ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, §§ 3 und 4 (S. 127ff.); zu den erbrechtlichen Parömien vor allem: S. 177 und S. 195.

vollständig am Ende des ‚Versuchs‘ dokumentiert sind.⁹⁸⁰ So hätten halbbürtige Geschwister vor Kindern vollbürtiger Geschwister geerbt, solange Kinder von Verstorbenen noch nicht das Recht gehabt hätten, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer Eltern zu treten. Krohn zitiert dazu aus den Anhängen 1 bis 4.⁹⁸¹ Dies habe der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘, nicht aber der Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ entsprochen. Vollbürtige Geschwister der Eltern hätten Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen, wozu sich Krohn auf Anhang 5 stützt, während Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern wiederum durch Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen worden seien, wozu Krohn aus den Anhängen 6 und 7 zitiert.⁹⁸² Krohn möchte damit erneut zeigen, daß nach diesen Entscheidungen vollbürtige Verwandte gegenüber gleich nahen halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge zwar bevorzugt worden seien, letztere aber nicht neben solchen vollbürtigen Verwandten geerbt hätten, die im Vergleich zu jenen halbbürtigen Verwandten mit dem Erblasser einen Grad der Verwandtschaft weiter entfernt gewesen seien. Krohn führt weiter aus, zudem hätten halbbürtige Geschwister der Eltern Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern von der Erbfolge ausgeschlossen, und nennt dazu die Anhänge 8 und 9.⁹⁸³ Und gleichermaßen hätten schließlich halbbürtige Geschwister der Eltern Kinder vollbürtiger Geschwister der Großeltern von der Erbfolge ausgeschlossen, wozu Krohn auf die Anhänge 10a und 10b verweist.⁹⁸⁴

Bacmeister sieht das wiederum ganz anders. Mit den von Krohn genannten Präjudizien könne nicht gezeigt werden, daß sich das Lübecker Recht bei allen Graden der Seitenverwandtschaft an der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ orientiere.⁹⁸⁵ Denn dort seien unter Geschwistern der Eltern des Erblassers und deren Kindern halbbürtige Verwandte gegenüber vollbürtigen Verwandten bei der Erbfolge vollkommen gleichberechtigt gewesen. Nur unter Geschwistern

⁹⁸⁰ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, (S. 181ff.); darüber hinaus enthält Krohns ‚Versuch‘ drei Anhänge zum 9. Kapitel.

⁹⁸¹ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 1-4 (1466, 1500, 1548, 1556) (S. 181ff.).

⁹⁸² Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 5-7 (1446, 1455, 1459) (S. 185ff.).

⁹⁸³ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 8 und Nr. 9 (1466 und 1472) (S. 190ff.).

⁹⁸⁴ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 10a und Nr. 10b (1477 und 1564) (S. 193ff.).

⁹⁸⁵ AHL RKG S 118 Q 40a S. 509ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 8. Kapitel (S. 55f.).

und deren Kindern seien vollbürtige Verwandte bevorzugt worden. Dazu zieht Bacmeister unter anderem ein in Anhang 19 enthaltenes Dekret des Lübecker Rats von 1695 heran, wonach sowohl der vollbürtige Bruder und die halbbürtige Schwester des Vaters eines Verstorbenen als auch der halbbürtige Bruder und die halbbürtige Schwester der Mutter dieses Verstorbenen zur Erbfolge berufen waren.⁹⁸⁶ Zudem verweist Bacmeister auf zwei in den Anhängen 6 und 7 enthaltene Rechtsbelehrungen des Lübecker Rats in seiner Eigenschaft als Oberhof an den Elbinger Rat aus den Jahren 1455 und 1459. Danach erbte der Sohn eines halbbürtigen Bruders vor der Tochter einer Schwester der Mutter eines Erblassers, ohne daß dabei zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Schwestern unterschieden wurde.⁹⁸⁷

Daraufhin geht Krohn in seiner ‚Weiteren Ausführung‘ differenzierter vor und trennt die älteren von den neueren Präjudizien. Zu den älteren Präjudizien des Lübecker Rechts führt Krohn aus, diese unterschieden nicht nur zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern des Erblassers und deren Kindern, sondern auch zwischen weiter entfernten vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten.⁹⁸⁸ An erster Stelle nennt Krohn die Geschwister der Eltern und deren Kinder, danach die Geschwister der Großeltern und deren Kinder. Krohn verweist hierbei jeweils auf die einzelnen Anhänge seines Versuchs.⁹⁸⁹ Krohn ist der Ansicht, die von ihm genannten Präjudizien folgten der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ und enthielten sämtliche möglichen Fälle. Nach den Anhängen 1 bis 4 erbten halbbürtige Geschwister vor Kindern vollbürtiger Geschwister und nach Anhang 5 vollbürtige Geschwister des Vaters vor Kindern halbbürtiger Geschwister des Erblassers.⁹⁹⁰ Nach den Anhängen 5 bis 8 erbten Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers vor Kindern vollbürtiger Geschwister der Eltern des Erblassers und nach den Anhängen 8 und 9 halbbürtige Geschwister der Eltern des Erblassers vor Kindern vollbürtiger Geschwister der

⁹⁸⁶ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 19 (1695) (S. 207).

⁹⁸⁷ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 6 und Nr. 7 (1455 und 1459) (S. 188ff.).

⁹⁸⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1193ff. = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, § 10 (S. 242ff.).

⁹⁸⁹ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 1-10b (1466, 1500, 1548, 1556, 1446, 1455, 1459, 1466, 1472, 1477, 1564) (S. 181ff.).

⁹⁹⁰ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 1-5 (1466, 1500, 1548, 1556, 1446) (S. 181ff.).

Eltern des Erblassers.⁹⁹¹ Nach den Anhängen 10a und 10b schließlich erben Kinder halbbürtiger Geschwister der Eltern des Erblassers vor Kindern vollbürtiger Geschwister der Großeltern des Erblassers.⁹⁹²

Den Grund dafür, daß die neueren Präjudizien von den älteren teilweise abwichen, sieht Krohn im Einfluß des römischen Rechts, den Krohn also doch eingesteht.⁹⁹³ Der Einfluß des römischen Rechts habe die Analogie des Lübecker Rechts jedoch nicht vollkommen unterdrücken können.⁹⁹⁴ Den Anfang dieser Entwicklung sieht Krohn in einem Vergleich aus dem Jahre 1677, worin sich die Kinder einer vollbürtigen und die Kinder einer halbbürtigen Schwester der Mutter der Erblasserin auf eine Teilung des Nachlasses geeinigt hätten. Zwei Jahre später habe daraufhin der Lübecker Rat in einem anderen Fall entschieden, daß Kinder vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister der Eltern gleichermaßen erben und vollbürtige gegenüber halbbürtigen Kinder nicht zu bevorzugen seien.⁹⁹⁵ Dabei sei der „Advocatus (der vollbürtigen Verwandten) ein solcher Idiot“ gewesen, daß er sich nicht auf die Analogie des Lübecker Rechts, sondern auf das römische Recht berufen habe.⁹⁹⁶ Auf diese Weise sei es in den folgenden Jahrzehnten immer wieder zu derartigen Entscheidungen gekommen.⁹⁹⁷ Hingegen sei in anderen Fällen weiterhin entschieden worden, daß bei gleich nahen Verwandten vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht bei der Erbfolge hätten, das nicht auf vollbürtige Geschwister und deren Kinder gegenüber halbbürtigen Geschwistern und deren Kinder beschränkt sei. Krohn verweist dazu auf verschiedene Entscheidungen aus den Jahren 1687 bis 1723.⁹⁹⁸ So sei im Jahre 1687 entschieden worden, daß ein vollbürtiger Bruder der Mutter vor einer Tochter der halbbürtigen Schwester des Erblassers zur Erbfolge berufen sei, nachdem ein gewisser Mevius gebeten habe, „was Lübschen Rechtens wäre, selbigen hiebey zu belehren“. Dazu

⁹⁹¹ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 5-9 (1446, 1455, 1459, 1466, 1472) (S. 185ff.).

⁹⁹² Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 10a und 10b (1477 und 1564) (S. 193ff.).

⁹⁹³ Dazu auch: S. 68; ganz anders die Klageerwiderung: S. 42.

⁹⁹⁴ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1206ff. = Krohn (wie Fn. 4), 9. Kapitel, § 11 (S. 247ff.) und Krohn (wie Fn. 3), Dritter Anhang zum 9. Kapitel, §§ 2ff. (S. 165ff.).

⁹⁹⁵ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 14 (1679) (S. 202).

⁹⁹⁶ Zur Verwendung des Begriffs ‚Idiot‘: Fn. 250.

⁹⁹⁷ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 20 (1704) und Nr. 22 (1704) (S. 207ff.).

⁹⁹⁸ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 16 (1687), Nr. 17 (1692) und Nr. 21 (1723) (S. 205f. und S. 208).

sei es nicht durch Zufall gekommen, sondern ausschließlich durch die Weitsicht des Rechtsgelehrten Johannes Pommeresch, dessen Autorität sich im Prozeß ausgewirkt habe. Pommeresch habe als damaliger Lübecker Syndikus in seinem Gutachten geschrieben, daß im Lübecker Recht vollbürtige Verwandte halbbürtige Verwandte von der Erbfolge ausschließen.⁹⁹⁹ Für Krohn zeigt sich daran, wie sehr derartige Entscheidungen davon abhängig seien, ob Gericht und Parteien mit dem Lübecker Recht vertraut seien oder nicht. Zugleich stellte sich für Krohn die Frage, welche Präjudizien zu berücksichtigen seien und welche nicht. Krohn wirft Bacmeister vor, diejenigen neueren Präjudizien, die mit den älteren übereinstimmten, zu vernachlässigen und nur diejenigen zu beachten, die von den älteren abwichen. Im Vergleich zu seinen Ausführungen im ‚Versuch‘ relativiert Krohn die Bedeutung der von ihm genannten Präjudizien in der ‚Weiteren Ausführung‘ aber erheblich und schreibt, daß ausschließlich das Lübecker Recht und dessen Analogie entscheidend seien. Präjudizien seien lediglich Eselsbrücken. Wenn Präjudizien überhaupt wichtig seien, dann sei es selbstverständlich, daß dies nur für diejenigen gelte, die mit den alten Rechten übereinstimmten.

4. Die Meinung der Rechtsgelehrten

An dritter Stelle beruft sich Krohn auf die Meinung einiger Rechtsgelehrter. David Mevius, Samuel Stryk und Heinrich Cocceji hätten erkannt, daß Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht und Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht nicht mit dem römischen Recht übereinstimmten und daß nach dem Lübecker Stadtrecht auch unter Geschwistern der Eltern des Erblassers vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge ein Vorrecht hätten.¹⁰⁰⁰ Krohn zitiert Mevius, Stryk sowie Cocceji.¹⁰⁰¹ Keiner von diesen habe je-

⁹⁹⁹ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 15 (1687) (S. 203ff.).

¹⁰⁰⁰ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, § 5 (S. 130ff.); zu Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht sowie Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177 und Fn. 293.

¹⁰⁰¹ Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 18, Rn. 6ff. (S. 454): „Verba hujus articuli sonant de fratrum Germanorum liberis: hinc quaesitum, annon et consanguineorum seu uterinorum liberi patruos excludant? Negativam suadet tum Germanorum specialis mentio supervacua, nisi aliud in caeteris obtineret, tum argumentum à contrario sensu, tum denique dispositio, art. sequentis. 19. h. tit. qui patruorum liberis istos saltem anteponeit, et evincit, aliud esse quoad ipsos patruos. Quos aliàs ineptè omisisset, ineptius verò de casu minus dubitabili, omisso eo de quo magis dubitatur, cavisset. (...) De eo autem patruo seu avunculo haec accipienda sunt, qui defuncto ex utroque parente juncti sunt, (...)“; Stryk (wie Fn. 323), 3. Dissertation,

doch erkannt, was Joachim Lukas Stein gesehen habe, nämlich daß das Lübecker Stadtrecht sich nicht an der Parömie ‚Halbe Geburt geht ein Glied weiter‘ orientiere. Krohn zitiert auch Stein.¹⁰⁰² Für Krohn ist vor allem der Satz Steins wichtig, wonach aus Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht und Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht folgt, daß im Lübecker Stadtrecht auch über Geschwister des Erblassers und deren Kinder hinaus vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ein Vorrecht bei der Erbfolge hätten.¹⁰⁰³ Im Unterschied zur Parömie ‚Halbe Geburt geht ein Glied weiter‘ erwähnt Stein die Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ zwar nicht ausdrücklich, beschreibt aber genau das, was damit gemeint ist.¹⁰⁰⁴ So erben nach Stein vollbürtige Ge-

3. Kapitel, § 19 (S. 249): „Fratrum quoque Germanorum liberi, perinde ut de Jure Civili, Patrum defuncti excludunt Jus Lub. c. lib. 2. Tit. 2. Art. 18. Unilateralium tamen liberos contra Jus Civile Patris defuncti germanis non praeferri, ex d. Art. 18. colligit Dn. Mev. ibid. n. 6. cum in textu germanorum tantum mentio fiat.“; Heinrich von Cocceji (Präses)/Johann Koehn (Respondent), *Discursus iuridicus praxi accommodatus at tit. 2. lib. 2. iuris Lubec. de successione ab intestato et hereditatis divisione*, Diss. iur. Heidelberg 1684, Heidelberg 1706, 7. Kapitel (S. 40): „Cum quibus jus Lubecense congruit, nisi quod fratrum et sororum consanguineorum et uterinorum liberos, patris, amicis, avunculis et materteris germanis defuncti, qui de jure communi representationis jure ab illis excluduntur, (...) postpositos vult. arg. art. 18. et 19. h.t. in quo, cum Saxonico jure, concordat, quod vinculi duplicitatem, etiam ultra fratrum et sororum liberos, attendens, agnatos utrinque conjunctos, iis, qui ab uno latere tantum conjuncti sunt, semper praeferat.“

¹⁰⁰² Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, 3. Anmerkung zu § 271 (S. 398ff.): „Hiebey ist zu bemercken, 1) daß halbe Brüder und halbe Schwestern nach Lübschen Rechten eigentlich auch vor voller Brüder Kinder gehen solten; wie ex art. 22. h. t. bereits angeführet worden ist; daher denn 2) die Teutsche Paroemia Juris: die halbe Geburth tritt ein Glied weiter, (...) nach Lübschen Rechten nicht statt findet. (...) Nichts destoweniger aber ist aus dem itzt angeführten: daß halbe Brüder, die Kinder von vollen Geschwistern in der Erbfolge ausschliessen, klar, daß dieser Paroemie nicht so accurat gefolget wird, (...).“; Krohn zitiert darüber hinaus fast die gesamte Anmerkung Steins.

¹⁰⁰³ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, 3. Anmerkung zu § 271 (S. 399f.): „Und da nun secundum art. 18. h. t. voller Bruder und Schwester Kind Mutter und Vater Schwester und Bruder in der Erbfolge ausschliessen; die Halbe-Brüder und halbe Schwester-Kinder aber sec. a. 19. h. t. erst den Vater- oder Mutter volle Brüder, oder voll Schwester Kinder in der Erbfolge zuvor gehen; so siehet man zwar daraus, daß α) Halb-Brüder-Kinder von Mutter, und Vater-Schwester und Bruder (N.B.) vollbürtigen, S. Mev. ad a. 18. h. t. n. ult.) in der Erbfolge ausgeschlossen werden, wie also auch zu Lübeck ehedes a. 1687. d. 17. Aug. decretiret worden ist, und folglich β) nach Lübschen Rechten auch weiter, denn bey Brüder und Brüder-Kinder, darauf zu reflectiren sey, ob jemand ex utroque, oder ex uno tantum latere verwandt.“

¹⁰⁰⁴ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, 3. Anmerkung zu § 271 (S. 401): „Es wird also die halbe Geburth zwar ausgeschlossen von der vollen Geburth, die im gleichen

schwister nach Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht vor halbbürtigen Geschwistern, diese aber nach Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht vor Kindern vollbürtiger Geschwister.¹⁰⁰⁵ Kinder vollbürtiger Geschwister erben nach Art. 2, 2, 18 und Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht wiederum vor Kindern halbbürtiger Geschwister. Diese wiederum erben vor Kindern vollbürtiger Geschwister der Eltern, was sich entsprechend fortsetze. Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht ist nach Steins Ansicht unter anderem so zu vervollständigen, daß nach den Großeltern des Erblassers die Kinder vollbürtiger Geschwister des Erblassers zur Erbfolge berufen seien.¹⁰⁰⁶ Mit Rückgriff auf Stein ist sich Krohn seiner Sache so sicher, daß er mit der Behauptung schließt, daß derjenige, der der Ansicht sei, daß im Lübecker Recht vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge kein durchgängiges Vorrecht hätten, „den Nahmen eines rechtschaffenen JCTi so wenig behaupten“ könne, als dieser verneinen könne, „mehr eigensinnig als gerecht“ zu sein.¹⁰⁰⁷

Bacmeister geht auf die von Krohn zitierten Rechtsgelehrten nur kurz ein. Die Ansicht von Joachim Lukas Stein hält Bacmeister natürlich für falsch.¹⁰⁰⁸ Demgegenüber schreibe Samuel Stryk nicht mehr als David Mevius. Mevius' Kommentierung an sich hält Bacmeister für nicht eindeutig. Bacmeister zitiert dazu Mevius und schreibt, es sei unklar, was Mevius damit meine, daß sich Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht auf vollbürtige Geschwister des Erblassers beziehe.¹⁰⁰⁹ Denn wenn vollbürtige Geschwister der Eltern des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen seien, dann müsse dies erst recht für halbbürtige gelten. Den von Krohn ebenfalls zitierten Cocceji behandelt Bacmeister besonders kurz und schreibt, dessen Meinung sei vollkommen unerheblich, „da derselbe von der Wissenschaft des deutschen Rechts keine Hinlängliche Proben abgelegt“ habe.

Gliede stehet, wie das Schema, so kurtz vorher ad a. 18. et 19. h. t. beygefüget worden ist, mit mehren zeigt; allein dennoch geht sie zuvor der vollen Geburth, die ein Glied weiter ist, (...).“

¹⁰⁰⁵ Zu Art. 2, 2, 1 und Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht: Fn. 291 und Fn. 841.

¹⁰⁰⁶ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, 3. Anmerkung zu § 271 (S. 401): „(...). (...) und respectu der ascendenten wäre, art. 1. h. t. also zu suppliren: daß nach Groß-Vater und Groß-Mutter kämen volle Brüder Kinder. (...).“

¹⁰⁰⁷ Die Abkürzung ‚JCTi‘ steht für ‚Jurisconsulti‘.

¹⁰⁰⁸ AHL RKG S 118 Q 40a S. 515ff. = Bacmeister (wie Fn. 4), 8. Kapitel (S. 58).

¹⁰⁰⁹ Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 18, Rn. 9 (S. 454): „De eo autem patruo seu avunculo haec accipienda sunt, qui defuncto ex utroque parente juncti sunt, (...).“; zu Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht: Fn. 293.

Krohn ist über Bacmeisters Äußerungen wenig erfreut und schreibt, Bacmeister versuche vergeblich, David Mevius, Samuel Stryk und Heinrich Cocceji sowie Joachim Lukas Stein, die sich „durch Schriften als brave Leute hervorgethan hätten“, als „grosse Idioten im jure Germanico“ hinzustellen und diesen „die cognitionem juris Germanici“ abzusprechen.¹⁰¹⁰ Denn Mevius, Stryk und Cocceji sowie Stein könne ohne weiteres zugetraut werden, daß sie die Sache am besten verstünden. Genau dies sei der Grund dafür, auf die Meinung von gelehrten Autoritäten zurückzugreifen. Zwar gehe Stein insofern weiter als Mevius, Stryk und Cocceji, als nach Stein auch Kinder vollbürtiger Geschwister Kinder halbbürtiger Geschwister der Eltern des Erblassers von der Erbfolge ausschließen. Diese Ansicht sei jedoch richtig und folge aus dem Satz ‚Das halbe Glied geht zurück‘. Krohn meint, wenn aber „so viel grosse Männer“ derselben Ansicht wie er seien, dann könne dies „nicht ohne Grund seyn“. Daß sich Krohn am Anfang seiner ‚Weiteren Ausführung‘, und zwar im Zusammenhang mit dem römischen Recht, noch darüber freuen konnte, „in solchen Zeiten (zu leben), wo man mehr auf die Wahrheit, als auf die auctoritaet, siehet“, scheint Krohn an dieser Stelle nicht mehr bewußt zu sein.¹⁰¹¹ Gleiches findet sich in Krohns ‚Versuch‘.¹⁰¹²

III. Summermanns Relation

1. Das Lübecker Stadtrecht von 1586

Das Lübecker Recht behandelt Summermann zwar erst am Ende seines Votums. Dafür sind seine Ausführungen hierzu am umfangreichsten. Wie auch an anderen Stellen nimmt Summermann das Ergebnis vorweg und schreibt, daß sich aus den Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts entgegen der Ansicht Krohns ein unbeschränktes Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge nicht ergebe.¹⁰¹³ Im Mittelpunkt stehen auch für Summermann Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht und Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht.¹⁰¹⁴ Summermann betont, daß diese beiden Bestimmungen

¹⁰¹⁰ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1222ff. = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, § 12 (S. 254f.); zur Verwendung des Begriffs ‚Idiot‘: Fn. 250.

¹⁰¹¹ AHL RKG S 118 Q 40a S. 753f. = Krohn (wie Fn. 4), 4. Kapitel, § 11 (S. 82).

¹⁰¹² Krohn (wie Fn. 3), 2. Kapitel, § 9 (S. 62); dazu: S. 87.

¹⁰¹³ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 15c ff. (§ 51).

¹⁰¹⁴ Zu Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht und Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177 und Fn. 293.

ausschließlich das Verhältnis von Seitenverwandten absteigender Linie einerseits und Seitenverwandten aufsteigender Linie andererseits regelten. Zudem würden dort in keinem einzigen Fall vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten deshalb bevorzugt, weil jene vollbürtige, nicht aber halbbürtige Verwandte des Erblassers seien. Den einzigen Grund dafür, daß nach Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht Kinder vollbürtiger Geschwister vor halbbürtigen Geschwistern der Eltern erben, sieht Summermann darin, daß jene Seitenverwandte absteigender Linie seien. Deshalb schlossen Kinder vollbürtiger Geschwister auch nicht nur halbbürtige Geschwister der Eltern, sondern auch deren vollbürtige Geschwister von der Erbfolge aus. Summermann stellt fest, daß das Lübecker Stadtrecht insofern mit dem römischen Recht überstimme. Denn sowohl im Lübecker Stadtrecht als auch im römischen Recht seien Seitenverwandte absteigender Linie vor Seitenverwandten aufsteigender Linie zur Erbfolge berufen. Summermann bezieht sich auf Nov. 118, 3, wonach unter Seitenverwandten zunächst Geschwister und deren Kinder erben und erst danach alle übrigen Seitenverwandten zum Zuge kamen.¹⁰¹⁵ Zwar hätten Kinder halbbürtiger Geschwister gegenüber Geschwistern der Eltern kein Vorrecht nach Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht. Das schließe aber nicht aus, daß jene gemeinsam mit diesen erben. Summermann widerspricht damit Krohn, nach dessen Ansicht Kinder halbbürtiger Geschwister von vollbürtigen Geschwistern der Eltern verdrängt werden.¹⁰¹⁶ Summermann begründet seine Ansicht damit, daß sich Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht und Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht lediglich mit dem Ausschluß bestimmter Seitenverwandter durch andere Seitenverwandte befaßten, jedoch nicht auch mit der gemeinsamen Berufung mehrerer Seitenverwandter. Daher folgt für Summermann aus Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht nicht, daß vollbürtige Seitenverwandte gegenüber gleich nahen halbbürtigen Seitenverwandten ein Vorrecht hätten. Summermann ist vielmehr der Auffassung, daß sich aus Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht das Gegenteil herleiten lasse. Danach waren vollbürtige und halbbürtige Verwandte gleichermaßen zur Erbfolge berufen. Denn wenn ein halbbürtiger Seitenverwandter absteigender Linie, der mit dem Erblasser im dritten Verwandtschaftsgrad verwandt sei, von einem gleich nahen vollbürtigen Seitenverwandten aufsteigender Linie nicht von der Erbfolge ausgeschlossen werde, sondern beide gleich-

¹⁰¹⁵ Zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168; zur justinianischen Erbfolge: S. 71.

¹⁰¹⁶ Dazu bei Krohn: S. 199.

berechtigt seien, dann müsse dies auch für einen halbbürtigen Seitenverwandten aufsteigender Linie und dritten Grades der Verwandtschaft gelten. Nach Summermanns Ansicht zeigt dies, daß sich die Verfasser des Lübecker Stadtrechts im wesentlichen am römischen Recht orientiert hätten, womit sich Summermann erneut auf Nov. 118, 3 bezieht.¹⁰¹⁷ Krohns Einwand, Kinder halbbürtiger Geschwister würden im Lübecker Stadtrecht gegenüber Geschwistern der Eltern anders als im römischen Recht nicht bevorzugt, hält Summermann für unerheblich.¹⁰¹⁸ Die Verfasser des Lübecker Stadtrechts hätten jene Bevorzugung im römischen Recht möglicherweise für eine Besonderheit gehalten, die sie nicht hätten übernehmen wollen. Denn tatsächlich sei es etwas besonders, wenn ein Verwandter einen anderen Verwandten gleicher Nähe von der Erbfolge ausschließe.¹⁰¹⁹ Summermann verweist dazu auf Georg Adam Struve.¹⁰²⁰ Summermann vermutet, daß im Lübeck vielleicht angenommen worden sei, daß auch im römischen Recht Kinder halbbürtiger Geschwister nicht vor Geschwistern der Eltern des Erblassers erben, und weist darauf hin, daß es auf die Frage, ob im römischen Recht Kinder halbbürtiger Geschwister vor Geschwistern der Eltern des Erblassers erben, unterschiedliche Antworten gebe. Während Samuel Stryk diese Frage bejahe, vertrete Cornelius Eck die Ansicht, daß weder Kinder vollbürtiger noch Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers gegenüber Geschwistern der Eltern bei der Erbfolge ein Vorrecht hätten.¹⁰²¹ Hingegen stimmten die von Ulrich Huber vertretene Ansicht und jene, die Johannes Voet vertrete, insofern mit dem Lübecker Stadtrecht überein, als danach zwar Kinder vollbürtiger Geschwister, nicht aber auch Kinder halbbürtiger Geschwister gegenüber Geschwistern der Eltern bevorzugt würden.¹⁰²²

¹⁰¹⁷ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 17c ff. (§ 51).

¹⁰¹⁸ Zu diesem Einwand: S. 68; dazu auch: S. 199.

¹⁰¹⁹ Dazu im Zusammenhang mit dem römischen Recht bei Bacmeister: S. 75.

¹⁰²⁰ Georg Adam Struve, *Iurisprudentia Romano-Germanico forensis*, Frankfurt am Main 1760, 2. Buch, 30. Titel, § 17 (S. 261).

¹⁰²¹ Stryk (wie Fn. 323), 3. Dissertation, 1. Kapitel, § 21 (S. 203f.); Cornelius van Eck, *Principia iuris civilis secundum ordinem digestorum*, Utrecht 1694, 38. Buch, 17. Titel, §§ 28f. (S. 701).

¹⁰²² Ulrich Huber, *Praelectiones iuris civilis*, 1. Band, Leipzig 1735, 3. Buch, 13. Titel, Nr. 16 (S. 275); Johannes Voet, *Commentarius ad pandectas*, 2. Band, Venedig 1770, 38. Buch, 17. Titel, Nr. 20 (S. 491).

Auch andere Bestimmungen zeigen für Summermann, daß das Lübecker Stadtrecht kein durchgängiges Vorrecht vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten gleichen Verwandtschaftsgrades zum Inhalt habe.¹⁰²³ So erwähne Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht zwar halbbürtige Geschwister und deren Kinder, sonst aber keine halbbürtigen Verwandten.¹⁰²⁴ In Art. 2, 2, 17 Lübecker Stadtrecht, wonach halbbürtige Geschwister vor Großeltern erben, werde auf diese Abweichung vom römischen Recht mit der Anfügung der Worte ‚nach unseren Rechten‘ ausdrücklich hingewiesen.¹⁰²⁵ Im römischen Recht erben nach Nov. 118, 2 nur vollbürtige Geschwister neben Großeltern des Erblassers, nicht aber auch halbbürtige Geschwister.¹⁰²⁶ Summermann wertet diese Anfügung als sicheres Indiz dafür, daß im übrigen Übereinstimmung mit dem römischen Recht bestehe. Art. 2, 2, 20 Lübecker Stadtrecht, so schreibt Summermann weiter, regle sogar ausdrücklich, daß solche Verwandte, die mit dem Erblasser, wie im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn, sowohl auf mütterlicher als auch auf väterlicher Seite stünden und mit dem Erblasser gleich nahe verwandt seien, gleichermaßen zur Erbfolge berufen seien.¹⁰²⁷ Das Merkmal der gleichen Nähe der Verwandtschaft zielt dabei auf den Verwandtschaftsgrad ab. Wäre hingegen entscheidend, ob jene Verwandte vollbürtige oder halbbürtige Verwandte seien, hätte dies sprachlich hervorgehoben werden müssen. Denn das Lübecker Stadtrecht enthalte an keiner anderen Stelle einen Hinweis auf ein derartiges Verständnis. Ein weiteres Argument sieht Summermann darin, daß ein Verständnis, wonach es darauf ankomme, ob jene Verwandte vollbürtige oder halbbürtige Verwandte seien, nicht mit dem römischen Recht zu vereinbaren wäre, das vom Lübecker Stadtrecht in vielen Fragen, insbesondere in der Frage der Erbfolge übernommen worden sei. Auffallend sei die wörtliche Übereinstimmung von Art. 2, 2, 20 Lübecker Stadtrecht mit Nov. 118, 3, 1.¹⁰²⁸

¹⁰²³ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 18d ff. (§ 52).

¹⁰²⁴ Zu Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht: Fn. 291.

¹⁰²⁵ Zu Art. 2, 2, 17 Lübecker Stadtrecht: Fn. 956.

¹⁰²⁶ Zu Nov. 118, 2: Fn. 303.

¹⁰²⁷ Art. 2, 2, 20 Lübecker Stadtrecht: „Stirbet jemand; es sey Mann oder Weib, die da Erben haben von beiden seiten, gleich nahe vorwandt; Seind dann dieselben Erben in gleicher anzahl, so theilen sie das Erbe in zwey theil, Seind ihr aber auff der einen seiten mehr dann auff der anderen, so theilen sie das Erbe in capita nach Hauptzahl.“ (zum Text: Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd StadtRecht (wie Fn. 57)).

¹⁰²⁸ Zu Nov. 118, 3, 1: Fn. 168.

Schließlich zeige auch Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht, wonach Kinder vollbürtiger Geschwister vor halbbürtigen Geschwistern erben, wie stark das Lübecker Stadtrecht mit dem römischen Recht übereinstimme.¹⁰²⁹

2. Die Analogie des Lübecker Stadtrechts

Auch aus einer Analogie des Lübecker Stadtrechts läßt sich nach Summermanns Ansicht eine erbrechtliche Bevorzugung vollbürtiger Verwandter gegenüber halbbürtigen Verwandten ohne Beschränkung auf Verwandte bestimmter Verwandtschaftsgrade nicht herleiten.¹⁰³⁰ Summermann faßt zusammen, daß nach Krohn aus dem Satz ‚daß derjenige nicht so nahe sein kann als ich, der nur näher sein soll, als es meine Kinder sind‘, folge, daß vollbürtige Geschwister der Eltern vor Kindern halbbürtiger Geschwister des Erblassers erben.¹⁰³¹ Krohn versuche dies damit zu begründen, daß nach Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers vor Kindern vollbürtiger Geschwister der Eltern zur Erbfolge berufen seien.¹⁰³² Dies setze aber voraus, daß nach Kindern halbbürtiger Geschwister des Erblassers und vor bzw. mit Kindern vollbürtiger Geschwister der Eltern keine anderen Verwandten erben. Daß vollbürtige Geschwister der Eltern vor Kindern halbbürtiger Geschwister des Erblassers erben, folge wie gezeigt gerade nicht aus Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht.¹⁰³³

3. Die Präjudizien des Lübecker Rechts

Die von Krohn vorgelegten Präjudizien hält Summermann teilweise für unanwendbar.¹⁰³⁴ Dies gelte etwa für Fälle, in denen sich niederschlage, daß Kinder vor der Revision des Lübecker Stadtrechts im Jahre 1586 noch nicht in jedem Fall das Recht gehabt hätten, bei der Erbfolge an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern zu treten. Summermann geht also davon aus, daß das Repräsentationsrecht bereits 1586 in Lübeck eingeführt worden sei.¹⁰³⁵ Eine Übereinstimmung mit dem römischen Recht sieht Summermann demgegenüber in den Fällen, in denen unter Seitenverwandten aufsteigender und absteigender Linie diejenigen

¹⁰²⁹ Zu Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht: Fn. 841.

¹⁰³⁰ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 20a ff. (§ 53 und § 54).

¹⁰³¹ Zu diesem Satz bei Krohn: S. 197.

¹⁰³² Zu Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177.

¹⁰³³ Dazu Summermann bereits: S. 217.

¹⁰³⁴ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 21a ff. (§§ 56-59).

¹⁰³⁵ Zum Repräsentationsrecht im Lübecker Recht bereits: S. 50 und S. 208.

erben, die mit dem Erblasser am nächsten verwandt seien. Lediglich einige wenige Präjudizien betreffen solche Fälle, in denen der Erblasser gleich nahe vollbürtige und halbbürtige Seitenverwandte ausschließlich aufsteigender Linie hinterlasse. Für Summermann sind nur diese Präjudizien interessant, weil nur sie der Konstellation im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn entsprechen. Dabei handelt es sich um neuere Präjudizien. So betreffen die Anhänge 13, 14 und 22 Konstellationen mit Seitenverwandten vierten Grades.¹⁰³⁶ Danach erben Kinder halbbürtiger neben Kindern vollbürtiger Geschwister der Eltern. Fälle mit Seitenverwandten dritten Grades betreffen die Anhänge 18, 19 und 20.¹⁰³⁷ Danach erben halbbürtige neben vollbürtigen Geschwistern der Eltern. Summermann betont, im Gegensatz zu einigen anderen Fällen, wo vollbürtige und halbbürtige Seitenverwandte dritten Grades, die Seitenverwandte entweder aufsteigender oder absteigender Linie seien, aufeinander trafen, gehe es im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn ausschließlich um Seitenverwandte aufsteigender Linie.¹⁰³⁸ Wegen dieses Unterschieds hält Summermann jene Präjudizien für unerheblich. Denn das Problem habe dabei nicht darin bestanden, daß der Erblasser einerseits vollbürtige und andererseits halbbürtige Verwandte hinterlassen habe, sondern darin, daß sich Seitenverwandte aufsteigender Linie einerseits und Seitenverwandte absteigender Linie andererseits gegenüberstanden hätten. Letztere hätten sich auf römisches Recht berufen können, wozu Summermann unter anderem aus David Mevius' Stadtrechtskommentar zitiert.¹⁰³⁹ Hingegen hätten sich Seitenverwandte aufsteigender Linie gegenüber Seitenverwandten absteigender Linie auf alte deutsche Rechtsgewohnheiten stützen können, wie sie etwa bei Tacitus zu finden seien.¹⁰⁴⁰ Danach hätten nach Brüdern des Erblassers dessen Onkel geerbt, so wie auch nach Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht Geschwister der Eltern vor Kindern der Geschwister des Erblassers erben.¹⁰⁴¹ Die entsprechenden Präjudizien will Summermann deshalb auf sich beruhen lassen. Summermann erinnert daran, daß Krohn selbst

¹⁰³⁶ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 13 und 14 (1679 und 1679) (S. 200ff.) sowie Nr. 22 (1740) (S. 209).

¹⁰³⁷ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 18, 19 und 20 (1685, 1695 und 1704) (S. 206ff.).

¹⁰³⁸ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 22b ff. (§ 60).

¹⁰³⁹ Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 18, Rn. 5 (S. 455); Carpzov (wie Fn. 883), 3. Teil, 18. Constitution, 5. Definition, Rn. 4ff. (S. 186).

¹⁰⁴⁰ Zu Tacitus, Germania, 20, 3: Fn. 475.

¹⁰⁴¹ Zu Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht: Fn. 291.

eingestehe, daß die Präjudizien des Lübecker Rechts derart gegensätzlich seien, daß schwer zu sagen sei, welche hiervon maßgeblich seien.¹⁰⁴² Zwar sei das in den Anhängen 15 und 16 enthaltene Präjudiz, wonach ein vollbürtiger Bruder der Mutter eine Tochter einer halbbürtigen Schwester des Erblassers von der Erbfolge ausschließe, tatsächlich damit begründet worden, daß vollbürtige Verwandte des Erblassers gegenüber dessen halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge ein Vorrecht hätten.¹⁰⁴³ Allerdings stütze sich der Lübecker Syndikus Johannes Pommeresch dabei auf eine Stelle aus Mevius' Kommentar, die auf diesen Fall überhaupt nicht anwendbar sei.¹⁰⁴⁴ Zusätzlich stellt Summermann fest, daß die von Krohn genannten Präjudizien eher die Position Bacmeisters stärkten.¹⁰⁴⁵ Denn in den Fällen, in denen vollbürtige und halbbürtige Seitenverwandte aufsteigender Linie um die Erbfolge konkurriert hätten, hätten die halbbürtigen immer neben den vollbürtigen Verwandten geerbt. Summermann denkt dabei vor allem an die Anhänge 18, 19 und 20.¹⁰⁴⁶ Die darin enthaltenen Fälle gäben die Situation im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn so genau wieder, daß andere Fälle, in denen es um die Erbfolge unter vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandten sowohl aufsteigender als auch absteigender Linie und gleichen Verwandtschaftsgrades gegangen sei und in denen die vollbürtigen Verwandten die halbbürtigen Verwandten ausgeschlossen hätten, nicht als den in den Anhängen 18, 19 und 20 enthaltenen Fällen widersprechend angesehen werden könnten. Insofern handle Krohn vollkommen richtig, wenn er schreibe, daß es ihm lieber wäre, wenn keines der Präjudizien berücksichtigt würde.¹⁰⁴⁷

4. Die Meinung der Rechtsgelehrten

Abschließend geht Summermann auf die Meinung der von Krohn und Bacmeister genannten Rechtsgelehrten zum Erbrecht der halben Geburt ein. Zuvor stellt Summermann klar, daß es auf die Meinung der Rechtsgelehrten

¹⁰⁴² AHL RKG S 118 Q 40a S. 1218f. = Krohn (wie Fn. 4), 9. Kapitel, § 11 (S. 252f.); dazu: S. 211.

¹⁰⁴³ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 15 und 16 (1687 und 1687) (S. 203ff.).

¹⁰⁴⁴ Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 19, Nr. 2 (S. 454).

¹⁰⁴⁵ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 23b ff. (§§ 61f.).

¹⁰⁴⁶ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, Adjuncta, Nr. 18, 19 und 20 (1685, 1695 und 1704) (S. 206ff.).

¹⁰⁴⁷ AHL RKG S 118 Q 40a S. 1218f. = Krohn (wie Fn. 4), 9. Kapitel, § 11 (S. 252f.); dazu: S. 213.

überhaupt nicht ankomme, sondern auf Rechtslage und Rechtspraxis.¹⁰⁴⁸ Wörtlich bezieht sich Summermann zwar nur auf „einige und zumahl wenige Doctores“. Dies ändert aber nichts daran, daß er sich hier deutlich gegen die Berücksichtigung einer tatsächlich oder vermeintlich herrschenden Meinung im Recht ausspricht.¹⁰⁴⁹ Demgegenüber bezeichnet Summermann im Zusammenhang mit dem römischen Recht eine Auseinandersetzung mit den Argumenten Krohns im Hinblick auf die herrschende Meinung selbst als „überflüssig“.¹⁰⁵⁰ Eine ähnliche Ambivalenz findet sich bei Krohn.¹⁰⁵¹ In der Diskussion um die Erbfolge im römischen Recht lehnt Krohn zwar das Argumentieren mit Autoritäten ab. Letzteres hält ihn jedoch nicht davon ab, sich im Rahmen des Lübecker Rechts dennoch auf angebliche Autoritäten zu berufen. Daß Krohn und Summermann scheinbar nach Belieben die Bedeutung von Autoritäten bejahen oder verneinen, mag nicht verwundern, bemerkenswert ist aber, daß die dadurch entstehende Inkonsistenz der gesamten Argumentation überhaupt nicht problematisiert wird. Etwas einfacher wäre es, wenn sich die Ablehnung vermeintlicher Autoritäten bei beiden einheitlich bspw. nur auf das römische Recht beziehen würde. So ist es aber nicht. Ungeachtet seiner anfänglichen Klarstellung arbeitet Summermann an dieser Stelle sorgfältig und bemerkt am Ende sogar, daß selbst dann, wenn die Meinung der Rechtsgelehrten von Bedeutung wäre, sich die Klägerin auf eine größere Anzahl von Rechtsgelehrten berufen könne als der Beklagte, zumal Rechtsgelehrte wie David Mevius kein geringes Ansehen hätten.¹⁰⁵² Daß Mevius' Stadtrechtskommentar in der Mitte des 18. Jahrhunderts bereits ein Jahrhundert alt war, ist Summermann genauso wie Krohn und Bacmeister egal. Die Anzahl sowie das Ansehen der Rechtsgelehrten erwähnt Summermann sicherlich nicht grundlos. Denn dies waren nach der älteren Theorie von der herrschenden Meinung im Recht gerade die entscheidenden Aspekte.¹⁰⁵³

¹⁰⁴⁸ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 24a f. (§ 63); dazu Summermann im Zusammenhang mit den alten Rechten: S. 158.

¹⁰⁴⁹ An anderer Stelle fehlt die genannte Beschränkung (BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 26a (§ 68)).

¹⁰⁵⁰ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 8b f. (§ 35); dazu: S. 90.

¹⁰⁵¹ Zu dieser Ambivalenz bei Krohn: S. 216.

¹⁰⁵² BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 26a (§ 68).

¹⁰⁵³ Schröder (wie Fn. 230 a.A.), § 9 II (S. 47); Coing (wie Fn. 39), § 19 I (S. 124f.).

Summermann weist darauf hin, daß David Mevius zunächst lediglich schreibe, daß Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers nicht von der Erbfolge ausschließen, was Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht entspreche.¹⁰⁵⁴ An der zweiten von Krohn genannten Stelle schreibe Mevius, daß über Geschwister der Eltern hinaus die Frage, ob ein Verwandter vollbürtig oder halbbürtig sei, keine Rolle spiele.¹⁰⁵⁵ Krohn ziehe daraus den Schluß, daß vollbürtige Geschwister der Eltern vor halbbürtigen Geschwistern der Eltern erben. Summermann hält diesen Schluß für falsch und begründet dies damit, daß Mevius auf einen ganz anderen als den von Krohn genannten Fall abziele. Mevius beziehe sich auf den Fall, in dem der Verstorbene auch Kinder seiner Geschwister hinterlasse. Nach Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht würden auch Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern durch Kinder halbbürtiger Geschwister des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen, weil sie mit dem Erblasser weiter entfernt verwandt seien als diese.¹⁰⁵⁶ Damit, daß jene vollbürtige Verwandte seien, könnten diese nicht argumentieren. Zwar könnten sich nach Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht Kinder vollbürtiger Geschwister gegenüber halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern bei der Erbfolge in das Vermögen ihres Onkels oder ihrer Tante darauf stützen, deren vollbürtige Verwandte zu sein.¹⁰⁵⁷ Darüber hinaus sei dies jedoch nicht möglich, d.h. Kinder vollbürtiger Geschwister der Eltern des Erblassers könnten sich nicht darauf berufen, vollbürtige Verwandte des Kindes ihres Onkels oder ihrer Tante zu sein. Darum gehe es Mevius und dies sei der in Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht geregelte Fall. Im übrigen weise Mevius selbst auf die Übereinstimmung des Lübecker Stadtrechts mit dem römischen Recht in dieser Frage hin.¹⁰⁵⁸ Samuel Stryk übernehme lediglich das, was Mevius schreibe.¹⁰⁵⁹ An der von Stryk genannten Stelle bei Mevius finde sich von einem Unterschied zwischen dem Lübecker Stadtrecht und dem römischen Recht zum Erbrecht der halben Geburt von Seitenverwandten allerdings nichts. Heinrich Cocceji schreibe zwar, daß im Lübecker Stadtrecht Kinder halbbür-

¹⁰⁵⁴ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 24b ff. (§§ 64-66); Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 18 Rn. 6ff. (S. 454); zu Art. 2, 2, 18 Lübecker Stadtrecht: Fn. 293.

¹⁰⁵⁵ Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 19, Rn. 2 (S. 454f.).

¹⁰⁵⁶ Zu Art. 2, 2, 19 Lübecker Stadtrecht: Fn. 177.

¹⁰⁵⁷ Zu Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht: Fn. 841.

¹⁰⁵⁸ Mevius (wie Fn. 57), 2. Teil, 2. Titel, Art. 19, Rn. 2 (S. 454f.).

¹⁰⁵⁹ Stryk (wie Fn. 323), 3. Dissertation, 3. Kapitel, § 19 (S. 249).

tiger Geschwister von vollbürtigen Geschwistern der Eltern ausgeschlossen würden.¹⁰⁶⁰ Cocceji schreibe dort aber auch, daß sich die Erbfolge im übrigen am römischen Recht orientiere.

Zu Joachim Lukas Stein schreibt Summermann, dieser sei tatsächlich der Ansicht, daß im Lübecker Stadtrecht unter gleich nahen Verwandten vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten ohne Beschränkung auf Verwandte bestimmter Verwandtschaftsgrade ein Vorrecht bei der Erbfolge hätten.¹⁰⁶¹ Summermann verweist dazu sowohl auf Steins ‚Gründliche Abhandlung des Lübschen Rechts‘ als auch auf dessen ‚Einleitung zur Lübschen Rechtsgelehrsamkeit‘.¹⁰⁶² Daß Stein an diesen Stellen umgekehrt auf Krohns ‚Versuch‘ und ‚Weitere Ausführung‘ verweist, fällt auch Summermann auf. Jedenfalls sei Stein der einzige, der diese Auffassung vertrete, was auch Krohn einsehe.¹⁰⁶³ Steins Auffassung beruhe auf Annahmen, die beliebig seien und den Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts widersprächen. Dazu gehöre es, daß nach Stein Kinder halbbürtiger Geschwister von vollbürtigen Geschwistern der Eltern von der Erbfolge ausgeschlossen würden, was wie gezeigt falsch sei.¹⁰⁶⁴ Zudem schreibe Stein, daß halbbürtige Geschwister vor Kindern vollbürtiger Geschwister erben.¹⁰⁶⁵ Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht regle dies aber nur für den Fall der Absonderung der vollbürtigen Geschwister.¹⁰⁶⁶ Für den viel häufigeren Fall, in dem dies nicht zutreffe, regle Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht, daß Kinder vollbürtiger Geschwister halbbürtige Geschwister von der Erbfolge ausschließen. Summermann äußert, er habe den Eindruck, daß Stein das Lübecker Stadtrecht eher verbessern als kommentieren wolle, indem Stein unter anderem schreibe, daß Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht in einem be-

¹⁰⁶⁰ Cocceji (wie Fn. 1001), 7. Kapitel (S. 40f.): „(...) Ultra dictas personas Jus Lubecense tamen id non attendit, quod ex art. 19. h.t. patet, secundum quem. utrinque conjunctorum patruorum, amitarum etc. liberi, fratrum unius lateris, non excludunt. In caeteris non expressis successio secundum jus commune procedet. (...)”.

¹⁰⁶¹ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 25c ff. (§ 67).

¹⁰⁶² Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel (S. 266ff.); Stein (wie Fn. 11), 2. Teil, 2. Buch, 2. Titel, § 195 (S. 241).

¹⁰⁶³ Krohn (wie Fn. 3), 9. Kapitel, § 5 (S. 132ff.), sowie: AHL RKG S 118 Q 40a S. 1225 = Krohn (wie Fn. 4), 8. Kapitel, § 12 (S. 254f.); dazu: S. 213.

¹⁰⁶⁴ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, 3. Anmerkung § 271 (S. 399f.).

¹⁰⁶⁵ Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, 3. Anmerkung § 271 (S. 401).

¹⁰⁶⁶ Zu Art. 2, 2, 22 Lübecker Stadtrecht: Fn. 841.

stimmten Sinne zu ergänzen sei oder daß in einer konkreten Frage in einem bestimmten Sinne zu unterscheiden sei.¹⁰⁶⁷

Summermann ergänzt, neben David Mevius, Samuel Stryk und Heinrich Cocceji seien noch andere Rechtsgelehrte der Ansicht, daß im Lübecker Recht vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten gleichen Verwandtschaftsgrades kein Vorrecht bei der Erbfolge hätten, es sei denn, es handle sich um Geschwister des Erblassers und deren Kinder.¹⁰⁶⁸ Dazu verweist Summermann unter anderem auf Erich Mauritius sowie auf ein bei Ernst Johann Friedrich Mantzel überliefertes Rostocker Fakultätsgutachten aus dem Jahre 1625, wonach ein halbbürtiger Bruder der Mutter und eine vollbürtige Schwester des Vaters nach Lübecker Stadtrecht gleichermaßen zur Erbfolge berufen waren.¹⁰⁶⁹ Insgesamt kommt Summermann damit nach seiner eigenen Aufzählung auf fünf Rechtsgelehrte und ein Fakultätsgutachten, die jeweils für die Klägerin sprächen.¹⁰⁷⁰ Dem von Krohn vorgelegten Schema spricht Summermann hingegen von vornherein jede Beweiskraft ab, ohne darauf näher einzugehen.¹⁰⁷¹ Summermann äußert lediglich, daß dieses aus dem privaten Bereich stamme und vermutlich von Krohn selbst angefertigt worden sei.

Die Auseinandersetzung um das Lübecker Recht bestätigt damit noch einmal den bereits an anderer Stelle geschilderten Befund, daß eine unkritische Übernahme einer tatsächlich oder vermeintlich herrschenden Lehre in einer konkreten rechtlichen Frage im 18. Jahrhundert nicht mehr wie in vorherigen Jahrhunderten möglich war.¹⁰⁷² Vielmehr kann von einem erheblichen Bedeutungsverlust der herrschenden Lehre zugunsten des tatsächlich geltenden Rechts einschließlich der Praxis gesprochen werden, wie Summermanns Ausführungen deutlich zeigen. Wie gründlich Summermann auf die Rechtslehre eingeht, und

¹⁰⁶⁷ Zu Art. 2, 2, 1 Lübecker Stadtrecht: Fn. 291; Stein (wie Fn. 57), 2. Buch, 2. Titel, 3. Anmerkung § 271 (S. 401f.): „(...) respectu der ascendenten wäre, art. 1. h. t. also zu suppliren: (...). (...) und endlich Ohm und Vetter ihre Kinder, sec. a. 17. h. t. wobey nachhin dann gleichfals ein Unterscheid unter der gantzen, und halben Geburth würde zu machen seyn, (...)“.

¹⁰⁶⁸ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 26a f. (§ 68).

¹⁰⁶⁹ Erich Mauritius, *Consilia sive responsa*, 2. Band, Frankfurt am Main/Wetzlar 1693, 3. Consilium, Rn. 38f. (S. 56); Ernst Johann Friedrich Mantzel, *Ius Mecklenburgicum et Lubecense, illustratum*, 2. Band, Rostock 1751, 4. Centurie, 36. Judicium (S. 212).

¹⁰⁷⁰ Zur Frage der Anzahl der gelehrten Meinungen bei Summermann: S. 223.

¹⁰⁷¹ BA AR 1-I/184 vor fol. 20r Bogen 14d ff. (§ 49); dazu S. 197, S. 197 und S. 198.

¹⁰⁷² Dazu mit Rücksicht auf die Auslegung des römischen Erbrechts: S. 87 und S. 91.

damit sind insbesondere die beiden Stadtrechtskommentare von David Mevius und Joachim Lukas Stein gemeint, offenbart andererseits noch Unsicherheit. Dies gilt namentlich für die von Summermann vorgenommene Zählung der für die Position der Klägerin bzw. für Bacmeister sprechenden Stimmen. Daß sich auch Krohn von der Rechtslehre nicht löst, sondern diese heranzieht, um seine Position zu stärken, ist verständlich. Krohn scheint es sogar überaus wichtig zu sein, eine herrschende Meinung in der Frage des Erbrechts vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter im Lübecker Recht auf seiner Seite zu haben. An dem Streit um die Auslegung des Lübecker Rechts fällt darüber hinaus auf, welche besonders große Aufmerksamkeit Krohn und Bacmeister sowie Summermann den von Krohn herangetragenen Präjudizien schenken. Ein Grund hierfür kann, wie im allgemeinen auch Helmut Coing für die ständige Rechtsprechung der oberen Gerichte annimmt, in der Abwertung der herrschenden Lehre ab dem 17. Jahrhundert gesehen werden.¹⁰⁷³ Ausgangspunkt blieb der Satz, wonach der Meinung eines Kollegiums ein höherer Wert zukam als der Meinung einer Einzelperson. Nach Wolfgang Adam Lauterbach durften untere Gerichte bei ihren Entscheidungen nicht ohne weiteres von den Entscheidungen oberer Gerichte abweichen.¹⁰⁷⁴ Samuel Stryk wollte der herrschenden Lehre nur dann die Kraft von Gewohnheitsrecht geben, wenn sie von den Gerichten angenommen worden war.¹⁰⁷⁵ Auch bei Mevius und bei Stein finden sich diese Überlegungen.¹⁰⁷⁶ Deutlich wird, daß es dabei auch um die Frage ging, ob eine bestimmte Rechtsnorm oder Auslegung gewohnheitsrechtlich anzuerkennen war oder nicht.¹⁰⁷⁷ Konkrete Anforderungen an Präjudizien finden sich etwa bei Benedict Carpzov.¹⁰⁷⁸ Georg Melchior Ludolf sah Präjudizien sogar unmittelbar als Rechtsquellen an.¹⁰⁷⁹ Daß beide genannten Phänomene im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn auftreten, zumal an ein und derselben Stel-

¹⁰⁷³ Coing (wie Fn. 39), § 19 II (S. 125f.).

¹⁰⁷⁴ Lauterbach (wie Fn. 525), 1. Buch, 3. Titel, § 58 (S. 72).

¹⁰⁷⁵ Stryk (wie Fn. 373), 1. Buch, 3. Titel, § 13 (S. 66f.).

¹⁰⁷⁶ David Mevius, *Iurisdictio summi tribunalis regii, quod est Vismariae*, 5. Teil, Stralsund, 283. Decision (S. 400ff.); Stein (wie Fn. 831), Vorbericht, § 15 (S. 16).

¹⁰⁷⁷ Zu dieser Funktion von Präjudizien und zu der genannten Unterscheidung: Oestmann (wie Fn. 217), S. 351ff., insbesondere S. 355.

¹⁰⁷⁸ Benedict Carpzov, *Definitiones forenses ad constitutiones electorales Saxonicas*, Leipzig/Frankfurt am Main 1714, 2. Teil, 3. Constitution, Nr. 21f.; dazu: Joachim Fr. Heine, *Zur Methode in Benedikt Carpzovs zivilrechtlichen Werken*, SZ (Rom. Abt.), 82. Band (1965), S. 227-301, S. 273.

¹⁰⁷⁹ Ludolf (wie Fn. 700), Vorrede, § 1 (S. 2f. der Vorrede).

le, mag Zufall sein. Interessant ist jedoch, wie Summermann zunächst diejenigen Präjudizien aussondert, die entweder aus der Zeit vor der Revision des Lübecker Stadtrechts im Jahre 1586 stammen oder sich mit der im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn vorliegenden Konstellation nicht decken. Denn dieses Vorgehen zeugt sicherlich nicht nur von einem sorgfältigen und differenzierten Umgang mit Präjudizien, sondern wird auch vor dem Hintergrund der konsequenten Einstellung Summermanns gegenüber dem Gesetz verständlich, die sich bei Summermann auch im Zusammenhang mit den alten Rechten zeigt.¹⁰⁸⁰ Denn diese Einstellung schließt einen Rückgriff auf altes und nicht einschlägiges Recht aus, was erst recht für entsprechende Präjudizien gelten muß. Klar wird vor diesem Hintergrund ebenfalls Summermanns abschließende Kritik an der großzügigen Kommentierung des Lübecker Erbrechts durch Stein.

IV. Zwischenergebnis

An den erbrechtlichen Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts von 1586 sowie verschiedenen Präjudizien will Krohn zeigen, daß im Lübecker Recht vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge ein Vorrecht hätten und das Lübecker Recht insofern der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ folge. Bestätigt sieht sich Krohn in der herrschenden Lehre zur Intestaterbfolge im Lübecker Recht. Bacmeister ist anderer Ansicht. Summermann läßt sich von Krohns Ausführungen nicht überzeugen und folgt der Ansicht Bacmeisters. Dabei geht Summermann trotz Abweichungen von einem starken Einfluß des römischen Rechts auf das Lübecker Recht aus und versucht wiederholt, Bezüge des Lübecker Stadtrechts zum römischen Recht aufzuzeigen. Dies ist auch der Grund dafür, daß Summermann bei der Entscheidung des Rechtsstreits auf das römische Recht nicht nur wegen dessen Subsidiarität zurückgreifen will.¹⁰⁸¹ Vergessen werden darf freilich nicht, daß Summermann eine Entscheidung des Reichskammergerichts in Wetzlar und nicht eine Entscheidung des Lübecker Obergerichts vorbereitete. In Lübeck mag man eine andere Beziehung zum römischen Recht gehabt haben und mit dieser Frage da-

¹⁰⁸⁰ Dazu mit Rücksicht auf die alten Rechte: S. 158.

¹⁰⁸¹ Zu diesem Rückgriff bereits: S. 70.

her ganz anders umgegangen sein. Und im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn wurde dies auch getan, wie das erstinstanzliche Urteil zeigt.¹⁰⁸²

¹⁰⁸² Zum erstinstanzlichen Urteil: S. 28.

Schluß

Im Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn geht es um eine zwölfjährige erbrechtliche Auseinandersetzung zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandten einer im Frühjahr 1744 verstorbenen, wohlhabenden Lübecker Ratsherrengattin. Während die klagende Anna Maria von Spilcker, eine betagte Adlige aus Delmenhorst, eine halbbürtige Schwester der Mutter der Erblasserin Catharina Margaretha Haecks war, handelte es sich bei dem beklagten Lübecker Bürgermeister Dr. Johann Adolph Krohn um einen vollbürtigen Onkel der Verstorbenen. Bürgermeister Krohn nahm unter Berufung auf seine Vollbürtigkeit das Verwandtenerbrecht für sich allein in Anspruch. Das Verwandtenerbrecht bestand neben dem Ehegattenerbrecht des noch lebenden Dr. Daniel Haecks. Spilcker klagte vor dem Lübecker Rat gegen Krohn, der sich erfolgreich darum bemühte, den Prozeß zu verzögern. Für ihre jeweiligen Verwandten führten Spilckers Stiefschwiegersohn, der Celler Oberappellationsrat Dr. Johann Christian Bacmeister, sowie Krohns Sohn, der Lübecker Syndikus Dr. Hermann Georg Krohn den Rechtsstreit. Letzterer spielte sich in materiellrechtlicher Hinsicht hauptsächlich in aufwendigen juristischen Publikationen Krohns und Bacmeisters ab, die Bestandteile oder Anhänge der Schriftsätze der Parteien waren. Darin ging es um die streitentscheidende Frage, ob halbbürtige Verwandte neben vollbürtigen Verwandten gleichberechtigt erben oder ob vollbürtige Verwandte gleich nahe halbbürtige Verwandte von der Erbfolge ausschlossen. In erster Instanz unterlag die Klägerin nach diversen von Krohn initiierten Zwischenstreitigkeiten 1748 vor dem Lübecker Obergericht. Das Reichskammergericht in Wetzlar entschied 1756 als Appellationsgericht dann allerdings zugunsten der Klägerin. Das Votum erstellte der Reichskammergerichtsassessor Johann Wilhelm Summermann. Sowohl die Klägerin als auch der Beklagte waren zu diesem Zeitpunkt bereits selbst verstorben. Der Prozeß war von den Erben fortgeführt worden. Der Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn ist in einer Akte des Reichskammergerichts überliefert, die seit 2009 als von Peter Oestmann erstellte Edition greifbar ist.

Die Frage nach dem Erbrecht der halben Geburt diskutierten die Beteiligten des Rechtsstreits umfassend im römischen Recht, im Naturrecht, in verschiedenen alten Rechten, in neuzeitlichen Land- und Stadtrechten, in Rechtssprüchwörtern und im Lübecker Recht. Zum römischen Erbrecht vertrat Bürgermei-

ster Krohns Sohn die Ansicht, daß vollbürtige Verwandte darin ein unbeschränktes Vorrecht gegenüber halbbürtigen Verwandten hätten. Bacmeister hingegen stützte sich auf den Wortlaut von Nov. 118, 3, 1, wonach solche Seitenverwandte, die keine Geschwister des Erblassers oder deren Kinder waren, nach dem Verwandtschaftsgrad erbten. Krohn hielt dem entgegen, im römischen Recht habe es beim Erbrecht der halben Geburt eine Kontinuität gegeben, nach der vollbürtige Verwandte immer bevorzugt worden seien. Nov. 118, 3, 1 stand für Krohn einer solchen selbstverständlichen Bevorzugung nicht entgegen. Summermann schloß sich in seinem Votum der Ansicht Bacmeisters und der herrschenden Lehre an und votierte damit für ein Erbrecht entfernter Seitenverwandter ausschließlich nach dem Verwandtschaftsgrad. Danach erbten Spilcker und Bürgermeister Krohn als Verwandte dritten Grades gleichberechtigt. Auch zum Naturrecht ging Krohn von einem unbeschränkten Vorrecht vollbürtiger Verwandter aus, während sich Bacmeister zumindest ab dem dritten Verwandtschaftsgrad für eine Gleichbehandlung aussprach. Krohn und Bacmeister bezogen dabei an vielen Stellen die Literatur zum neuzeitlichen Naturrecht ein. Dies gilt auch für Summermann. Summermann lehnte die Ableitung erbrechtlicher Bestimmungen aus dem Naturrecht zwar ab, hielt es jedoch für zulässig, das Naturrecht zur Auslegung unergiebigere gesetzlicher Bestimmungen heranzuziehen. Summermann entnahm dem Naturrecht eine Erbteilung nach Stämmen. Krohns Standpunkt bedeutete nach Summermann dagegen lediglich eine Bevorzugung im Verhältnis von 2 zu 1, um welche die Parteien aber nicht stritten und die für Summermann deshalb nicht für eine Entscheidung des Rechtsstreits in Betracht kam. Im Bereich der alten Rechte argumentierten Krohn und Bacmeister mit rechtlichen und sonstigen Quellen der Antike und des Mittelalters wie dem Sachsenspiegel. Krohn ging es darum, zu zeigen, daß alle deutschen Rechte ungeachtet ihrer Verschiedenheit in der Vergangenheit vollbürtigen Verwandten ein Vorrecht bei der Erbfolge gewährt hätten. Bacmeister wollte das Gegenteil hiervon nachweisen. Summermann ließ sich auf die Diskussion um die alten Rechte nicht ein und verwies zudem auf die Verschiedenheit der deutschen Rechte in der Frage des Erbrechts der halben Geburt. Die Diskussion um verschiedene Stadt- und Landrechte beschränkte sich auf die Unterscheidung zwischen Stadt- und Landrechten, in denen vollbürtige Verwandte ein unbeschränktes Vorrecht hatten und in denen vollbürtige Verwandte kein unbeschränktes Vorrecht hatten. Im Falle der zweiten Alterna-

tive bringt Krohn dies in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Einfluß des römischen Rechts. Als Beispiele für Rechte, in denen anders als im römischen Recht vollbürtige Verwandte über Geschwister des Erblassers und deren Kinder hinaus ein Vorrecht hatten, konnte Krohn freilich nur die Hessische Gerichtsordnung von 1497 und die Nürnberger Reformation von 1564 nennen, wo zumindest noch vollbürtige Onkel und Tanten bevorzugt wurden. In diese Gruppe der vom römischen Recht unbeeinflussten Rechte gehörte nach Krohn auch das Lübecker Recht. Wichtiger war die Diskussion um die erbrechtlichen Parömien ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ und ‚Das halbe Glied geht zurück‘. Nach der Parömie ‚Halbe Geburt tritt ein Glied weiter‘ schlossen vollbürtige Verwandte gleich nahe halbbürtige Verwandte von der Erbfolge aus. Letztere erbten erst danach und gemeinsam mit solchen vollbürtigen Verwandten, die einen Verwandtschaftsgrad weiter mit dem Erblasser verwandt waren. Auch nach der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ erbten vollbürtige Verwandte vor halbbürtigen Verwandten gleichen Verwandtschaftsgrades, letztere erbten jedoch nicht neben, sondern noch vor vollbürtigen Verwandten des nächsten Verwandtschaftsgrades. Die Diskussion um diese Rechtssprichwörter war wichtig, weil nach Krohns Ansicht alle deutschen Rechte einem der beiden Rechtssprichwörter folgten. Zudem zog Krohn aus den Prämissen, daß Lübeck sein Recht von Soest übernommen habe und das Soester Recht der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ gefolgt sei, den Schluß auf eine entsprechende Beschaffenheit des Lübecker Rechts. Bacmeister griff nur die zweite Prämisse an. Summermann folgte Bacmeister in diesem Punkt. Im Anschluß hieran versuchte Krohn, an den erbrechtlichen Bestimmungen des Lübecker Stadtrechts von 1586 sowie verschiedenen Präjudizien zu zeigen, daß im Lübecker Recht vollbürtige Verwandte gegenüber halbbürtigen Verwandten bei der Erbfolge ein Vorrecht hätten und sich das Lübecker Recht insofern an der Parömie ‚Das halbe Glied geht zurück‘ orientiere. Bacmeister war natürlich anderer Ansicht. Summermann folgte wiederum der Auffassung von Bacmeister und ging trotz einiger Abweichungen in der Frage des Erbrechts der halben Geburt von einem Einfluß des römischen Rechts auf das Lübecker Recht aus. Auch aus diesem Grund griff Summermann auf das römische Recht zurück.

Der Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert. Unter anderem beantwortet er Fragen zum Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte, zum Um-

gang mit der herrschenden Lehre in der juristischen Argumentation, zur Bedeutung des Naturrechts und zu dessen Verhältnis zum positiven Recht sowie zur Einbeziehung alter Rechtsquellen in die juristische Argumentation. Zum Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte zeigt der Rechtsstreit, daß das Reichskammergericht die Fundata intentio-Theorie des Usus modernus in der Mitte des 18. Jahrhunderts noch anwandte. Summermann stützte sich in seinem Votum ausdrücklich auf die Fundata intentio-Theorie, wonach derjenige, der sich vor Gericht auf das römische Recht berief, gegenüber demjenigen, der sich auf anderslautendes einheimisches Recht stützte, eine Präsuntion in dem Sinne hatte, daß dieser den Nachweis hierfür erbringen mußte. Für Summermann konnte Krohn den Nachweis, daß das Lübecker Recht in der Frage des Erbrechts vom römischen Recht abweiche, nicht erbringen. Nach dem römischen Recht hatten vollbürtige Verwandte ausschließlich unter Geschwistern und deren Kindern ein Vorrecht bei der Erbfolge. Auch die Parteien legten ihren Ausführungen die Fundata intentio-Theorie zugrunde. Bacmeister stützte sich in seiner Klage unmittelbar auf das römische Recht, während Krohn versuchte, abweichendes Lübecker Recht nachzuweisen.

Auch zum Umgang mit der herrschenden Lehre in der juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert ist der Rechtsstreit ergiebig. Am Ende seiner Ausführungen zum römischen Recht sprach sich Krohn dagegen aus, die herrschende Lehre zur römischen Intestaterbfolge unüberlegt und unkritisch zu übernehmen. Bacmeister berief sich tatsächlich nicht pauschal auf andere Rechtsgelehrte, sondern begründete seine Position mit eigenen oder übernommenen Argumenten. Hingegen hielt Summermann im Hinblick auf die herrschende Lehre jede Erörterung der Argumente Krohns für überflüssig. Beim Lübecker Recht war es genau umgekehrt. Hier war es Krohn wichtig, die vermeintlich herrschende Lehre auf der eigenen Seite zu wissen. Summermann äußerte sich hier gegen die Berufung auf die Meinung der Rechtsgelehrten und hob Rechtslage und Rechtspraxis hervor. Unter Berücksichtigung dieser Ambivalenz bestätigt der Rechtsstreit zumindest die Abschwächung des in früheren Jahrhunderten noch deutlich stärkeren Autoritätsarguments im 18. Jahrhundert.

Erstaunlich ist, welche Aufmerksamkeit die Beteiligten dem Naturrecht schenkten, das Krohn und Bacmeister in ihren Abhandlungen unter Einbeziehung von Autoren wie Hugo Grotius und Samuel Pufendorf sogar noch vor dem römischen Recht behandelten. Auch Summermann äußerte sich zum

Naturrecht ausführlich im Rahmen einiger Obiter dicta und hielt das Naturrecht zur Auslegung gesetzlicher Bestimmungen im Erbrecht für geeignet. Auffällig ist auch die enge Verzahnung von Naturrecht und positivem Recht in den Ausführungen von Krohn und Bacmeister. So zog Krohn insbesondere das römische Recht zur Bestätigung seines naturrechtlich gewonnenen Ergebnisses heran, betonte aber zugleich, daß das positive Recht vom Naturrecht abweichen könne. Dieser Vorrang des positiven Rechts entsprach genau dem Verständnis vom Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht im 18. Jahrhundert. Danach war zwar der gesetzgeberische Wille die Grundlage des Rechts. Das Naturrecht war trotzdem weiterhin als Rechtsquelle anerkannt, trat im Falle eines Widerspruchs jedoch zurück. Es konnte das positive Recht nicht verdrängen, sondern allenfalls ergänzen oder erläutern. Zu diesem Zweck zog auch Summermann das Naturrecht in seinem Votum heran.

Außerdem gibt der Rechtsstreit zwischen Spilcker und Krohn Auskunft über die Einbeziehung alter Rechtsquellen in die juristische Argumentation. Der Umfang der Auseinandersetzung zwischen Krohn und Bacmeister um die alten Rechte ist immens. Krohn und Bacmeister diskutierten nicht nur den Sachsenpiegel sowie mittelalterliche Handschriften insbesondere des lübischen Rechts, sondern auch Tacitus' antiken Bericht von den Germanen, die germanischen Stammesrechte und die Streitigkeiten unter den fränkischen Königen Karl dem Kahlen und Ludwig dem Deutschen nach dem Tode Lothars II. um das von diesem hinterlassene Lothringen in der zweiten Hälfte des 9. Jahrhunderts. Hingegen wies Summermann darauf hin, ausschließlich der Gesetzgeber könne Recht schaffen. Möglicherweise gab es an dieser Stelle jedoch ein Mißverständnis zwischen Krohn, Bacmeister und Summermann. Denn Krohn stellte an einem anderen Ort klar, daß auf den Sachsen- und auch auf den Schwabenspiegel lediglich zurückgegriffen werden dürfe, um zu zeigen, daß die deutschen Rechte nicht dieselben Prinzipien wie das römische Recht hätten, und daß sich diese teilweise sogar untereinander stark unterschieden. Krohn sah die alten Rechte demnach nicht als geltendes Recht an. Dennoch stehen sich hier zwei unterschiedliche Rechtsverständnisse gegenüber. Krohn und Bacmeister lassen sich mit ihren Ausschweifungen noch in ein Umfeld einordnen, das von einer starken Vielfalt an Rechtsquellen geprägt war und in der das geschriebene Recht noch nicht die Bedeutung hatte, die es in der Zeit der Aufklärung erlangte. Für Summermann kann das nicht mehr gesagt werden.

Quellen- und Literaturverzeichnis

I. Ungedruckte Quellen

Bundesarchiv:

BA AR 1-I/184 (Relation und Senatsprotokoll)

BA AR 1-III/66 (Urteil des Reichskammergerichts)

Archiv der Hansestadt Lübeck:

AHL RKG S 118 (Prozeßakte, einschließlich Acta priora)

II. Gedruckte Quellen und Literatur

Aerodius, Petrus, *Rerum ab omni antiquitate iudicatarum pandectae*, Genf 1677

Allgemeine deutsche Biographie (hg. von der Historischen Commission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften), 9. Band, Leipzig 1879

Altonaische Gelehrte Zeitungen auf das Jahr 1746, Hamburg 1746

Am Ende, Bernhard, *Studien zur Verfassungsgeschichte Lübecks im 12. und 13. Jahrhundert*, Lübeck 1975

Ambrosius Mediolanensis, *De officiis* (hg. von Ivor J. Davidson), 1. Band, Oxford 2001

Amira, Karl von, *Erbenfolge und Verwandtschafts-Gliederung nach den altniederdeutschen Rechten*, München 1874

Annales Bertiniani (hg. von Georg Waitz), Hannover 1883

Aristoteles, Die Nikomachische Ethik (hg. von Rainer Nickel), Düsseldorf/
Zürich 2001

Aristoteles, Nikomachische Ethik (übersetzt und kommentiert von Franz
Dirlmeier), Darmstadt 1967

Aristoteles, Rhetorik (übersetzt und erläutert von Christof Rapp), 1. Halb-
band, Darmstadt 2002

Arnold von Lübeck, Chronica Slavorum (hg. von Georg Heinrich Pertz),
Hannover 1868

Asch, Jürgen, Rat und Bürgerschaft in Lübeck. 1598-1669. Die verfassungs-
rechtlichen Auseinandersetzungen im 17. Jahrhundert und ihre sozialen Hinter-
gründe, Lübeck 1961

Auer, Marietta, Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im
Lichte der Rechtskritik Hohfelds, AcP, 208. Band (2008), S. 584-634

Bacmeister, Johann Christian, Abhandlung von dem Recht der vollen und
halben Geburt nach denen natürlichen, römischen, deutschen und besonders lü-
bischen Rechten zu einer Prüfung des zu Lübeck herausgekommenen Versuchs,
die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburt vor der halben in Erbschafts-
Fällen ... in Richtigkeit zu bringen, Hannover 1748

Bacmeister, Johann Christian, Wiederlegung des Versuchs die Lehre von
dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen nach den
in Teutschland üblichen Rechten und Statuten aus zulänglichen Gründen in
Richtigkeit zu bringen, Lübeck 1748

Baldus de Ubaldis, Commentaria in primam digesti veteris partem, Venedig
1572

Bärensprung, Wilhelm, Sammlung alter und neuer Landes-Gesetze Ordnun-
gen und Constitutionen von Policy und Landzollsachen, 4. Teil, Schwerin 1779

Battenberg, Friedrich, Das Reichskammergericht und die Juden des Heiligen Römischen Reiches. Geistliche Herrschaft und korporative Verfassung der Judenschaft in Fürth im Widerspruch. Erweiterte und veränderte Fassung des Vortrags am 29.8.1991 im Stadthaus am Dom zu Wetzlar, Wetzlar 1992

Baumann, Anette, Advokaten und Prokuratoren. Anwälte am Reichskammergericht (1690-1806), Köln/Weimar/Wien 2006

Becker, Johann Rudolph, Umständliche Geschichte der Kaiserl. und des Heil. Römischen Reichs freyen Stadt Lübeck, 3. Band, Lübeck 1805

Berlich, Matthias, Conclusiones practicabiles, secundum ordinem constitutionum divi Augusti Electoris Saxoniae, discussae ..., 3. Band, Frankfurt am Main/Köln 1693

Beyerle, Franz, Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, 1. Band, 1. Halbband (Ältere Stadtrechtsreformationen), Weimar 1936

Boehmer, Justus Henning, Consultationes et decisiones iuris, 2. Band, 2. Teilband, Halle 1734

Boehmer, Justus Henning, Exercitationes ad pandectas, 5. Band, Hannover/Göttingen 1762

Boehmer, Justus Henning, Introductio in ius digestorum, Halle 1773

Boehmer, Justus Henning, Ius ecclesiasticum protestantium, 2. Band, Halle 1732

Brokes, Heinrich, Selectae observationes forenses, Lübeck/Altona 1765

Brunquell, Johann Salomo, Historia iuris Romano-Germanici, Frankfurt am Main/Leipzig 1742

Bruns, Friedrich, Der Lübecker Rat. Zusammensetzung, Ergänzung und Geschäftsführung von den Anfängen bis ins 19. Jahrhundert, in: ZVLGA, 32. Band (1951), S. 1-69

Bruns, Friedrich, Die Bezüge der Lübecker Ratsherren, in: ZVLGA, 68. Band (1988), S. 83-112

Buchholz, Stephan, Zum Usus modernus bei David Mevius, in: David Mevius (1609-1670). Leben und Werk eines pommerschen Juristen von europäischem Rang (hg. von Nils Jörn), Hamburg 2007, S. 70-80

Bühler, Theodor, Stichwort ‚Coutumes‘, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (hg. von Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand), 1. Band, 2. Auflage, Berlin 2008, Sp. 907-911

Buschmann, Arno, Kaiser und Reich. Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806 in Dokumenten, 1. Teil. Vom Wormser Konkordat 1122 bis zum Augsburger Reichsabschied von 1555, 2. Auflage, Baden-Baden 1994

Buschmann, Arno, Kaiser und Reich. Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806 in Dokumenten, 2. Teil. Vom Westfälischen Frieden 1648 bis zum Ende des Reiches im Jahre 1806, 2. Auflage, Baden-Baden 1994

Bynkershoek, Cornelius van, Observationes iuris Romani, Frankfurt am Main/Leipzig 1739

Carpzov, Benedict, Definitiones forenses ad constitutiones electorales Saxonicas, Leipzig/Frankfurt am Main 1714

Carpzov, Benedict, Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica, secundum ordinem constitutionum D. Augusti Electoris Saxoniae, Leipzig 1703

Carpzov, Benedict, Responsa iuris electoralia, Leipzig 1683

Cocceji, Heinrich von (Präses)/Koehn, Johann (Respondent), *Discursus iuridicus praxi accommodatus ad tit. 2. lib. 2. iuris Lubec. de successione ab intestato et hereditatis divisione*, Diss. iur. Heidelberg 1684, Heidelberg 1706

Coing, Helmut, *Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte*, Frankfurt am Main 1939

Coing, Helmut, *Europäisches Privatrecht, Band I. Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985

Conradi, Franz Karl (Präses)/Dreyer, Karl Henrich (Respondent), *De inaequali masculorum et feminarum secundum iura Cimbrica successione*, Diss. iur. Helmstedt 1744, Helmstedt 1744

Conring, Hermann, *De origine iuris Germanici*, Helmstedt 1695

Cordes, Albrecht, *Kaiserliches Recht in Lübeck. Theoretische Ablehnung und praktische Rezeption*, ZVLGA, 89. Band (2009), S. 123-145

Cornelius Tacitus, *Agricola-Germania* (hg. und übersetzt von Alfons Städele), München 1991

Corpus Iuris Civilis, 1. Band. *Institutiones. Digesta* (hg. von Paul Krüger und Theodor Mommsen), 21. Auflage, Dublin/Zürich 1970

Corpus Iuris Civilis, 2. Band. *Codex Iustinianus* (hg. von Paul Krüger), 15. Auflage, Dublin/Zürich 1970

Corpus Iuris Civilis, 3. Band. *Novellae* (hg. von Rudolf Schöll und Wilhelm Kroll), 10. Auflage, Dublin/Zürich 1972

Cramer, Johann Ulrich von, *Wetzlarische Nebenstunden*, 6. Band, Ulm 1757

Cramer, Johann Ulrich von, *Wetzlarische Nebenstunden*, 56. Band, Ulm 1766

Crusius, Jakob Andreas, *Ius statutarium reipublicae Mindensis*, Minden 1674

Das Zellesche Stadtrecht (hg. von Theodor Hagemann), Hannover 1800

Das Zwölftafelgesetz. *Leges XII Tabularum* (hg. von Dieter Flach), Darmstadt 2004

David Mevius (1609-1670). *Leben und Werk eines pommerschen Juristen von europäischem Rang* (hg. von Nils Jörn), Hamburg 2007

Denzer, Horst, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*, München 1972

Der Stadt Hamburg Statuten und Gerichts-Ordnung, Hamburg 1771

Der Stat Nurnberg verneute Reformation, Nachdruck der Ausgabe 1564, Altdorf 1755

Der Statt Franckenfurt am Mayn erneuerte Reformation, Frankfurt am Main 1578

Dero Keyserlichen Freyen vnd des Heiligen Reichs Stadt Lübeck Statuta vnd StadtRecht/ Sampt angehengten Schiffs: vnd Hochzeiten Ordnung: Auffs neue auß den vorigen bereits in Druck außgangen Exemplaren nachgedrucket, Lübeck 1608

Dero Kayserlichen Freyen und des Heiligen Römischen Reichs-Stadt Lübeck/ Statuta Und Stadt-Recht/ Sampt angehängter Schiffs-Ober- und Nieder-Gerichts-Ordnung/ auffs neue wiederumb gedrucket, Lübeck 1680

Dick, Bettina, *Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 bis 1555*, Diss. iur. Heidelberg 1980, Köln/Wien 1981

Donellus, Hugo, *Opera omnia*, 1. Band, Florenz 1840

Dreyer, Johann Carl Henrich, Einleitung zur Kenntniß der in Geist-Bürgerlichen- Gerichts- Handlungs- Policey- und Kammer-Sachen von E. Hochw. Rath der Reichsstadt Lübeck von Zeit zu Zeit ergangenen allgemeinen Verordnungen, Normalien, Decreten, wie auch der dahin einschlagenden Rechts-Urkunden, Lübeck 1769

Dusil, Stephan, Die Soester Stadtrechtsfamilie. Mittelalterliche Quellen und neuzeitliche Historiographie, Diss. iur. Frankfurt am Main 2005/06, Köln/Weimar/Wien 2007

Duve, Thomas, Mit der Autorität gegen die Autoritäten? Überlegungen zur heuristischen Kraft des Autoritätsbegriffs für die Neuere Privatrechtsgeschichte, in: Autorität der Form - Autorisierung - Institutionelle Autorität (hg. von Wulf Oesterreicher/Gerhard Regn/Winfried Schulze), Münster 2003, S. 239-256

Ebel, Wilhelm, Bürgerliches Rechtsleben zur Hansezeit in Lübecker Ratsurteilen, Göttingen/Frankfurt am Main/Berlin 1954

Ebel, Wilhelm, Die alte und die neue Soester Schrae, SZ (Germ. Abt.), 70. Band (1953), S. 105-124

Ebel, Wilhelm, Jurisprudencia Lubecensis. Bibliographie des lübischen Rechts, Lübeck 1980

Ebel, Wilhelm, Lübisches Recht, 1. Band, Lübeck 1971

Ebel, Wilhelm, Stichwort ‚Lübisches Recht‘, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (hg. von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann), 3. Band, Berlin 1984, Sp. 77-84

Eck, Cornelius van, Principia iuris civilis secundum ordinem digestorum, Utrecht 1694

Eichhorn, Karl Friedrich, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 2. Band, Göttingen 1835

Eisenhart, Johann Friedrich, Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern (hg. von Carl Eduard Otto), Leipzig 1823

Engelmann, Woldemar, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre. Eine Darlegung der Entfaltung des gemeinen italienischen Rechts und seiner Justizkultur im Mittelalter unter dem Einfluß der herrschenden Lehre der Gutachtenpraxis der Rechtsgelehrten und der Verantwortung der Richter im Sindikatsprozeß, Leipzig 1938

Falk, Ulrich, Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit, Frankfurt am Main 2006

Fehling, Emil Ferdinand, Lübeckische Ratslinie. Von den Anfängen der Stadt bis auf die Gegenwart, Unveränderter Nachdruck der Ausgabe Lübeck 1925, Lübeck 1978

Fischer, Friedrich Christoph Jonathan, Erbfolgsgeschichte der Seitenverwandten in Teutschland, Leipzig 1782

Fleckenstein, Josef, Stichwort ‚Divisio regnorum v. 806‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 3. Band, Sp. 1133f.

Fleckenstein, Josef, Stichwort ‚Ludwig (I.) der Fromme‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 5. Band, Sp. 2171f.

Fleckenstein, Josef, Stichwort ‚Ordinatio imperii v. 817‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 6. Band, Sp. 1434f.

Floßmann, Ursula, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 6. Auflage, Wien/New York 2008

Freitag, Tobias/Jörn, Nils, Lübeck und seine Bewohner vor den obersten Reichsgerichten in der Frühen Neuzeit, ZVLGA, 81. Band (2001), S. 161-200

Frensdorff, F., Das Lübische Recht nach seinen ältesten Formen, Leipzig 1872

Funk, Martin Samuel, Die Lübischen Gerichte. Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte der Freien und Hansestadt Lübeck, in: SZ (Germ. Abt.), 26. Band (1905), S. 53-90

Gedeon, Andreas, Zur Rezeption des römischen Privatrechts in Nürnberg, Nürnberg 1957

Gehrke, Heinrich, Deutsches Reich: in Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (hg. von Helmut Coing), 2. Band. Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts, 2. Teilband. Gesetzgebung und Rechtsprechung, München 1976, S. 310-418

Germann, Hans, Das Eindringen römischen Rechts in das lübische Privatrecht, Diss. iur. Leipzig 1933, Leipzig 1933

Gesamtverzeichnis des deutschsprachigen Schrifttums (GV). 1700-1910 (hg. von Peter Geils), 81. Band, München/New York/London/Paris 1983

Gaius, Institutiones (hg. von Ulrich Manthe), Darmstadt 2004

Gaius Iulius Caesar, Der Gallische Krieg (hg. von Georg Dorminger), München 1962

Gaius Plinius Caecilius Secundus, Briefe (hg. von Helmut Kasten), Darmstadt 1974

Gigas, Emil, Briefe Samuel Pufendorfs an Christian Thomasius (1687-1693), München/Leipzig 1897

Goetz, Hans-Werner, Stichwort ‚Lothar I.‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 5. Band, Sp. 2123f.

Goetz, Hans-Werner, Stichwort ‚Lothar II.‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 5. Band, Sp. 2124f.

Goldast, Melchior, Copeylicher Begriff verschiedener Reichs-Satzungen, und anderer des Heil. Römischen Reichs Keyser, König, Churfürsten und gemeiner Stände Constitutionen, Ordnungen, Rescript- und Außschreiben, auff den gehaltenen Reichstügen und keyserlichen Höffen statuirte und außgangen ..., 1. Band, Frankfurt am Main 1712

Graf, Eduard/Dietherr, Mathias, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864

Gribner, Michael Heinrich (Präses)/Behrmann, Georg Adam (Respondent), De observantiis collegiorum iuridicorum, Diss. iur. Wittenberg 1713, in: Gribner, Michael Heinrich, Selecta opuscula iuris publici, 4. Band, Halle 1722

Gribner, Michael Heinrich, Principia iuris prudentiae naturalis, Wittenberg/Zerbst 1748

Groß, Reiner, Geschichte Sachsens, 2. Auflage, Leipzig 2002

Grotius, Hugo, De iure belli ac pacis, Marburg 1734

Grotius, Hugo, Defense of Chapter V of the Mare Liberum, in: Hugo Grotius, The Free Sea (translated by Richard Hakluyt), Indianapolis 2004, S. 75-130

Gudian, Gunter, Gemeinde deutsches Recht im Mittelalter?, Ius Commune, 2. Band (1969), S. 33-42

Gundling, Nicolaus Hieronymus, Ius naturae ac gentium, Halle 1736

Hach, Johann Friedrich, Das alte lübische Recht, Neudruck der Ausgabe 1839, Aalen 1969

Hahn, Simon Friedrich, Vollständige Einleitung zu der teutschen Staats-, Reichs- und Kayser-Historie und dem daraus fließenden iure publico, 1. Band, Halle/Leipzig 1721

Hammel-Kiesow, Rolf, Die Anfänge Lübecks: Von der abotritischen Landnahme bis zur Eingliederung in die Grafschaft Holstein-Stormarn, in: Lübeckische Geschichte (hg. von Antjekathrin Graßmann), 3. Auflage, Lübeck 1997, S. 6-49

Heine, Joachim Fr., Zur Methode in Benedikt Carpzovs zivilrechtlichen Werken, in: SZ (Rom. Abt.), 82. Band (1965), S. 227-301

Heineccius, Johann Gottlieb, Antiquitatum Romanarum iurisprudentiam illustrantium syntagma, Basel 1752

Heineccius, Johann Gottlieb, Corpus iuris Germanici antiqui, Halle 1738

Heineccius, Johann Gottlieb, Elementa iuris Germanici, 1. Band, Halle 1736

Heineccius, Johann Gottlieb, Elementa iuris naturae et gentium, Halle 1738

Heineccius, Johann Gottlieb, Historia iuris civilis Romani ac Germanici, Straßburg 1751

Helmold von Bosau, Slavenchronik (hg. von Bernhard Schmeidler), Hannover 1937

Hermann Conring (1606-1681). Beiträge zu Leben und Werk (hg. von Michael Stolleis), Berlin 1983

Hertius, Johann Nikolaus, Commentationes atque opuscula de selectis et rarioribus ex iurisprudentia universali, publica, feudali et Romana, nec non historia Germanica argumentis, 1. Band, Frankfurt am Main 1737

Heumann von Teutschenbrunn, Johann, Opuscula quibus varia iuris Germanici itemque historica et philologica argumenta explicantur, Nürnberg 1747

Heusler, Andreas, Institutionen des Deutschen Privatrechts, 2. Band, Leipzig 1885

Hillebrand, Julius Hubert, Deutsche Rechtssprichwörter, Zürich 1858

Hocks, Stephan, Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert, Diss. iur. Frankfurt am Main 1999, Frankfurt am Main 2002

Hobbes, Thomas, De cive. The English Version (hg. von Howard Warrender), Oxford 1983

Hobbes, Thomas, Leviathan (hg. von Richard Tuck), Cambridge/New York/Port Chester/Melbourne/Sydney 1991

Hoffmann, Erich, Lübeck im Hoch- und Spätmittelalter: Die große Zeit Lübecks, in: Lübeckische Geschichte (hg. von Antjekathrin Graßmann), 3. Auflage, Lübeck 1997, S. 79-339

Holthöfer, Ernst, Die Literatur der Kameraljurisprudenz am Ende des Alten Reichs. Die reichskammergerichtliche Literatur von der Mitte des 18. Jahrhunderts bis 1806, in: Das Reichskammergericht am Ende des Alten Reiches und sein Fortwirken im 19. Jahrhundert (hg. von Bernhard Diestelkamp), Köln/Weimar/Wien 2002, S. 189-215

Homeyer, Gustav, Die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung, Berlin 1860

Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter, Römisches Recht, 4. Auflage, Berlin 1987

Huber, Ulrich, Praelectiones iuris civilis, 1. Band, Leipzig 1735

Huber, Ulrich, Praelectiones iuris civilis, 3. Band, Leipzig 1735

Hufeland, Gottlieb, Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften zu Vorlesungen, Jena 1795

Jahns, Sigrid, Das Reichskammergericht und seine Richter. Verfassung und Sozialstruktur eines höchsten Gerichts im Alten Reich, Teil II: Biographien, 2. Band, Köln/Weimar/Wien 2003

Janz, Brigitte, Rechtssprichwörter im Sachsenspiegel. Eine Untersuchung zur Text-Bild Relation in den Codices picturati, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1989

Kaser, Max, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage, München 1971

Kaser, Max, Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Auflage, München 1975

Kaser, Max, Der Inhalt der patria potestas, SZ (Rom. Abt.), 58. Band (1938), S. 62-87

Kaser, Max, ‚Ius honorarium‘ und ‚ius civile‘, SZ (Rom. Abt.), 101. Band (1984), S. 1-114

Kaser, Max/Knütel, Rolf, Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 19. Auflage, München 2008

Klass, Andreas, Standes- oder Leistungselite? Eine Untersuchung der Karrieren der Wetzlarer Anwälte des Reichskammergerichts (1693-1806), Diss. iur. Würzburg 2001, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2002

Klippel, Diethelm, Familie versus Eigentum. Die naturrechtlich-rechtsphilosophischen Begründungen von Testierfreiheit und Familienerbrecht im 18. und 19. Jahrhundert, SZ (Germ. Abt.), 101. Band (1984), S. 117-168

Köhler, Johann David, Kurzgefaßte und gründliche teutsche Reichs-Historie vom Anfang des Teutschen Reichs mit Ludwigen dem Teutschen biß auf den Badenschen Frieden, Frankfurt am Main 1737

König, Chilian, Process unnd Practica, Leipzig 1572

Korlén, Gustav, Norddeutsche Stadtrechte, 2. Band. Das mittelniederdeutsche Stadtrecht von Lübeck nach seinen ältesten Formen, Lund 1951

Krah, Adelheid, Stichwort ‚Ribémont, Vertrag v.‘, in: Lexikon des Mittelalters, 7.-9. Band, München 1995-1998, 7. Band, Sp. 805

Kratsch, Dietrich, Justiz - Religion - Politik. Das Reichskammergericht und die Klosterprozesse im ausgehenden sechzehnten Jahrhundert, Diss. iur. Tübingen 1988, Tübingen 1990

Krohn, Hermann Georg, Abhandlung von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen mit den dabey gemachten Einwürfen in drey Theile vertheilet und mit einem nöthigen Register versehen, Leipzig/Lübeck 1748

Krohn, Hermann Georg, Anhang zur Abhandlung von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen; nebst einem von der löblichen Juristen-Facultät zu Franckfurt an der Oder darunter gefällten Urtheil, Lübeck 1749

Krohn, Hermann Georg (anonym), Versuch die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen nach den in Teutschland üblichen Rechten und Statuten aus zulänglichen Gründen in Richtigkeit zu bringen, Leipzig/Lübeck 1746

Krohn, Hermann Georg, Weitere Ausführung des Versuchs die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben in Erbschafts-Fällen nach den in Teutschland üblichen Rechten und Statuten aus zulänglichen Gründen in Richtigkeit zu bringen; Samt dessen Bestärckung wider die vermeyntliche Widerlegung desselben, Lübeck 1748

Kühn, Oskar, Die Kaiserliche Konstitution von 1529 über die Erbfolge der Geschwisterkinder und Ulrich Zasius, SZ (Germ. Abt.), 78. Band (1961), S. 310-318

Kümper, Hiram, Sachsenrecht. Studien zur Geschichte des sächsischen Landrechts in Mittelalter und früher Neuzeit, Diss. phil. Mannheim 2007, Berlin 2009

Kulpis, Johann Georg von (unter dem Synonym Conrad Sincerus), De Germanicarum legum veterum, ac Romani iuris in republica nostra origine, auctoritateque praesenti dissertatio epistolica, o.O. 1682

Lagus, Conrad, Methodica iuris utriusque traditio, Lyon 1592

Landwehr, Götz, Erbfolgeordnung und Verwandtschaftszählung. Ein Diskussionsbeitrag anhand des sächsisch-magdeburgischen und des lübischen Rechts, in: Recht als Erbe und Aufgabe. Heinz Holzauer zum 21. April 2005 (hg. von Stefan Chr. Saar/Andreas Roth/Christian Hattenhauer), Berlin 2005, S. 32-50

Landwehr, Götz, Rechtspraxis und Rechtswissenschaft im Lübischen Recht vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, in: ZVLGA, 60. Band (1980), S. 21-55

Lange, Hermann/Kriechbaum, Maximiliane, Römisches Recht im Mittelalter, Band II. Die Kommentatoren, München 2007

Lambeck, Peter, Origines Hamburgenses sive res Hamburgenses, 1. Band, Hamburg 1652

Lambeck, Peter, Origines Hamburgenses sive res Hamburgenses, 2. Band, Hamburg 1661

Laufs, Adolf, Die Reichskammergerichtsordnung von 1555, Köln/Wien 1976

Lauterbach, Wolfgang Adam, Collegium theoretico-practicum, 1. Band, Tübingen 1726

Lauterbach, Wolfgang Adam, Collegium theoretico-practicum, 2. Band, Tübingen 1723

Leibniz, Gottfried Wilhelm, Scriptorum rerum Brunsvicensium illustrationi inservientes, 3. Band, Hannover 1711

Leeuwen, Simon van, Censura forensis theoretico-practica, 1. Band, Amsterdam 1685

Lehmann, Christoph, Chronica der freyen Reichs-Statt Speyer, Frankfurt am Main 1662

Lobethan, Friedrich Georg August, Vollständige Abhandlung der Lehre von der Erbfolge, Halle 1776

Loccenius, Johannes, Sueciae regni leges provinciales, Stockholm 1672

Locke, John, An essay concerning human understanding (hg. von Peter H. Nidditch), Oxford 1979

Loisel, Antoine, Institutes coutumières (hg. von André Marie Jean Jacques Dupin), 1. Band, Paris 1846

Lorenzen-Schmidt, Klaus-J., Die Vermögens- und Berufsstruktur Lübecks im Jahre 1762. Materialien zur Sozialtopographie, in: ZVLGA, 62. Band (1982), S. 155-194

Lose, Wolf, Sechsisch Weichbild, Lehenrecht und Remissorium, Bautzen 1557

Lucius Annaeus Florus, Res Romanae (hg. von Jan Minell und Christian Juncker), Leipzig 1734

Lück, Heiner, Über den Sachsenspiegel. Entstehung, Inhalt und Wirkung des Rechtsbuches, Halle (Saale) 1999

Ludolf, Georg Melchior von, *Collectio quorundam statutorum provinciarum et urbium Germaniae*, Wetzlar 1734

Luig, Klaus, *Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, SZ (Germ. Abt.), 96. Band (1979), S. 38-54

Luig, Klaus, *Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland*, in: Klaus Luig, *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Goldbach 1998, S. 3-29

Luig, Klaus, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, in: Klaus Luig, *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Goldbach 1998, S. 395-422

Luig, Klaus, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Ius Commune, 3. Band (1970), S. 64-97

Luig, Klaus, *Univerales Recht und partikulares Recht in den „meditationes ad pandectas“ von Augustin Leyser*, in: Klaus Luig, *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht*, Goldbach 1998, S. 109-130

Lyncker, Nicolaus Christoph von, *Res in SSeren. Ducum Saxoniae dicasteriis Ienensibus decisae*, 3. Band, Jena 1719

Mantzel, Ernst Johann Friedrich, *Ius Mecklenburgicum et Lubecense, illustratum*, 2. Band, Rostock 1751

Marcus Fabius Quintilianus, *Ausbildung des Redners* (hg. von Helmut Rahn), 1. Band, Darmstadt 1972

Marcus Tullius Cicero, *Topica* (übersetzt und erläutert von Karl Bayer), München 1993

Marcus Tullius Cicero, *Vom rechten Handeln* (hg. und übersetzt von Karl Büchner), München/Zürich 1994

Mascov, Johann Jacob, Geschichte der Teutschen bis zu Abgang der Mero-
wingischen Könige, Leipzig 1737

Mascov, Johann Jacob, Geschichte der Teutschen bis zu Anfang der Fränki-
schen Monarchie, Leipzig 1726

Maurer, Julia, Der „Lahrer Prozess“ 1773-1806. Ein Untertanenprozeß vor
dem Reichskammergericht, Diss. iur. Freiburg (Breisgau) 1994, Köln/Weimar/
Wien 1996

Mauritius, Erich, Consilia sive responsa, 2. Band, Frankfurt am Main/Wetz-
lar 1693

Meinhart, Marianne, Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in
ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht, Graz/Wien/Köln 1967

Menius, Friedrich, Historischer Prodomus des Lieffländischen Rechtens und
Regiments, Dorpat 1633

Mertens, Hans Georg, Überlegungen zur Herkunft des Partentelensystems,
SZ (Germ. Abt.), 90. Band (1973), S. 149-164

Meuten, Ludger, Die Erbfolgeordnung des Sachsenspiegels und des Magde-
burger Rechts, Diss. iur. Gießen 1999, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/
New York/Oxford/Wien 2000

Mevius, David, Commentarius in ius Lubecense, Frankfurt am Main/Leipzig
1700

Mevius, David, Consilia posthuma, varia et perfecta eruditione referta,
Frankfurt am Main 1717

Mevius, David, Iurisdictio summi tribunalis regii, quod est Vismariae,
5. Teil, Stralsund 1667

Mylius, Christian Otto, *Corpus constitutionum Marchicarum oder Königl.-Preußis. und Churfürstl.-Brandenburgische in der Chur- und Marck Brandenburg auch incorporirten Landen publicirte und ergangene Ordnungen, Edicta, Mandata, Rescripta etc.*, 2. Teil, Berlin/Halle 1738

Nettelblatt, Daniel, *Nova introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem*, Halle 1772

Oberländer, Samuel, *Lexicon iuridicum Romano-Teutonicum*, Nürnberg 1753

Oberländer, Samuel, *Lexicon iuridicum Romano-Teutonicum* (hg. von Rainer Polley), Unveränderter Nachdruck der 4. Auflage, Nürnberg 1753, Köln/Weimar/Wien 2003

Oer, Rudolfine Freiin von, *Der Münsterische ‚Erbmännerstreit‘. Zur Problematik von Revisionen Reichskammergerichtlicher Urteile*, Köln/Weimar/Wien 1998

Oestmann, Peter, *Ein Zivilprozeß am Reichskammergericht. Edition und Kommentar einer Gerichtsakte aus dem 18. Jahrhundert*, Köln/Weimar/Wien 2009

Oestmann, Peter, *Germanisch-deutsche Rechtsaltertümer im Barockzeitalter - eine Fallstudie. Erweiterte und veränderte Fassung des Vortrags vom 19. Oktober 2000 im Stadthaus am Dom zu Wetzlar*, in: *Schriftenreihe der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung*, Heft 26, Wetzlar 2000

Oestmann, Peter, *Hexenprozesse am Reichskammergericht*, Diss. iur. Göttingen 1996, Diss. iur. Göttingen 1996, Köln/Weimar/Wien 1997

Oestmann, Peter, *Kontinuität oder Zäsur? Zum Geltungsgrund des gemeinen Rechts vor und nach Hermann Conring*, in: *Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker. München 22.-24. Juli 1998* (hg. von Andreas

Thier/Guido Pfeifer/Philipp Grzimek), Frankfurt am Main/Berlin/Bern/
New York/Paris/Wien 1999, S. 191-210

Oestmann, Peter, Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und
Partikularrecht im Alten Reich, Frankfurt am Main 2002

Oestmann, Peter, Stichwort ‚Lübisches Recht‘, in: Lübeck-Lexikon. Die
Hansestadt von A bis Z (hg. von Antjekathrin Graßmann), Lübeck 2006,
S. 228-230

Orth, Johann Philipp, Nöthig- und nützlich-erachtete Anmerckungen über
die im 2. Th. enthaltene 8 erstere Tituln wie auch der so genannten Erneuernten
Reformation der Stadt Franckfurt am Mayn, 4. Fortsetzung, Frankfurt am Main
1757

Otfrid von Weißenburg, Evangelienbuch (hg. von Oskar Erdmann),
5. Auflage, Tübingen 1965

Otfrid von Weißenburg, Evangelienbuch (aus dem Althochdeutschen über-
tragen von Heiko Hartmann), 1. Band, Herne 2005

Pauli, Carl Wilhelm, Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte, 3. Teil. Das
Erbrecht der Blutsfreunde und die Testamente nach Lübischem Rechte, Lübeck
1841

Pitz, Ernst, Ein niederdeutscher Kammergerichtsprozeß von 1525. Beitrag
zum Problem der rechtsgeschichtlichen und wirtschaftsgeschichtlichen Aus-
wertung der Reichskammergerichtsakten, Göttingen 1969

Platon, Die Gesetze (hg. von Olof Gigon), Zürich/München 1974

Plitt, C., Das Lübeckische Erbrecht nach dem Gesetze vom 10. Februar 1862,
das Erbrecht der Eheleute und der Blutsfreunde, die letztwilligen Verfügungen,
so wie die Erbgüter betreffend, Lübeck 1870

Plutarch, Grosse Griechen und Römer (hg. von Konrat Ziegler), 1. Band, Zürich/Stuttgart 1954

Polgar, Katalin, Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820-1879) und seine Richterpersönlichkeiten, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2007

Pohlmann, Hansjörg, Niederlande, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (hg. von Helmut Coing), 2. Band. Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts, 2. Teilband. Gesetzgebung und Rechtsprechung, München 1976, S. 468-500

Publius Ovidius Naso, Fasti (hg. von Wolfgang Gerlach), München 1960

Pufendorf, Friedrich Esaias von, Observationes iuris universi, 1. Band, Celle 1757

Pufendorf, Friedrich Esaias von, Observationes iuris universi, 2. Band, Hannover 1779

Pufendorf, Friedrich Esaias von, Observationes iuris universi, 3. Band, Hannover 1756

Pufendorf, Friedrich Esaias von, Observationes iuris universi, 4. Band, Hannover 1770

Pufendorf, Samuel von, De iure naturae et gentium, 1. Band, Frankfurt am Main/ Leipzig 1744

Pufendorf, Samuel von, De iure naturae et gentium, 2. Band, Frankfurt am Main/ Leipzig 1744

Pütter, Johann Stephan, Elementa iuris Germanici privati hodierni in usum auditorum, Göttingen 1756

Rabe, Dorothee-Margarete, Die Lüneburger Stadtrechtsreformation (1577-1583), Diss. iur. Freiburg (Breisgau) 1956, Freiburg (Breisgau) 1956

Regino von Prüm, Chronicon (hg. von Friedrich Kurze), Hannover 1890

Reichstein, Renate, Wohnen in Lübeck um die Mitte des 17. Jahrhunderts. Drei Nachlaßinventare Lübecker Bürger, in: ZVLGA, 61. Band (1981), S. 37-50

Reuterhielm, Karl Friedrich, De successione secundum ius naturae, Diss. iur. Erfurt 1734, Erfurt 1734

Rheden, Caspar von (Präses)/Schöne, Johann (Respondent), Differentiae iuris statutarii Bremensis et iuris Romani circa successionem ab intestato, Diss. iur. Bremen 1720, Bremen 1720

Riccus, Christian Gottlieb, Zuverlässiger Entwurff von Stadt-Gesetzen, oder Statutis vornehmlich der Land-Städte, Frankfurt am Main/Leipzig 1740

Rink, Eucharius Gottlieb (Präses)/Foerster, Martin (Respondent), De speculo Saxonico fonte iur. Sax. communis vulgo vom Sachsenspiegel, Diss. iur. Altdorf 1718, Altdorf 1725

Rohls, Michael, Kantisches Naturrecht und historisches Zivilrecht. Wissenschaft und bürgerliche Freiheit bei Gottlieb Hufeland (1760-1817), Diss. iur. Frankfurt am Main 2001, Baden-Baden 2004

Sachsenspiegel. Quedlinburger Handschrift (hg. von Karl August Eckhardt), Hannover 1966

Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung. Werk und Einfluß eines deutschen Bürgers der Gelehrtenrepublik nach 300 Jahren (1694-1994) (hg. von Fiammetta Palladini und Gerald Hartung), Berlin 1996

Saur, Abrahm, Fasciculi iudicarii ordinis singularis, 2. Teil, Mainz 1589

Schanz, Franz, Das Erbfolgeprinzip des Sachsenspiegels und des Magdeburger Rechts, Tübingen 1883

Schilter, Johann, Praxis iuris Romani in foro Germanico iuxta ordinem edicti perpetui et pandectarum Iustiniani, 1. Band, Jena 1698

Schilter, Johann, Thesaurus antiquitatum Teutonicarum, ecclesiasticarum, civilium, literarium, 1. Band, Ulm 1727

Schirmer, Theodor, Handbuch des Römischen Erbrechts, 1. Band (Die allgemeinen Lehren und das Intestaterbrecht enthaltend), Leipzig 1863

Schmidt-Wiegand, Ruth, Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. Ein Lexikon, München 1996

Schneidmüller, Bernd, Stichwort ‚Karl (II.) der Kahle‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 5. Band, Sp. 967f.

Schneidmüller, Bernd, Stichwort ‚Ludwig III. d. Jüngere‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 5. Band, Sp. 2174f.

Schneidmüller, Bernd, Stichwort ‚Ludwig (II.) d. ‚Stammler‘‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 5. Band, Sp. 2175f.

Schneidmüller, Bernd, Stichwort ‚Meerssen, Vertrag v.‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 6. Band, Sp. 466

Schneidmüller, Bernd, Stichwort ‚Verdun, Vertrag v.‘, in: Lexikon des Mittelalters, 7.-9. Band, München 1995-1998, 8. Band, Sp. 1509-1511

Schröder, Jan, ‚Communis opinio‘ als Argument in der Rechtstheorie des 17. und 18. Jahrhunderts, in: Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag (hg. von Gerhard Köbler), Frankfurt am Main 1987, S. 404-418

Schröder, Jan, „Naturrecht bricht positives Recht“ in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat (hg. von Dieter Schwab), Berlin 1989, S. 419-433

Schröder, Jan, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850), München 2001

Schröder, Jan, Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit, SZ (Germ. Abt.), 114. Band (1997), S. 1-55

Schröder, Jan, Zur rechtlichen Relevanz der herrschenden Meinung aus historischer Sicht, in: Das Eigentum. Vorträge gehalten auf der Tagung der Joachim-Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften Hamburg am 10., 11. und 12. Dezember 1987 (hg. von Karl Dietrich Erdmann und Jürgen F. Baur), Göttingen 1989, S. 143-164

Schwabenspiegel. Kurzform, 3. Band (Tambacher Handschrift) (hg. von Karl August Eckhardt), Hannover 1972

Schwarz, Andreas B., Die justinianische Reform des Pubertätsbeginns und die Beilegung juristischer Kontroversen, SZ (Rom. Abt.), 69. Band (1952), S. 345-387

Seif, Ulrike, Römisch-kanonisches Erbrecht in mittelalterlichen deutschen Rechtsaufzeichnungen, SZ (Germ. Abt.), 122. Band (2005), S. 87-112

Selchow, Johann Heinrich Christian von, Elementa iuris Germanici privati hodierni, Göttingen 1787

Sellert, Wolfgang, Borgerlike, pinlike und misschede klage nach der Sachenspiegelglosse des Johann v. Buch, in: Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung (hg. von Stephan Buchholz/Paul Mikat/Dieter Werkmüller), Paderborn/München/Wien/Zürich 1993

Senckenberg, Heinrich Christian von, *Commentatio de iure Hassorum privato antiquo et hodierno*, Gießen 1742

Senckenberg, Heinrich Christian von, *Corpus iuris feudalis Germanici oder Vollständige Sammlung der teutschen gemeinen Lehens-Gesetze*, Halle 1772

Senckenberg, Heinrich Christian von (Präses)/Kreusler, Wichard Johann Wilhelm (Respondent), *Disputatio iuridica de legibus gentis Bavaricae*, Diss. iur. Gießen 1742, Gießen 1742

Senckenberg, Heinrich Christian von (Präses)/Benecke, Georg Wilhelm Ludwig (Respondent), *Disquisitio academica de successione filiarum in regnis et principatibus*, Diss. iur. Gießen 1741, Gießen 1742

Senckenberg, Heinrich Christian von, *Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede*, 2. Band, Frankfurt am Main 1747

Senckenberg, Heinrich Christian von, *Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede*, 3. Band, Frankfurt am Main 1747

Senckenberg, Heinrich Christian von, *Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede*, 4. Band, Frankfurt am Main 1747

Senckenberg, Heinrich Christian von, *Selecta iuris et historiarum tum anecdota tum iam edita, sed rariora*, 1. Band, Frankfurt am Main 1734

Senckenberg, Heinrich Christian von, *Selecta iuris et historiarum tum anecdota tum iam edita, sed rariora*, 3. Band, Frankfurt am Main 1735

Senckenberg, Heinrich Christian von, *Selecta iuris et historiarum tum anecdota tum iam edita, sed rariora*, 5. Band, Frankfurt am Main 1739

Sextus Pompeius Festus, *De verborum significatu quae supersunt* (hg. von Wallace Martin Lindsay), Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1913, Hildesheim 1965

Siegel, Heinrich, Das deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters in seinem inneren Zusammenhang dargestellt, Neudruck der Ausgabe Heidelberg 1853, Aalen 1969

Sirmond, Jacques, Concilia antiqua Galliae, 3. Band, Neudruck der Ausgabe Paris 1629, Aalen 1970

Stein, Hans-Konrad, Der Grundbesitz der vermögenden Lübecker und Hamburger Oberschicht im 16. bis 18. Jahrhundert, in: ZVLGA, 65. Band (1985), S. 87-117

Stein, Hans-Konrad, Die vermögende Oberschicht und die „Spitzenvermögen“ in Lübeck während des 16. bis 18. Jahrhunderts, in: Forschungen aus Akten des Reichskammergerichts (hg. von Bernhard Diestelkamp), Köln/Wien 1984, S. 159-185

Stein, Joachim Lukas, Betrachtungen einzelner Rechts-Materien nach deutschen, besonders sächsischen, lübischen, hamburgischen ... Rechten, 3. Teil, Rostock 1783

Stein, Joachim Lukas, Einleitung zur Lübschen Rechtsgelehrsamkeit, Rostock/Wismar 1751

Stein, Joachim Lukas, Gründliche Abhandlung des Lübschen Rechts, 1. Teil, Leipzig 1738

Stein, Joachim Lukas, Gründliche Abhandlung des Lübschen Rechts, 2. Teil, Leipzig 1741

Stintzing, Roderich, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 2. Band, München/Leipzig 1884

Stobbe, Otto, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 2. Band, Braunschweig 1864

Stobbe, Otto, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 5. Band, Berlin 1885

Störmer, Wilhelm, Stichwort ‚L. II. d. Deutsche‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 5. Band, Sp. 2172-2174

Straumann, Benjamin, Hugo Grotius und die Antike. Römisches Recht und römische Ethik im frühneuzeitlichen Naturrecht, Diss. iur. Zürich 2005/2006, Baden-Baden 2007

Struve, Georg Adam, Iurisprudentia Romano-Germanico forensis, Frankfurt am Main 1760

Struve, Georg Adam, Syntagma iuris civilis, Leipzig 1663

Stryk, Samuel, Specimen usus moderni pandectarum, Frankfurt am Main/Wittenberg 1690

Stryk, Samuel, Tractatus de successione ab intestato, Frankfurt an der Oder 1733

Stutz, Ulrich, Das Verwandtschaftsbild des Sachsenspiegels und seine Bedeutung für die sächsische Erbfolgeordnung, Breslau 1890

Sydow, Rudolf von, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücksicht auf die verwandten Quellen, Berlin 1828

Theophilus Antecessor, Institutiones (hg. von Johannes D. Zepos), Nachdruck der Ausgabe Athen 1931, Aalen 1962

Thieme, Hans, Die Zeit des späten Naturrechts, SZ (Germ. Abt.), 56. Band (1936), S. 202-263

Thomasius, Christian, Ausübung der Vernunftlehre, Nachdruck der Ausgabe Halle 1691, Hildesheim 1968

Thomasius, Christian, Einleitung zur Vernunftlehre, Nachdruck der Ausgabe Halle 1691, Hildesheim 1968

Thomasius, Christian, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, Neudruck der Ausgabe Halle 1718, Aalen 1963

Thomasius, Christian, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, Halle 1694

Thomasius, Christian, *Notae ad institutiones Iustinianaeas*, Halle 1712

Thomasius, Christian, *Notae ad Sincerum*, in: Johann Georg von Kulpis (unter dem Synonym Conrad Sincerus), *De Germanicarum legum veterum, ac Romani iuris in republica nostra origine, autoritateque praesenti dissertatio epistolica*, o.O. 1682

Thomasius, Christian (Präses)/Lupin, Matthäus (Respondent), *Dissertatio de fide iuridica*, Diss. iur. Halle 1699, Halle 1699

Titius, Gottlieb Gerhard, *Ius privatum Romano-Germanicum*, Leipzig 1724

Trusen, Winfried, *Römisches Recht und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit*, in: *Rechtswahrung und Rechtsentwicklung. Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag* (hg. von Kurt Kuchinke), München 1970, S. 97-120

Ullrich, Stefan, *Untersuchungen zum Einfluss des lübischen Rechts auf die Rechte von Bergen, Stockholm und Visby*, Diss. iur. Würzburg 2007, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2008

Vinnius, Arnold, *Institutiones imperialium commentarius academicus et forensis*, Amsterdam 1692

Voet, Johannes, *Commentarius ad pandectas*, 2. Band, Venedig 1770

Wachter, Johann Georg, *Glossarium Germanicum*, Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1737, Hildesheim/New York 1975

Waldstein, Wolfgang, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, SZ (Rom. Abt.), 111. Band (1994), S. 1-65

Walther, Helmut G., Lübeck und Heinrich der Löwe, ZVLGA, 76. Band (1996), S. 9-25

Wardemann, Patricia, Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741). Leben und Werk, Diss. iur. Köln 2007, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2007

Wasserschleben, Hermann, Das Prinzip der Successionsordnung nach deutschem insbesondere sächsischem Rechte, Gotha 1860

Werner, Karl F., Stichwort ‚Andernach, Schlacht bei‘, in: Lexikon des Mittelalters, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 1. Band, Sp. 596f.

Wesenbeck, Matthaeus, Tractatus et responsa, quae vulgo consilia iuris appellantur, 5. Band, Wittenberg 1619

Wesenberg, Gerhard/Wesener, Gunter, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, 4. Auflage, Wien/Köln/Graz 1985

Westphalen, Ernst Joachim von (Präses)/Fischer, Christian Friedrich (Respondent), De origine et fontibus iuris Lubecensis, eiusque usu, autoritate, elogio et subsidiis, Diss. iur. Rostock 1727, Rostock 1727

Westphalen, Ernst Joachim von, Monumenta inedita rerum Germanicarum praecipue Cimbricarum et Megapolensium, 3. Band, Leipzig 1743

Westphalen, Ernst Joachim von, Monumenta inedita rerum Germanicarum praecipue Cimbricarum et Megapolensium, 4. Band, Leipzig 1745

Wetzell, Georg Wilhelm, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Auflage, Leipzig 1878

Wicht, Matthias von, Das Ostfriesische Land-Recht, nebst dem Deich- und Syhlrechte, Aurich 1746)

Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Auflage, Göttingen 1967

Wiegand, Wolfgang, *Die privatrechtlichen Rechtsquellen des Usus modernus*, in: *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*. Frankfurt am Main, 22. bis 26. September 1986 (hg. von Dieter Simon), Frankfurt am Main 1987, S. 237-252

Wiegand, Wolfgang, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*, Ebelsbach 1977

Wiegand, Wolfgang, *Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel „habere fundatam intentionem“*. Eine Vorstudie zur Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit und des usus modernus, in: *Festschrift für Hermann Krause* (hg. von Sten Gagnér/Hans Schlosser/Wolfgang Wiegand), Köln/Wien 1975, S. 126-170

Willoweit, Dietmar, *Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts. Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels im späten 17. Jahrhundert*, in: *Die Begründung des Rechts als historisches Problem* (hg. von Dietmar Willoweit), München 2000, S. 229-245

Willoweit, Dietmar, *Von der alten deutschen Freiheit. Zur verfassungsgeschichtlichen Bedeutung der Tacitus-Rezeption*, in: *Vom normativen Wandel des Politischen. Rechts- und staatsphilosophisches Kolloquium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Hans Ryffel* (hg. von Erk Volkmar Heyen), Berlin 1984, S. 17-42

Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3. Band, 9. Auflage (bearbeitet von Theodor Kipp), Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906, Aalen 1963

Wolf, Ursula, *Aristoteles' ‚Nikomachische Ethik‘*, Darmstadt 2002

Wolff, Christian von, *Institutiones iuris naturae et gentium* (hg. von Jean École), Nachdruck der Ausgabe Halle 1750, Hildesheim 1969

Wolff, Christian von, *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, 7. Band, Halle 1747

Wolff, Christian von, *Philosophia rationalis sive logica* (hg. von Jean École), Nachdruck der Ausgabe Frankfurt am Main/Leipzig 1740, Hildesheim/Zürich 1983

Zasius, Ulrich, *Opera omnia* (hg. von Johann Ulrich Zasius und Joachim Mynsinger von Frundeck), 1. Band, Neudruck der Ausgabe Lyon 1550, Aalen 1964

Zasius, Ulrich, *Opera omnia* (hg. von Johann Ulrich Zasius und Joachim Mynsinger von Frundeck), 5. Band, Neudruck der Ausgabe Lyon 1550, Aalen 1966

Zielinski, Herbert, Stichwort ‚Ludwig II.‘, in: *Lexikon des Mittelalters*, 1.-6. Band, München/Zürich 1980-1993, 5. Band, Sp. 2177

Zimmermann, Reinhard, *Römisch-holländisches Recht - ein Überblick*, in: *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (hg. von Robert Feenstra und Reinhard Zimmermann), Berlin 1992, S. 9-58

Zobel, Christoph, *Sachsenspiegel mit Summariis und neuen Additionen*, Leipzig 1614

Rechtsanwendung im Usus modernus

Matthias Doms

Die Arbeit hat einen Lübecker Erbrechtsstreit aus der Mitte des 18. Jahrhunderts zum Gegenstand, der erstinstanzlich vom Lübecker Rat, abschließend aber vom Reichskammergericht in Wetzlar entschieden wurde. Inhaltlich ging es um das Erbrecht vollbürtiger und halbbürtiger Verwandter. Während die Klägerin eine halbbürtige Schwester der Mutter der Verstorbenen war, war der beklagte Lübecker Bürgermeister ein vollbürtiger Bruder des Vaters derselben. Letzterer nahm das Erbrecht für sich allein in Anspruch. Die Arbeit betrifft Fragen zum Verhältnis des rezipierten römischen Rechts und der einheimischen deutschen Rechte im Usus modernus, zum Umgang mit der herrschenden Lehre in der juristischen Argumentation, zur Bedeutung des Naturrechts und zu dessen Verhältnis zum positiven Recht sowie zur Einbeziehung alter Rechtsquellen in die juristische Argumentation. Diesen Fragen widmet sich die Arbeit im Rahmen einer ausführlichen Darstellung der zugrundeliegenden Quelle.

22,70 €

ISBN 978-3-8405-0218-7

